

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



## **Revista da Faculdade de Direito de Valença 2013**

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

Participação Especial de Antônio Augusto Cançado Trindade  
Ph.D. (Cambridge) em Direito Internacional; Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos;  
Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das  
Relações Exteriores do Brasil; Membro Titular do Institut de Droit International e do Curatorium da Academia de  
Direito Internacional da Haia; Membro das Academias Mineira e Brasileira de Letras Jurídicas.

### **Autores**

Ademir de Moraes Ferreira	Giancarlo Magalhães dos Santos
Aldjane Prata	Humberto Ribeiro Soares
Alessandro Paiva	Isabella Ayrolla Soares Fonseca
Alfredo Canellas Guilherme da Silva	João Alves Bastos
Ana Carolina de Lima Carvalho	Jorge O. Bercholz (Argentina)
Ana Paula Teixeira Delgado	José Luiz Quadros de Magalhães
Antônio Augusto Cançado Trindade	José Rogério Moura de Almeida Neto
Antonio Augusto Madureira de Pinho	Luiz Felipe de Carvalho Lima
Antônio Carlos Flores de Moraes	Luiz Rubio Martins Silva
Antônio Celso Alves Pereira	Márcia Ribeiro Braz
Antônio Luiz da Costa Soares Junior	Mariana Farias Dutra Portes
Antônio Pereira Gaió Júnior	Marlene Pires de Carvalho Maia
Carina Barbosa Gouvêa	Monique Ferreira e Silva
Clara Maria C. Brum de Oliveira	Neimar Roberto de Souza e Silva
Claudia Lobo	Patricia Valéria Bastos Faria Pecoraro
Cleyson de Moraes Mello	Rafael José Otero Arroyo (Colômbia)
Daniel Nunes Pereira	Rogério Tabet de Almeida
Diego J. Bercholz (Argentina)	Rubens Beçak
Dora Resende Alves (Portugal)	Simone Probst Condé
Ednelson de Jesus dos Santos	Thalissa Corrêa de Oliveira
Elida Séguin	Theresa Calvet de Magalhães
Enéas Van Der Mass do Bem Filho	Thiago Moreira
Enio Figueira Junior	Valesca Oliveira de Sousa
Fernanda Borba Neves	

Editar  
Juiz de Fora-MG  
2013

**Presidente da Fundação Dom André Arcoverde**

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

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

Antônio Carlos Dahbar Arbx

**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. Antônio Celso Alves Pereira

**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. Ms. Arilton Leôncio Costa

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Prof. Dr. João Eduardo Alves Pereira

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

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

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Profa. Ms. Marcia Ignácio R. M. Mello (Membro Externo – Colégio Pedro II/RJ)

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

Prof. Dra. Regina Pentagna Petrillo

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

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

Profa. Dra. Núria Beloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Profa. Ms. Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro

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

**Coordenação desta edição**

Prof. Dr. Antônio 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 Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito pela UGF-RJ; mestre em Direito pela UNESA; professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) 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 do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; 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

---

## **Ademir de Moraes Ferreira**

Médico Veterinário-UFRRJ (1970), Mestre Medicina Veterinária-UFMG-1980 (Fisiopatologia da Reprodução) e Doutor em Zootecnia/UFV - 1990 (Fisiologia- Produção Animal). Organizador/Professor Titular de Fisiopatologia da Reprodução I da FMVValença/ Fundação D. André Arcoverde-FAA (desde a 1ª turma em 1999), Coordenador Técnico na Pós-graduação da FMVV-FAA e Idealizador/ Diretor do Centro Estudo Pesquisa Aplicada em Reprodução Bovina (CEPARB)-FAA. Atua como autônomo (palestras, cursos, consultorias e elaboração de Projetos de Pesquisa-Desenvolvimento), em caráter particular, Co-orienta na PG da UFMG, UFV e UFF, Professor da Pós-graduação da UNIFENAS, Bolsista Produtividade Pesquisa-CNPq, Consultor ad hoc de vários Periódicos / Revistas / Fundações Estaduais Amparo Pesquisa. Tem experiência na área de Medicina Veterinária, ênfase em Reprodução e Produção de Bovinos, principalmente nos seguintes temas: efeito da Nutrição na Reprodução, Problemas Reprodutivos (anestro, repeat breeder e abortamentos), Manejo Reprodutivo (boa eficiência reprodutiva com menor custo), Produção Animal, Fisiologia da Reprodução e Biotecnologias Reprodutiva.

## **Aldjane Prata**

Pedagoga, Especialista em Educação. Professora do Ensino Superior da Faculdade de Valença/RJ (FAA). Professora do Ensino Médio na Secretaria de Estado de Educação RJ. Supervisora Escolar no município de Barra Mansa. Assessora e consultora de assuntos educacionais e, atualmente, Secretária de Educação de Quatis/RJ.

## **Alessandro Paiva**

Administrador, especialista em marketing, mestre em Administração, doutorando em ciência política e relações internacionais. Diretor do curso de Administração e Recursos Humanos da Fundação Dom Andre Arcoverde; Professor da Faculdade Mackenzie Rio e Centro Universitário Moacyr Seder Bastos; Professor da Fundação Getúlio Vargas; Já atuou como coordenador do curso de Administração de empresas da Faculdade São Camilo e do curso de Marketing da Unigranrio. Autor do Livro Gestão Estratégica e Ferramentas de Qualidade em Saúde. Sócio diretor da Gestão 1 Consultoria.

## **Alfredo Canellas Guilherme da Silva**

Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Especialização; Coordenador do site [www.advogado.adv.br](http://www.advogado.adv.br); Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Especialista em Direito Privado e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá; Extensão em Estudos Jurídicos Universidad de Burgos/Espanha. E-mail: [professoralfredo@canellas.com.br](mailto:professoralfredo@canellas.com.br).

## **Ana Carolina de Lima Carvalho**

Graduanda do 8º período do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

## **Ana Paula Teixeira Delgado**

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA); mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); professora da Universidade Estácio de Sá.

### **Antônio Augusto Cançado Trindade**

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Professor Honorário da Universidade de Utrecht, e Honorary Fellow da Universidade de Cambridge; Membro do Institut de Droit International, do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia, e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Presidente da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional.

### **Antonio Augusto Madureira de Pinho**

Professor de Filosofia Jurídica e Política da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e de Teoria do Estado da Faculdade de Direito do Centro de Estudos Superiores de Valença (CESVA-FAA).

### **Antônio Carlos Flores de Moraes**

Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio; Doutor em Direito na Universidade de Salamanca, Espanha; Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

### **Antonio 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.

### **Antônio Luiz da Costa Soares Júnior**

Acadêmico do 4º período da Faculdade de Medicina da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Valença, Rio de Janeiro.

### **Antônio Pereira Gaio Júnior**

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-PT; doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho; professor adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); membro Efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB Nacional); membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr); advogado, consultor jurídico e parecerista. Contato: [www.gaiojr.adv.br](http://www.gaiojr.adv.br).

### **Carina Barbosa Gouvêa**

Doutoranda em Direito – UNESA; Pesquisadora Acadêmica; Mestre em Direito – UNESA, E-mail: [carinagouvea25@gmail.com](mailto:carinagouvea25@gmail.com).

### **Clara Maria C. Brum de Oliveira**

Advogada. Mestre em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998), Especialista em Mediação Pedagógica em EAD - PUC/RIO (2010), Pós-graduada em Filosofia Contemporânea pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001). Bacharel em Comunicação Social - Faculdades Integradas Hélio Alonso (1990), bacharel e licenciada em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000), bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2004). Exerce o magistério superior nas modalidades presencial e a distância. Endereço Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2000062113086870>.



### **Claudia Lobo**

Advogada, especialista em direito civil e processo civil, Professora de Direito Civil e de Direito Ambiental da Universidade Estácio de Sá.

### **Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito pela UGF-RJ; mestre em Direito pela UNESA; professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) 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 do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; 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**

Bacharel em Direito e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em História Européia pela Universiteit Utrecht (Reino dos Países Baixos). Mestrando em Sociologia e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito na Universidade Veiga (UVA) de Almeida, no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e na Universidade Gama Filho (UGF).

### **Diego J. Bercholz (Argentina)**

Sociólogo, Universidad de Buenos Aires; colaborador de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Dirección de correo electrónico: diego\_bercholz@hotmail.com.ar

9

### **Dora Resende Alves (Portugal)**

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

### **Ednelson de Jesus Santos**

Graduado em Administração pela Faculdade Moraes Junior e Mestre em Administração pelo Ibmecc-RJ. Coordenador Geral do curso de Administração, Escola de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade do Grande Rio. Prof. da Faculdade São Camilo e do IBMR Sócio diretor da empresa Gestão 1 Consultoria.

### **Elida Séguin**

Advogada; Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; doutora em Direito Público; membro da Associação de 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.

### **Enéas Van Der Mass do Bem Filho**

Acadêmico da Faculdade de Medicina da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Valença, Rio de Janeiro.

### **Enio Figueira Junior**

Especialista em Odontologia Legal. Membro Consultor – Associação Brasileira de Ética e Odontologia Legal – ABOL. Membro: Forensic Science Group; Forensic Odontology – INTERPOL DVI Working Group; International Organization for Forensic Odonto-Stomatology. Professor das disciplinas de Odontologia Legal e Deontologia na Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA.

### **Fernanda Borba Neves**

Graduanda do 8º período do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

### **Giancarlo Magalhães dos Santos**

Possui graduação em Medicina Veterinária pelo Centro Universitário de Vila Velha (2006), Mestrado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Viçosa (2008) e doutorado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Viçosa (2011). Atualmente é coordenador de ensino e professor - CPT Cursos Presenciais, professor de graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Biológicas e da Saúde, coordenador técnico da fazenda escola CPT. Tem experiência na área de Medicina Veterinária, com ênfase em Reprodução Animal, atuando principalmente com biotecnologia da reprodução animal.”

### **Humberto Ribeiro Soares**

Advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, em 1964; e, Engenheiro Civil, formado pela Escola Nacional de Engenharia da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro, em 1956. Consultor Jurídico, área de Direito Público.

### **Isabella Ayrolla Soares Fonseca**

Acadêmica do 2º período da Faculdade de Medicina de Valença, RJ.

### **João Alves Bastos**

Mestre em Teoria do Direito, programa Hermenêutica e Direitos Fundamentais, pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil. Contato: joaoabastos@uol.com.br.

### **Jorge O. Bercholz (Argentina)**

Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana. Dirección de correo electrónico: estudiobercholz@fibertel.com.ar

### **José Luiz Quadros de Magalhães**

Professor da PUC-Minas, UFMG e FDSM; mestre e doutor em Direito. www.joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br

### **José Rogério Moura de Almeida Neto**

Possui graduação em Medicina Veterinária pelo Centro de Ensino Superior de Valença (2005), Mestrado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de

Viçosa (2008), além de possuir Doutorado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Viçosa (2013). Atualmente é professor da disciplina de Bovinocultura Leiteira do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA), além de Coordenar a Extensão Universitária do CESVA, sendo também Diretor do Hospital Veterinário Escola da Faculdade de Medicina Veterinária de Valença. Atua como técnico extensionista em propriedades leiteiras, sendo técnico do programa Balde Cheio. Tem experiência em pecuária leiteira, atuando principalmente na gestão de sistemas de produção e reprodução vacas leiteiras.

**Luiz Felipe de Carvalho Lima**

Acadêmico da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA.

**Luiz Rubio Martins Silva**

Graduando do 8º período do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

**Márcia Ribeiro Braz**

Doutora em Enfermagem (EEAN-UFRJ); Profa. do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

**Mariana Farias Dutra Portes**

Graduação em Direito, Especialização em Advocacia Geral pelo Centro Universitário Barão de Mauá, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. E-mail da autora: mari-portes@hotmail.com.

**Marlene Pires de Carvalho Maia**

Professora de Clínica Integrada em Pacientes Portadores de Necessidades Especiais da Faculdade de Odontologia de Valença.

**Monique Ferreira e Silva**

Professora de Clínica Integrada em Pacientes Portadores de Necessidades Especiais da Faculdade de Odontologia de Valença.

**Neimar Roberto de Souza e Silva**

Professor de Direito Civil e Filosofia do Direito da FDV. Advogado especialista em Direito Civil, e mestrando em Direito pela UNIPAC/JF. E-mail: prof.neimar@hotmail.com

**Patricia Valéria Bastos Faria Pecoraro**

Professora das disciplinas de Clínica Integrada da Criança e do Adolescente, Clínica Integrada do Paciente em Necessidade Especial, Dentística e Materiais Dentários da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA. Diretora do Curso de Odontologia/CESVA/FAA.

**Rafael José Otero Arroyo (Colômbia)**

Possui graduação em Medicina Veterinária e Zootecnia pela UNIVERSIDADE DE CÓRDOBA (2003), especializado em Reprodução em Bovino e Transferência de Embriões esta capacitado para: Fisiologia da Reprodução Bovina tropical, manejo e alimentação do rebanho bovino, em exames ginecológicos, fundamentos da técnica ultra-sonografia, interpretação de imagens e manejo e de técnicas e biotecnologia e transferência de embriões.

### **Rogério Tabet de Almeida**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Valença - FDV, pertencente ao Centro de Ensino Superior de Valença - CESVA, mantido pela Fundação Educacional Dom André Arcoverde - FAA (1996), Pós-graduado em Direito Processual pela FDV/CESVA (1998), Direito do Consumidor pela EMERJ/ESA (2004). Mestrado em Direito pela UNIPAC, cuja área de concentração é Hermenêutica e Direitos Fundamentais (2013). Tem como atividades profissionais a de professor (Direito do Consumidor, Deontologia Jurídica e Responsabilidade Civil) - FDV, Coordenador do Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso da FDV, desde 2008, Coordenador do Nucleo de Prática Jurídica da FDV, desde 2013. Advogado junto à Associação Nacional de Defesa do Consumidor e Contribuinte - ANDECC e do escritório Tabet & Almeida. Possui, ainda, graduação em Tecnólogo em Processamento de Dados pela Faculdade de Administração da Guanabara (1990).

### **Rubens Beçak**

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e na Faculdade de Direito (Pós-graduação). Secretário Geral da Universidade de São Paulo.

### **Simone Probst Condé**

Professora de Clínica Integrada em Pacientes Portadores de Necessidades Especiais da Faculdade de Odontologia de Valença.

### **Thalissa Corrêa de Oliveira**

Aluna do 5º Período do Curso de Direito – Faculdade de Direito de Valença. Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde. E-mail.: o.thalissa@yahoo.com.br.

### **Theresa Calvet de Magalhães**

Docteur em Sciences Politiques et Sociales pela UCL (Univerité Catholique de Louvain); Pós-doutorado em Filosofia Contemporânea (Institut Supérieur de Philosophie – UCL); professora aposentada da UFMG (FAFICH – Departamento de Filosofia); professora do Curso de Pós-graduação em Direito da UNIPAC em Juiz de Fora/MG.

### **Thiago Moreira**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/MG, Juiz de Fora. Ex-estagiário Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 5ª Promotoria de Justiça, Comarca de Juiz de Fora.

### **Valesca Oliveira de Souza**

Possui graduação em Medicina Veterinária pelo Centro de Ensino Superior de Valença (2004). Especialista em Anestesiologia e Cirurgia de Pequenos Animais pelo Centro de Ensino Superior de Valença em 2006. Tendo concluído o Mestrado em Fisiopatologia e Ciências Cirúrgicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) em 2011. Atualmente é Professora Adjunta da disciplina de Técnica Cirúrgica e Coordenadora da Policlínica Veterinária Escola da Faculdade de Medicina Veterinária de Valença. Tem experiência na área de Clínica e Cirurgia de Pequenos Animais.

# Sumário

Apresentação <b>Antônio Celso Alves Pereira e Cleyson de Moraes Mello</b>	17
Prefácio <b>José Rogério Moura de Almeida Filho</b>	19
Some reflections on the justiciability of the peoples' right to peace <b>Antônio Augusto Cançado Trindade</b>	21
A obrigação de reparar violações de direitos humanos no Brasil <b>Antônio Celso Alves Pereira</b>	41
Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – breves apontamentos <b>Antônio Pereira Gaio Júnior</b>	49
Democratizar e socializar o Estado <b>Antônio Carlos Flores de Moraes</b>	57
Fichte e a Revolução Francesa: individualismo, direito, prudência <b>Theresa Calvet de Magalhães</b>	83
A soberania, o Estado e sua conceituação <b>Rubens Beçak</b>	97
A União Europeia – Uma estrutura dinâmica <b>Dora Resende Alves</b>	105
O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia <b>José Luiz Quadros de Magalhães</b>	119
Justiça ambiental e o etnodesenvolvimento <b>Elida Séguin</b>	133
A fundamentação da metafísica dos costumes em <i>Immanuel Kant</i> e a promoção da dignidade da pessoa humana <b>Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira</b>	151

Estado de natureza: das origens pré-modernas a Robert Nozick <b>Antonio Augusto Madureira de Pinho</b>	165
Direito e argumentação jurídica em Neil Maccormick <b>Neimar Roberto de Souza e Silva</b>	171
El concepto de <i>calidad institucional</i> en los discursos presidenciales en la Argentina <b>Jorge O. Bercholz e Diego J. Bercholz</b>	181
Reverendo a justiça em Sandel: algumas reflexões sobre o liberalismo e as possibilidades de realização da justiça <b>Ana Paula Teixeira Delgado</b>	189
Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição <b>Alfredo Canellas Guilherme da Silva e Carina Barbosa Gouvêa</b>	201
Evolução histórica do conceito de <i>pessoa</i> – enquanto categoria ontológica <b>Rogério Tabet de Almeida</b>	221
A inovação constitucional austríaca e a esfinge de Weimar – revisitando a celeuma Kelsen/Schmitt <b>Daniel Nunes Pereira</b>	237
Filosofia do direito: para uma reformulação discursiva do imperativo categórico e do conceito de Esclarecimento em Kant <b>Clara Maria C. Brum de Oliveira</b>	253
Os <i>royalties</i> do petróleo e os direitos do Estado do Rio de Janeiro <b>Humberto Ribeiro Soares</b>	277
Apontamentos sobre direitos fundamentais <b>João Alves Bastos</b>	293
A eficácia da execução: penhora de salário <b>Mariana Farias Dutra Portes</b>	301

## **ARTIGOS INTERDISCIPLINARES**

---

Possibilidades e riscos: a incorporação das tecnologias da informação e comunicação (TICS) na formação de administradores 311

**Alessandro Paiva e Ednelson de Jesus dos Santos**

O desafio de ser professor: a sociedade muda, a prática de ensino muda e os valores não. Qual a saída? 321

**Aldjane Prata**

Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro 339

**Thalissa Corrêa de Oliveira**

Leis *versus* crenças: a problemática da hemotransfusão em Testemunhas de Jeová 359

**Antônio Luiz da Costa Soares Junior**

A arte de salvar vidas perante a religião: alma eterna em questão? 385

**Isabella Ayrolla Soares Fonseca**

Sustentabilidade da pequena propriedade leiteira 397

**José Rogério Moura de Almeida Neto, Giancarlo Magalhães dos Santos, Rafael José Otero Arroyo, Valesca Oliveira de Sousa e Ademir de Moraes Ferreira**

Uso de substâncias psicoativas lícitas por estudantes de enfermagem 403

**Fernanda Borba Neves, Ana Carolina de Lima Carvalho, Luiz Rubio Martins Silva e Márcia Ribeiro Braz**

A prática de exercício físico pode ser utilizada como meio de tratamento da hipertensão arterial? 419

**Enéas Van Der Maas do Bem Filho**

Cotejando a precaução e a prevenção na ótica da Defesa Civil: césio 137, um estudo de caso 425

**Claudia Lobo**

Pacientes com deficiências: metodologia e prática de inclusão social na faculdade de odontologia de Valença/RJ 445

**Patrícia Valéria Bastos Faria Pecoraro, Monique Ferreira e Silva, Marlene Pires de Carvalho Maia e Simone Probst Condé**

Viabilidade da utilização de DNA dental na identificação humana em corpos carbonizados

457

**Luiz Felipe de Carvalho Lima, Enio Figueira Junior e Patricia Valéria Bastos Faria Pecoraro**



# Apresentação

---

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2013, 46 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 esmerase 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, dezembro de 2013.

**Antônio Celso Alves Pereira**

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

**Cleyson de Moraes Mello**

Diretor-adjunto da Faculdade de Direito de Valença



# Prefácio

---

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira o número 10 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. Nessa linha, é importante salientar que o volume agora publicado tem a participação da Faculdade de Medicina de Valença, da Faculdade de Odontologia de Valença, da Faculdade de Enfermagem de Valença, da Faculdade de Veterinária de Valença, da Faculdade de Administração e Gestão de RH de Valença e do Instituto Superior de Educação – ISE, o que reflete o interesse do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) em aprofundar estudos sobre diversos temas relevantes.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de dezembro de 2013.

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



# Some reflections on the justiciability of the peoples' right to peace<sup>1</sup>

Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>2</sup>

*Summary:* I. Introduction: Two Significant Antecedents. II. Some Disquieting Interrogations. III. The Time Dimension: The Long-Term Outlook. IV. The Assertion of the Peoples' Right to Peace before Contemporary International Courts and Tribunals. 1. Advances of the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights. 2. Pleadings before the International Court of Justice. 3. Contribution of the Case-Law and Practice in Other International Jurisdictions. V. The Peoples' Right to Peace and the Lessons of History.

## I. Introduction: Two Significant Antecedents

May I start my address by conveying to the organizers of this event the expression of my satisfaction to join you in this journey today, 16 December 2010, here at the United Nations in Geneva. Two decades have already passed since I addressed, in this same U.N. headquarters here in Geneva, the *U.N. Global Consultation on the Right to Development as a Human Right*. On that occasion, on the basis of the 1986 U.N. Declaration on the Right to Development, I dwelt upon such conceptual aspects as the subjects, legal basis and contents of the right; its obstacles and possible means of implementation; and its relationship to other human rights. Although I think that much of what I said here in 1990<sup>3</sup> would have a direct bearing on the peoples' right to peace, it is not my intention to go through that again in the current exercise on the peoples' right to peace.

Reference made to this antecedent, may I only recall that the 1990 U.N. Global Consultation proved to be a worthwhile exercise<sup>4</sup> following the 1986 U.N. Declaration: in fact, in the decade following the formulation of this latter and

<sup>1</sup> Key-Note Address delivered by the Author at the United Nations, in Geneva, on 16 December 2010.

<sup>2</sup> Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge of the International Court of Justice (The Hague); Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília (UnB); Honorary Professor of the University of Utrecht; Honorary Fellow of the University of Cambridge; Member of the *Institut de Droit International*, and of the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law, and of the *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*.

<sup>3</sup> A.A. Cançado Trindade, *Legal Dimensions of the Right to Development as a Human Right: Some Conceptual Aspects*, U.N. doc. HR/RD/1990/CONF.36, of 1990 (U.N. Global Consultations on the Right to Development as a Human Right), pp. 1-17, esp. p. 13. And, for a detailed account of the aforementioned U.N. Global Consultation, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4th. ed., Belo Horizonte/Brazil, Ed. Del Rey, 2009, pp. 289-312.

<sup>4</sup> Cf. U.N. Centre for Human Rights, *The Realization of the Right to Development*, N.Y., U.N., 1991, pp. 3-53.

the 1990 U.N. Global Consultation, the right to development found significant endorsements in the final documents adopted by the U.N. World Conferences of the nineties, which have brought it into the conceptual universe of International Human Rights Law. This seemed to have been the understanding of the U.N. General Assembly decision 48/141 (of 20.12.1993, on the creation of the post of U.N. High Commissioner for Human Rights.), which, in its preamble, reaffirmed *inter alia* that “the right to development is a universal and inalienable right which is a fundamental part of the rights of the human person”.

Before turning to the peoples' right to peace, may I briefly refer to a second significant antecedent of our exercise today, which promptly also comes to my memory. While the recent cycle of U.N. World Conferences was taking its course, I was privileged to integrate, in 1997, the UNESCO Group of Legal Experts entrusted with the preparation of the *Draft Declaration on the Human Right to Peace* (meetings of Las Palmas Island, February 1997; and of Oslo, June 1997). We duly inserted the right to peace into the framework of International Human Rights Law<sup>5</sup>, asserting peace as a right and a duty<sup>6</sup>. After the Las Palmas and Oslo meetings, UNESCO launched consultations with 117 member States (Paris, March 1998), at the end of which three main positions of the governmental experts became discernible: those fully in support of the recognition of the right to peace as a human right, those who regarded it rather as a “moral right”, and those to whom it was an “aspiration” of human beings<sup>7</sup>; the main difficulty, as acknowledged by the *Report* of the Paris meeting, was its official recognition as a legal right<sup>8</sup>.

It had become clear that that exercise as to the right to peace did not have the same outcome as the one pertaining to the right to development. In other words, the 1984 U.N. Declaration on the Right of Peoples to Peace<sup>9</sup> has not yet generated a significant projection as the 1986 U.N. Declaration on the Right to Development. And this, ironically, despite the fact that, in a historical perspective, the right to peace has been deeply-rooted in human conscience for a much longer period than the right to development (*infra*). The initiative by UNESCO was not the only exercise to that effect.

Outside the framework of international organizations there have been initiatives, on the part of persons of good-will, to conceptualize both the right to peace<sup>10</sup> and the rights of peoples<sup>11</sup>. This brings me to invoke another element to be recalled in the present exercise, namely, the renewed attention dedicated, in the recent decades, to the rights of peoples. It is, however, beyond the purposes of my intervention today to review the extensive expert writing, the numerous books and monographs on distinct idioms, that have elaborated on the rights of peoples.

<sup>5</sup> A.A. Cançado Trindade, “The Right to Peace and the Conditions for Peace”, 21 *Diálogo - The Human Right to Peace: Seed for a Possible Future* - UNESCO/Paris (June 1997) pp. 20-21.

<sup>6</sup> The document was prepared as a contribution of UNESCO to the 50th anniversary (in 1998) of the Universal Declaration of Human Rights.

<sup>7</sup> UNESCO/Executive Board, *Report by the Director-General on the Results of the International Consultation of Governmental Experts on the Human Right to Peace (Final Report)*, document 154 EX/40, of 17.04.1998, p. 10.

<sup>8</sup> Cf. *ibid.*, pp. 2 and 10.

<sup>9</sup> Annex to the U.N. General Assembly resolution 39/11, of 12 November 1984.

<sup>10</sup> E.g., the 2006 Luarca Declaration on the Human Right to Peace, among others.

<sup>11</sup> E.g., the 1976 Algiers Declaration on the Rights of Peoples, among others.

Each one speaks for his own experience, and so do I: my intention, in these preliminary remarks, is to recall pertinent exercises in which I was engaged in the last two decades, concerning the formulation of the rights to peace and to development (*supra*), including the recent cycle of U.N. World Conferences. I have registered and summarized my recollections in this respect in my *General Course on Public International Law* delivered at The Hague Academy of International Law in 2005, and published in volumes 316 and 317 of its *Recueil des Cours*<sup>12</sup>. May I now pass on to the points I wish to make for the current exercise, which gathers us here today.

## II. Some Disquieting Interrogations

In approaching the right of peoples' to peace, we are first confronted, in my perception, with some rather disquieting interrogations. To start with, it is well-known that the U.N. Charter, adopted in one of the rare moments - if not glimpses - of lucidity in the XXth century, proclaimed, in its preamble, the determination of "the peoples of the United Nations" to "save succeeding generations from the scourge of war", and, to that end, to "live together in peace with each other as good neighbours".

This phraseology is quite clear: in disclosing the constitutional vocation of the U.N. Charter, its draftsmen referred to the peoples, rather than the States, of the United Nations. Why, then, has it taken so much time for the legal profession to acknowledge such constitutional conception of the U.N. Charter (further evidenced by some key provisions as Articles 2(6) and 103 of the Charter), as it has increasingly been doing lately, in recent years? Why has it approached the Charter, for a long time, from a strictly reductionist - if not surpassed - inter-State perspective?

Why have the debates with the U.N. system as a whole, on the human right to peace, proved inconclusive to date? Why has a been so difficult to reach consensus in relation to something which looks *prima facie* so evident? Is it possible that States remain so oversensitive - perhaps more than human beings - when it comes to what they regard as presumably touching on their so-called vital interests? Why so many years have lapsed since the adoption of the 1984 Declaration on the Right of Peoples to Peace till the subject has now seemingly been rescued by the Human Rights Council earlier this year<sup>13</sup> for reconsideration in the present workshop?

Unfortunately, recourse to armed force seems to have pervaded large segments of public opinion, and even - and most regrettably - of the legal doctrine and profession itself (particularly those coopted by the power-holders). Why, - it can further be asked, - has it taken so much time to come to a universally acceptable definition of aggression? Why so, despite the fact that since the twenties, in the old League of Nations, there were endeavours to that effect? Why the tipification of the crime of aggression has not yet been achieved, despite the fact that one

<sup>12</sup> Cf., as to the rights to peace and to development, A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), chapter XIV, pp. 397-411; and cf., as to the recent cycle of U.N. World Conferences, A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* -General Course on Public International Law - Part II", 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), chapter XXVI, pp. 247-268.

<sup>13</sup> U.N. Human Rights Council, doc. A/HRC/11/L.7, of 12.06.2009, pp. 1-5.

could have built on the 1974 U.D. Definition of Aggression, itself adopted after years of debates?

Why does the proclamation of the peoples' right to peace remains an unfinished business in the United Nations system, after so many years, and despite some relevant provisions of the U.N. Charter itself? Why has humanitarian law not yet evolved to the point of banning war altogether? Why has the topic of international trade in weapons never occupied a more prominent or conspicuous place in the agenda of the U.N. competent organs? I am afraid there are no easy answers to these apparently simple, but disquieting questions. There are to be kept constantly in mind. They have probably more to do with the inscrutable human nature itself. It so seems that States experience an unsurmountable difficulty to speak a common language, when it comes to reach an understanding as to the fundamentals to secure the very survival of humankind. With this warning in mind, I move on to the next point of consideration, namely, the time dimension.

### III. The Time Dimension: The Long-Term Outlook

Despite the difficulties experienced so far, the renewal of interest in, and the insistence upon, the right of peoples' to peace, by the U.N. Human Rights Council, are most commendable. That right can, in effect, be appropriately approached, bearing in mind the time dimension. Its roots can be traced back to the search for peace, antedating for a long time the adoption of the U.N. Charter. In fact, the search for peace, and the construction of the right to peace, have historical roots that were to become notorious with the projects of perpetual peace of the XVIIIth century, such as those of Saint-Pierre (1712) and of I. Kant (1795). Yet, such projects proved incapable to date to accomplish their common ideal, precisely for laying too heavy an emphasis, in their endeavours to restrict and abolish wars, specifically on *inter-State* relations, overlooking the bases for peace *within* each State<sup>14</sup> and the role of non-State entities.

It may appear somewhat surprising that the search for peace has not yet sufficiently related domestic and international levels, this latter going beyond a strictly inter-State dimension. Recent attempts to elaborate on the right to peace have, however, displayed a growing awareness that its realization is ineluctably linked to the achievement of social justice *within* and *between* nations<sup>15</sup>. Along the XXth century, the conceptual construction of the right to peace in International Law has antecedents in successive initiatives taken, in distinct contexts at international level<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> The project of Kant (cf. I. Kant, *Sobre la Paz Perpetua* [1795], 4th. ed., Madrid, Tecnos, 1994, pp. 3-69) at least sought to establish a link between inter-State and the internal constitution of each State. On the insufficiencies of the classic endeavours to abolish wars *sic et simpliciter*, cf. G. del Vecchio, *El Derecho Internacional y el Problema de la Paz* (Spanish edition of the original *Il Diritto Internazionale e il Problema della Pace*), Barcelona, Bosch, 1959, pp. 51-52, 62-64, 67 and 121-123.

<sup>15</sup> Cf. *ibid.*, pp. 52, 63-64 and 151; A.A. Caçado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 1062.

<sup>16</sup> Cf., generally, D. Uribe Vargas, *El Derecho a la Paz*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 1-250; D. Uribe Vargas, "El Derecho a la Paz", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnnet and A.A. Caçado Trindade), The Hague/San José of Costa Rica, IIDH/Hague Academy of International Law (1995 External Session), 1996, pp. 177-195.



Reference can be made, in this connection, e.g., to the 1928 General Treaty for the Renunciation of War (the so-called Briand-Kellogg Pact)<sup>17</sup>; Articles 1 and 2(4) of the U.N. Charter<sup>18</sup>, complemented by the 1970 U.N. Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States<sup>19</sup>; the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security<sup>20</sup>; the 1974 Definition of Aggression<sup>21</sup>; the 1974 Charter on Economic Rights and Duties of States<sup>22</sup>; the Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, drafted by the U.N. International Law Commission; successive resolutions of the U.N. General Assembly pertaining to the right to peace<sup>23</sup>, and relating it to disarmament; the 2000 U.N. Millenium Declaration followed by the 2005 World Summit Outcome<sup>24</sup>. Yet, the debates conducive to the adoption of those instruments were again conducted to a large extent from a horizontal, inter-State perspective.

Going well beyond that, in excerpts from the writings of a former recipient of the Nobel Prize in literature, written at the end of the first world war, and only published, posthumously, in the early 70s, and not so well-known as his literary writings, it was pondered that

“(…) La paix en tant que pensée et aspiration, en tant que but et idéal, est déjà très vieille. Cela fait déjà des millénaires qu’existe cette puissante parole, fondamentales pour des millénaires: ‘Tu ne tueras point’. (...) Il y a quelques milliers d’années la loi religieuse d’un peuple de haute culture a édicté le principe fondamental du ‘Tu ne tueras pas’. (...) La loi que Moïse a formulée sur le mont Sinai est reprise quelques milliers d’années plus tard (...) avec des restrictions (...). Nul pays de culture au monde n’a repris dans son code pénal l’interdiction de tuer des hommes sans la restreindre». (...)

<sup>17</sup> Endeavouring to overcome the dangerous system of the equilibrium of forces by condemning war as an means of settlement of disputes and an instrument of foreign policy, and heralding the new system of collective security and the emergence of the right to peace; J. Zourek, *L’interdiction de l’emploi de la force en Droit international*, Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H.-Dunant, 1974, pp. 39-48.

<sup>18</sup> The relevant U.N. provisions, together with the 1928 General Treaty for the Renunciation of War, became major sources - the legal nature of which was unchallenged by States - of limitations of resort to force by States; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963 (reprint 1981), pp. 83 and 91.

<sup>19</sup> U.N. General Assembly resolution 2625 (XXV), of 24.10.1970.

<sup>20</sup> U.N. General Assembly resolution 2374 (XXV), of 16.12.1970.

<sup>21</sup> U.N. General Assembly resolution 3314 (XXIX), of 14.12.1974.

<sup>22</sup> Which acknowledged the States’ duty to coexist in peace and to achieve disarmament (Articles 26 and 15, respectively). Other international instruments have done the same (e.g., the 1982 World Charter for Nature, preamble, par. 4(c), and Principles 5 and 20). It has often been argued that the right to peace entails as a corollary the right to disarmament.

<sup>23</sup> U.N. General Assembly resolution 33/73, “Declaration on the Preparation of Society to Live in Peace”, of 15.12.1978; U.N. General Assembly resolution 39/11, “Declaration on the Right of Peoples to Peace”, of 12.11.1984; cf. also U.N. General Assembly resolution 34/88, of 1979.

<sup>24</sup> Cf., on these latter, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4th ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2009, pp. 545-555.

(...) La forme la plus grave de `combat´ est la forme organisée par l'État (...) et son corollaire: la philosophie de l'État, du capital, de l'industrie et de l'homme faustien (...). J'ai toujours été pour les opprimés contre les oppresseurs»<sup>25</sup>.

In the profession of his pacifist ideals, Hermann Hesse added lucidly that

“Ce principe du `Tu ne tueras point´, à l'époque où il fut énoncé, représentait une exigence d'une portée inouïe. Cette parole signifiait pratiquement la même chose que `Tu ne respireras pas!´. Apparemment c'était impossible, apparemment c'était dément (...). Toutefois, cette parole s'est maintenue au cours de nombreux siècles et aujourd'hui encore elle est valide, elle a fondé des lois, des opinions, des morales, elle a porté ses fruits, a secoué et labouré la vie des hommes comme peu d'autres paroles. (...) Il y a eu des progrès et des régressions. Il y eu des pensées lumineuses à partir desquelles nous avons construit des lois sombres et des cavernes de la conscience. (...)

Le précepte `Tu ne tueras pas´ a été fidèlement honoré et suivi depuis des milliers d'années par des milliers d'individus. (...) Il y a toujours eu une minorité des gens bien intentionnées, de croyants de l'avenir qui ont suivi des lois qui ne se trouvaient dans aucun code pénal profane. (...) Des milliers d'individus se sont réclamés de lois supérieures non écrites (...), et se sont courageusement levés contre l'obligation de tuer et de haïr, acceptant d'aller en prison et d'être persécutés pour cela»<sup>26</sup>.

The exercise to which we devote ourselves today, here at the United Nations in Geneva, in retaking for examination the right of peoples to peace, is thus nothing new. There is nothing new under the sun. The purpose of our debate corresponds to an ancient human aspiration, which has been present in human conscience along the centuries. As observed by another remarkable writer of the XXth century, each war, however brief, with the unethical recourse to unlimited force and violence, with the «hypothetical justification of its necessity», with the hypocrisy of alleged preoccupation with those fallen in combat, with its prayers to the flag and the homeland (*patria*), with its waging of uncontrolled violence and extermination, destroys in a short while what was supposed to be achievements of social organization, if not civilization, along centuries<sup>27</sup>.

Fortresses, castles, temples and cathedrals, built in the course of decades, were destroyed in hours, if not minutes, - but not the idiom, not the oral history, not the religious beliefs, not the secular human aspiration to peace; these latter seem to emerge like phoenix, rising from the ashes with renewed youth. This can hardly be surprising, as “the spirit is stronger than the matter”<sup>28</sup>. The more we go back in

<sup>25</sup>Hermann Hesse, *Guerre et paix*, Paris, L'Arche Éd., 2003 [reed.], pp. 35, 49, 127 and 115.

<sup>26</sup>*Ibid.*, pp. 35-36 and 50.

<sup>27</sup>Stefan Zweig, *Tiempo y Mundo - Impresiones y Ensayos (1904-1940)*, Barcelona, Edit. Juventud, 1998 [reed.], pp. 60-61.

<sup>28</sup>*Ibid.*, p. 247.

time, the more this appears to be confirmed. Yet, in our days, the awareness of the imperatives of peace does not seem to have evolved *pari passu* with the impressive development of specialized knowledge and technological advances.

In the mid-XXth century, the learned historian Arnold Toynbee warned that the then growing expenditures with militarism fatally lead to the “ruin of the civilizations”<sup>29</sup>; likewise, the improvement of military technique is symptomatic of the “decline of a civilization”<sup>30</sup>. Such growing expenditures of his time keep on going on, in our days, six decades later, amidst apparent inconstancy. Another distinguished writer of the XXth century, Stefan Zweig, in referring to the “old barbarism of war”, likewise warned against the *décalage* between technical progress and moral ascension, in face of “a catastrophe which with one sole blow made us regress a thousand years in our humanitarian efforts”<sup>31</sup>.

Has the previous generation really grasped the lessons learned with so much suffering by previous generations? It does not seem so. Another remarkable thinker of the last century, Bertrand Russell, pondered in 1959, in relation to the production of the atom bomb, that

“(…) The pursuit of knowledge may become harmful unless its combined with wisdom (…). There must be (…) a certain awareness of the ends of human life. (…)

(…) I do not think that knowledge and morals ought to be much separated. It is true that the kind of specialised knowledge which is required for various kinds of skill has little to do with wisdom. (…)

With every increase of knowledge and skill, wisdom becomes more necessary, for every such increase augments our capacity for realising our purposes, and therefore augments our capacity for evil, if our purposes are unwise. ;;the world needs wisdom as it has never needed it before; and if knowledge continues to increase, the world will need wisdom in the future even more than it does now”<sup>32</sup>.

Going further back in time, in the XVIth century, Francisco de Vitoria conceived the *jus gentium* of his days as the one which regulated the relations among all peoples (including the indigenous peoples of the New World), besides the individuals, in conditions of independence and juridical equality, pursuant to a truly universalist outlook (*totus orbis*). In a world marked by the diversification (of peoples and cultures) and by the pluralism (of ideas and cosmovisions), this new *jus gentium*<sup>33</sup>, emanated from a *lex praeceptiva* of natural law, ensuing from the *recta ratio*, secured the unity of the *societas gentium*, and provided the juridical

<sup>29</sup> A. Toynbee, *Guerra e Civilização*, Lisbon, Edit. Presença, 1963 [reed.], pp. 20 and 29.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 178-179. - And cf. J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Éd. Fallois, 2000, pp. 18-19 and 129-130.

<sup>31</sup> S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, Rio de Janeiro, Ed. Record, 1999 (reed.), p. 19, and cf. pp. 474 and 483, and cf. p. 160.

<sup>32</sup> Bertrand Russell, “Knowledge and Wisdom”, in *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y. Pocket Library, 1960 [reed.], pp. 499 and 502.

<sup>33</sup> Defined by Francisco de Vitoria himself as “*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium*”.

foundation for the *totus orbis*. In his well-known *Relectio De Indis Prior*, Vitoria clarified his understanding of the *jus gentium* as a law regulating the relations among all peoples, with the due respect to their rights, to the territories where they lived, to their contacts and freedom of movement (*jus communicationis*)<sup>34</sup>.

Going still further back in time, already the ancient Greeks were aware of the devastating effects of war over winners and losers, revealing the great evil of the substitution of the ends by the means: since the epoch of the *Illiad* of Homer until nowadays, all the “belligerents” were transformed into means, in things, in the insensitive struggle for power, incapable event to “submit their actions to their thoughts”. As Simone Weil observed so perspicaciously, the terms “oppressors and oppressed” almost lose meaning, in face of the impotence of all in confronting the machinery of war, converted into a machinery of destruction of any reasoning and of the fabrication of the in conscience<sup>35</sup>. Like in the *Illiad* of Homer, there are no winners and losers, all are taken and overwhelmed by force, possessed by war, degraded by brutalities and massacres<sup>36</sup>.

## IV. The Assertion of the Peoples' Right to Peace before Contemporary International Courts and Tribunals

Despite the fact that human knowledge has not been accompanied by wisdom in the handling of the matters of concern to the whole of humankind, there is no reason for despair. Some modest advances seem to have been achieved by human conscience, - or by the *universal juridical conscience*, as, in my own conception, the ultimate *material* source of International Law, the *jus gentium*<sup>37</sup>. In effect, nowadays, the rights of peoples are acknowledged and asserted before contemporary international tribunals. Here, once again, I will speak for my own experience, in referring first to the recent case-law of the tribunal I have served for many years, namely the Inter-American Court of Human Rights. I will then turn to the past practice before the tribunal I now serve, namely, the International Court of Justice.

### 1. Advances of the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights

In its Judgment of 31.08.2001, without precedents in international case-law, in the case of the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) extended protection to the right of all the members of an indigenous community (as the complaining party) to their

<sup>34</sup> From his work emerged the conception of a *jus gentium*, entirely emancipated from its origin of private law (in Roman law), vested with a humanistic vision, respectful of the freedoms of nations as well as of individuals, and of universal ambit. A.A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, in *24 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212.

<sup>35</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/ Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82, 84 and 130-131.

<sup>36</sup> S. Weil, “*L'Iliade ou le Poème de la Guerre (1940-1941)*” in *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 527-552.

<sup>37</sup> A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 1<sup>st</sup> ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726.

communal property of their historical lands<sup>38</sup>. The IACtHR determined that the respondent State should proceed<sup>39</sup> to the delimitation, demarcation and emission of the title to those lands of the community *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* taking into account their customary law, their uses and customs<sup>40</sup>. This remarkable Judgment eloquently discloses the contemporaneity of the thought of Francisco de Vitoria.

Shortly after this leading case in the jurisprudence of the Inter-American Court, three other decisions had a direct bearing on the rights of peoples, their cultural identity and their very survival: its Judgments on the cases of the *Indigenous Community Yakye Axa versus Paraguay* (2005-2006), of the *Indigenous Community Sawhoyamaxa versus Paraguay* (2005-2006), and of the massacre of the *Moiwana Community versus Suriname* (2005-2006)<sup>41</sup>. The first two cases of this triad, those of the *Indigenous Communities Yakye Axa* and *Sawhoyamaxa*, pertained to the forced displacement of the members of two indigenous communities out of their lands (as a result of State-sponsored commercialization of such lands), and their survival at the border of a road in conditions of extreme poverty.

They in fact concerned their fundamental right to life *lato sensu*, comprising their cultural identity, as I pointed out in my Separate Opinion (par. 8) in the case of the *Indigenous Community Yakye Axa* (Interpretation of Judgment, of 06.02.2006), wherein I further warned:

“One cannot live in constant uprootedness and abandonment. The human being has the spiritual need of roots. The members of traditional communities value particularly their lands, that they consider that belongs to them, just as, in turn, they ‘belong’ to their lands. In the present case, the definitive return of the lands to the members of the Community Yakye Axa is a necessary form of reparation, which moreover protects and preserves their own cultural identity and, ultimately, their fundamental right to life *lato sensu*” (par. 14).

Shortly afterwards, in the other case of the *Indigenous Community Sawhoyamaxa* (Judgment of 29.03.2006), in my Separate Opinion I saw it fit to add:

“The concept of culture, - originated from the Roman ‘colere’, meaning to cultivate, to take into account, to care and preserve, - manifested itself,

<sup>38</sup> Against the exploitation of wood in their lands by a multinational which had obtained a licence to that end from the Nicaraguan Government.

<sup>39</sup> In the light of Article 21 of the American Convention on Human Rights.

<sup>40</sup> A.A. Cançado Trindade, “The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: An Overview”, in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, Edit. Scientifica, 2004, pp. 1881, and cf. pp. 1873-1898. The IACtHR pondered, *inter alia*, that “for the indigenous communities the relationship with the land is not merely a question of possession and production but rather a material and spiritual element that they ought to benefit fully from, so as to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations” (par. 141).

<sup>41</sup> For a study, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Right to Cultural Heritage in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights”, in *Multiculturalism and International Law - Essays in Honour of E. McWhinney* (eds. Sienho Yee and J.-Y. Morin), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 477-499.

originally, in agriculture (the care with the land). With Cicero, the concept came to be used for questions of the spirit and of the soul (*cultura animi*)<sup>42</sup>. With the passing of time, it came to be associated with humanism, with the attitude of preserving and taking care of the things of the world, including those of the past<sup>43</sup>. The peoples - the human beings in their social milieu - develop and preserve their cultures to understand, and to relate with, the outside world, in face of the mystery of life. Hence the importance of cultural identity, as a component or aggregate of the fundamental right to life itself" (par. 4.)<sup>44</sup>.

The Inter-American Court's Judgment of 15.06.2005 in the case of the *Moiwana Community versus Suriname* (merits and reparations) addressed the massacre of the N'djukas of the Moiwana village and the drama of the forced displacement of the survivors. The Court duly valued the relationship of the N'djukas in Moiwana with their traditional land, having warned that "larger territorial land rights are vested in the entire people, according to N'djuka custom; community members consider such rights to exist in perpetuity and to be unalienable" (par. 86(6)). The Court's Judgment ordered a series of measures of reparations<sup>45</sup>, including measures to foster the voluntary return of the displaced persons to their original lands and communities, in Suriname, respectively. The delimitation, demarcation and the issuing of title of the communal lands of the N'djukas in the Moiwana Community, as a form of non-pecuniary reparation, has much wider repercussions than one may *prima facie* assume.

In my extensive Separate Opinion (pars. 1-93) which accompanied that Judgment, I recalled what the surviving members of the Moiwana Community pointed out before the Court (in the public hearing of 09.09.2004), namely, that the massacre at issue perpetrated in Suriname in 1986, planned by the State, has "destroyed the cultural tradition (...) of the *Maroon* communities in Moiwana" (par. 80)<sup>46</sup>. Duties of respect for the relationships of the living with their dead, - I pointed out (pars. 60-61), - were present in the origins of the law of nations itself, as remarked, in the XVIIth century, by Hugo Grotius in chapter XIX of book II of his classic work *De Jure Belli ac Pacis* (1625), dedicated to the "right to burial", inherent to all human beings, in conformity with a precept of "virtue

<sup>42</sup> H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [reprint], pp. 211-213.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 225-226.

<sup>44</sup> Moreover, in the same Separate Opinion, I further stressed the "close and ineluctable relationship" between the right to life *lato sensu* and cultural identity (as one of its components). In so far as members of indigenous communities are concerned, - I added, "cultural identity is closely linked to their ancestral lands. If they are deprived of these latter, as a result of their forced displacement, their cultural identity is seriously affected, and so is, ultimately, their very right to life *lato sensu*, that is, the right to life of each one and of all the members of each community" (par. 28). When this occurs, they are driven into a situation of "great vulnerability", of social marginalization and abandonment, as in the *cas d'espèce* (par. 29).

<sup>45</sup> Comprising indemnizations as well as non-pecuniary reparations of distinct kinds.

<sup>46</sup> Ever since this has tormented them; they were unable to give a proper burial to the mortal remains of their beloved ones, and underwent the strains of uprootedness, a human rights problem confronting the universal juridical conscience in our times (pars. 13-22). Their suffering projected itself in time, for almost two decades (pars. 24-33). In their culture, mortality had an inescapable relevance to the living, the survivors (pars. 41-46), who had duties towards their dead (pars. 47-59).

and humanity”<sup>47</sup>. And the *principle of humanity* itself, - as well recalled by the learned jurphilosopher Gustav Radbruch, - owes much to ancient cultures, having associated itself, with the *passing of time*, with the very spiritual formation of the human beings<sup>48</sup>.

In the present case of the *Moiwana Community*, beyond moral damage, I sustained in my aforementioned Separate Opinion the configuration of a true *spiritual damage* (elaborated in pars. 71-81), and, beyond the *right to a project of life*, I dared to identify and attempted to conceptualize what I termed the *right to a project of after-life* (pars. 67-70). I further observed, in my Separate Opinion, that the testimonial evidence produced before the Court in the *cas d’espèce* indicated that, in the N’djukas cosmovision, in circumstances like those of the present case, “the living and their dead suffer together, and this has an intergenerational projection”, and implications for the kinds of reparations due, also in the form of *satisfaction* (e.g., honouring the dead in the persons of the living) (par. 77).

In fact, the expert evidence produced before the Court indeed referred expressly to “spiritually-caused illnesses”<sup>49</sup>. I then concluded, in my Separate Opinion, on this particular point:

“All religions devote attention to human suffering, and attempt to provide the needed transcendental support to the faithful; all religions focus on the relations between life and death, and provide distinct interpretations and explanations of human destiny and after-life<sup>50</sup>. Undue interferences in human beliefs - whatever religion they may be attached to - cause harm to the faithful, and the International Law of Human Rights cannot remain indifferent to such harm. It is to be duly taken into account, like other injuries, for the purpose of redress. Spiritual damage, like the one undergone by the members of the *Moiwana Community*, is a serious harm, requiring corresponding reparation, of the (non-pecuniary) kind I have just indicated. (...)

The N’djukas had their right to the project of life, as well as their right to the project of after-life, violated, and continuously so, ever since the State-planned massacre perpetrated in the *Moiwana* village on 29.11.1986. They suffered material and immaterial damages, as well as spiritual damage. Some of the measures of reparations ordered by the Court in the present Judgment duly stand against oblivion, so that this atrocity never occurs again. (...)

In sum, the wide range of reparations ordered by the Court in the present Judgment in the *Moiwana Community* case (...) has concentrated on, and enhanced the centrality of, the position of the victims (...). In the *cas d’espèce*, the collective memory of the Maroon N’djukas is hereby duly preserved, against oblivion, honouring their dead, thus safeguarding their right to life *lato sensu*, encompassing the right to cultural identity, which finds expression in their acknowledged links of solidarity with their dead” (pars. 81 and 91-92).

<sup>47</sup> H. Grotius, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], vol. III (books II and III), Madrid, Edit. Reus, 1925, pp. 39, 43 and 45, and cf. p. 55.

<sup>48</sup> G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3rd. ed., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

<sup>49</sup> Paragraphs 77(e) and 83(9) of the Court’s Judgment.

<sup>50</sup> Cf., e.g., [Various Authors.] *Life after Death in World Religions*, Maryknoll N.Y., Orbis, 1997, pp. 1-124.

It should not pass unnoticed that, in the case of the *Moiwana Community*, the Court indicated, in the section on proven facts of the present Judgment, that

“During the European colonization of present-day Suriname in the XVIIth century, Africans were forcefully taken to the region and used as slaves on the plantations. Many of these Africans, however, managed to escape to the rainforest areas in the eastern part of Suriname’s present national territory, where they established new and autonomous communities (...). Eventually, six distinct groups of Maroons emerged: the N’djuka, the Matawai, the Saramaka, the Kwinti, the Paamaka, and the Boni or Aluku.

These six communities individually negotiated peace treaties with the colonial authorities. The N’djuka treaty signed a treaty in 1760 that established their freedom from slavery<sup>51</sup>. In 1837, this treaty was renewed; the terms of the agreement permitted the N’djuka to continue to reside in their settled territory and determined the boundaries of that area. The Maroons generally - and the N’djuka in particular - consider these treaties still to be valid and authoritative with regard to their relationship with the State, despite the fact that Suriname secured its independence from the Netherlands in 1975<sup>52</sup>.

In my aforementioned Separate Opinion in the *cas d’espèce*, I dedicated a section to the legal subjectivity of peoples in international law (pars. 5-12), given the importance which I ascribed to the fact that the rights of a people preceded historically statehood itself. As I pondered, in this particular respect, in my Separate Opinion,

“more than two centuries before Suriname attained statehood, its Maroon peoples celebrated peace agreements with the colonial authorities, subsequently renewed, and thus obtained their freedom from slavery. And the Maroons, - the N’djuka in particular, - regard these treaties as still valid and authoritative in the relations with the successor State, Suriname. This means that those peoples exercised their attributes of legal persons in international law, well before the territory where they lived acquired statehood. This reinforces the thesis which I have always supported, namely, that the State are not, and have never been, the sole and exclusive subjects of international law.

This purely inter-State outlook was forged by positivism, as from the Vattelian reductionism in the mid-XVIIIth century<sup>53</sup>, and became en vogue in the late XIXth century and early XXth century<sup>54</sup>, with the well-known

<sup>51</sup>Slavery was not formally abolished in the region until 1863.

<sup>52</sup> Paragraph 83(1) and (2).

<sup>53</sup>Found in the work by E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758); cf., e.g., E. Jouannet, *Emer de Vattel et l’émergence doctrinale du Droit international classique*, Paris, Pédone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 and 347.

<sup>54</sup>For a criticism of State-consent theories, reflecting the dangerous voluntarist-positivist conception of international law, cf. A.A. Cançado Trindade, «The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment», 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Geneva (1981) pp. 201-240.



disastrous consequences - the successive atrocities perpetrated in distinct regions of the world against human beings individually and collectively - that marked the tragic and abhorrent history of the XXth century. However, since its historical origins in the XVIth century, the law of nations (*droit des gens*, *derecho de gentes*, *direito das gentes*) encompassed not only States, but also peoples, and the human person, individually and in groups), and humankind as a whole<sup>55</sup>.

In this respect, reference can be made, for example, to the inspiring work by Francisco de Vitoria<sup>56</sup>, particularly his *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539)<sup>57</sup>. In his well-known Salamanca lectures *De Indis* (chapters VI and VII), Vitoria clarified his understanding of *jus gentium* as a law for all, individuals and peoples as well as States, “every fraction of humanity”<sup>58</sup>. In the XVIIth century, in the days of Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), likewise, the *jus humanae societatis*, conceived as a universal one, comprised States as well as peoples and individuals<sup>59</sup>. It is important to rescue this universalist outlook, in the current process of humanization of international law and of construction of the new *jus gentium* of the XXIst century. (...)

Human beings, individually and collectively, have emerged as subjects of international law. The rights protected disclose an individual and a collective or social dimensions, but it is the human beings, members of such minorities or collectivities, who are, ultimately, the titulaires of those rights. This approach was espoused by the Inter-American Court of Human Rights in the unprecedented decision (the first pronouncement of the kind by an international tribunal) in the case of the Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua (2001), which safeguarded the right to communal property of their lands (under Article 21 of the American Convention on Human Rights) of the members of a whole indigenous community<sup>60</sup>.

<sup>55</sup>A.A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado», 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/Brazil* (2001) pp. 11-23; A.A. Cançado Trindade, «A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional», in *Jornadas de Direito Internacional* (Ciudad de México, Dec. 2001), Washington D.C., OAS Subsecretariat of Legal Affairs, 2002, pp. 311-347; and cf. A.A. Cançado Trindade, «Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne», 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239.

<sup>56</sup>Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra* (with an Introduction by A. Gómez Robledo), 2nd. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1985, pp. XXX, XLIV-XLV, LXXVII and 61, and cf. pp. LXII-LXIII.

<sup>57</sup>Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

<sup>58</sup>J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 140 and 170.

<sup>59</sup>Cf. H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), The Hague, Nijhoff, 1948, pp. 6, 10 and 84-85; and P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 203, 216-217 and 219-220.

<sup>60</sup>The Court pondered, in paragraph 141 of its Judgment (merits), that to the members of the indigenous communities (such as the present one) “the relationship with the land is not merely a question of possession and production but rather a material and spiritual element that they ought to enjoy fully, so as to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations”.

In this respect, the endeavours undertaken in both the United Nations and the Organization of American States (OAS), along the nineties, to reach the recognition of indigenous peoples' rights through their projected and respective Declarations, pursuant to certain basic principles (such as, e.g., that of equality and non-discrimination), have emanated from human conscience. (...)" (pars. 6-8 and 10-11).

In addition to those cases, another significant legal development can be found in the determination, by the Inter-American Court, of *grave* violations of human rights, and the corresponding reparations in various forms, under the American Convention, in a recent cycle of *cases of massacres* (of which the case of the *Moiwana Community*, *supra*, forms part). Some of the occurrences victimized likewise members of specific communities or human collectivities. In a recent lecture I delivered, last month, in an international symposium convened by the International Criminal Court (ICC) at The Hague (on 10.11.2009), I referred to the IACtHR's Judgments in the cases of the massacres of *Barrios Altos versus Peru* (of 14.03.2001), of *Caracazo versus Venezuela* (reparations, of 29.08.2002), of *Plan de Sánchez versus Guatemala* (of 29.04.2004), of *19 Tradersmen versus Colombia* (of 05.07.2004), of *Mapiripán versus Colombia* (of 17.09.2005), of *Moiwana Community versus Suriname* (of 15.06.2005), of *Pueblo Bello versus Colombia* (of 31.01.2006), of *Ituango versus Colombia* (of 01.07.2006), of *Montero Aranguren and Others (Retén de Catia) versus Venezuela* (of 05.07.2006), of *Prison of Castro Castro versus Peru* (of 25.11.2006), and of *La Cantuta versus Peru* (of 29.11.2006)<sup>61</sup>.

This late jurisprudential development would, in all likelihood, have been unthinkable of, four decades ago, by the draftsmen of the American Convention. Nowadays, massacres no longer fall into oblivion. Atrocities victimizing whole communities, or segments of the population, are being brought before contemporary international tribunals, for the establishment not only of the international criminal responsibility of individuals (in the case of international criminal tribunals), by also of the international responsibility of States (in the case of international human rights tribunals, such as the IACtHR). This indicates that there have been clear advances in the realization of international justice in recent years, in cases of factual and evidenciary complexities.

## 2. Pleadings before the International Court of Justice

May I now turn to the pertinent practice before the ICJ along the years, with special attention turned to the pleadings before the Court. In the first *Nuclear*

<sup>61</sup>As well as cases of planified murders at the highest level of State power, and perpetrated by order of this latter (such as the case of *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Judgment of 25.11.2003). Cf. A.A. Cançado Trindade, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a Su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones" [The Hague, ICC Symposium, 10.11.2009], 21 *Revista de Derecho Vox Juris* - Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres - Peru (2011) pp. 53-72; and cf. also, *inter alia*, e.g., G. Citroni, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Casos de Masacres", 21 *Anuario de Derecho Internacional* (2005) pp. 1-26. And cf., recently, A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, ch. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

*Tests* cases (atmospheric testing, Australia and New Zealand *versus* France, 1973-1974), the right of peoples to live in peace was acknowledged and asserted before the International Court of Justice (ICJ). For the purposes of our exercise today, the arguments of the parties, in the written and oral phases of the proceedings, are particularly significant, even more than the actual outcome of the cases. In its application instituting proceedings (of 09.05.1973), for example, Australia contended that it purported to protect its people and the peoples of other nations, and their descendants, from the threat to life, health and well-being arising from potentially harmful radiation generated from radio-active fall-out generated by nuclear explosions<sup>62</sup>.

New Zealand, on its part, went even further in its own application instituting proceedings (also of 09.05.1973): it stated that

“In the period of 27 years in which nuclear tests have taken place there has been a progressive realization of the dangers which they present to life, to health and to the security of peoples and nations everywhere. (...) The attitude of the world community towards atmospheric nuclear testing has sprung from the hazards to the health of present and future generations involved in the dispersal over wide areas of the globe of radioactive fallout. (...) With regard to nuclear weapons tests that give rise to radioactive fallout, world opinion has repeatedly rejected the notion that any nation has the right to pursue its security in a manner that puts at risk the health and welfare of other people”<sup>63</sup>.

New Zealand made clear that it was pleading on behalf not only of its own people, but also of the peoples of the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands<sup>64</sup>. In its memorial on jurisdiction and admissibility (of 29.10.1973), New Zealand further argued that “the atmospheric testing of nuclear weapons inevitably arouses the keenest sense of alarm and antagonism among the peoples and governments of the region in which the tests are carried out”<sup>65</sup>. Moreover, in its request (of 14.05.1973) for the indication of provisional measures of protection, New Zealand recalled two precedents (in 1954 and 1961) of threats to peoples’ right to live in peace:

“(...) Although in 1954 the dangers associated with nuclear testing were less well understood than they are now, the damage caused by the hydrogen bomb tests conducted by the United States in the Marshall Islands in that year led to vigorous protest by and on behalf of the peoples of the Trust Territory and by Japan in respect of injuries suffered by her own citizens on the high seas. Similarly, in October 1961, the explosion by the Soviet Union in her own territory of a 50-megaton nuclear weapon was strongly condemned by the whole world,

<sup>62</sup>It further referred to the populations being subjected to mental stress and anxiety generated by fear; ICJ, *Nuclear Tests cases* (Australia *versus* France, vol. I) - *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, pp. 11 and 14.

<sup>63</sup>ICJ, *Nuclear Tests cases* (New Zealand *versus* France, vol. II) - *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, p. 7.

<sup>64</sup>*Ibid.*, pp. 4 and 8.

<sup>65</sup>*Ibid.*, p. 211.

but especially by northern hemisphere countries which were subjected to marked increases in radiation as a consequence of the tests<sup>66</sup>.

Thus, beyond the strict confines of the purely inter-State *contentieux* before the ICJ, both New Zealand and Australia looked beyond it, and vindicated to rights of peoples to health, to well-being, to be free from anxiety and fear, in sum, to live in peace. Two decades later, the matter was brought to the fore again, in the mid-nineties, in the second *Nuclear Tests* cases (underground testing, New Zealand *versus* France, 1995). Although this time only New Zealand was the applicant State (as from its request of 21.08.1995), five other States lodged with the ICJ applications for permission to intervene<sup>67</sup>: Australia, Solomon Islands, Micronesia, Samoa and Marshall Islands.

Australia argued (on 23.08.1995) that the dispute between New Zealand *versus* France raised the issue of the observance of obligations *erga omnes* (pars. 18-20, 24-25 and 33-34). On their part, Solomon Islands, Micronesia, Samoa and Marshall Islands contended (on 24.08.1995) that “the independent island States which are members of the South Pacific Forum have consistent opposed activity related to nuclear weapons and nuclear waste disposal in their Region, for example, by seeking to establish and guarantee the status of the Region as a nuclear-free zone” (par. 5). And, in referring to the need of fulfilment of rights and obligations *erga omnes* (pars. 20 and 25), they added that

“(...) The cultures, traditions and well-being of the peoples of the South Pacific States would be adversely affected by the resumption of French nuclear testing within the region in a manner incompatible with applicable legal norms” (par. 25).

As a matter of fact, so far there is not much in the ICJ Judgments themselves on the peoples' right to peace, though the subject has at times been brought to the Court's attention. This has a significance, which should not pass unnoticed in the present occasion. To recall yet another example, in its Judgment of 22.12.1986 in the case of the *Frontier Dispute* (Burkina Faso *versus* Republic of Mali), the ICJ Chamber, in drawing the frontier line as requested by the parties (par. 148), took note of their contentions, *inter alia*, concerning the *modus vivendi* of the people living in four villages in the region (farming, land cultivation, pasturage, fisheries<sup>68</sup>. Two Separate Opinions were appended to the aforementioned Judgment of the ICJ Chamber: one invoked considerations of equity *infra legem*, bearing in mind that the region concerned is “a nomadic one, subject to drought, so that access to water is vital”<sup>69</sup>; the other asserted that “it is the right of peoples to determine their own future which has received the blessing of international law”<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>67</sup> Under the terms of Article 62 of the ICJ Statute.

<sup>68</sup> Pars. 114-116 and 124-125.

<sup>69</sup> Separate Opinion of Judge *ad hoc* Abi-Saab, par. 17.

<sup>70</sup> Separate Opinion of Judge *ad hoc* Luchaire, par. I.

Other pertinent examples of resort to peoples' rights before the ICJ could here be briefly recalled. In the course of the proceedings (of 1988-1990) in the case of *Phosphate Lands in Nauru* (*Nauru versus Australia*), for example, the ICJ took cognizance of successive contentions invoking peoples' rights<sup>71</sup> (e.g., over their natural resources<sup>72</sup>), and their *modus vivendi*<sup>73</sup>. Furthermore, in its *Advisory Opinion of 16.10.1975 on Western Sahara*, the ICJ itself utilized the expression "right of peoples" (par. 55), in the framework of the application of the "principle of self-determination" (pars. 55, 59, 138 and 162).

Two decades later, in the case concerning *East Timor* (*Portugal versus Australia*, Judgment of 30.06.1995), although the ICJ found that it had no jurisdiction to adjudicate upon the dispute (a decision much discussed in expert writing), yet it acknowledged the rights of peoples to self-determination (par. 29) and to permanent sovereignty over their natural resources (par. 33), and added that "the principle of self-determination of peoples" has been recognized by the U.N. Charter and in its own jurisprudence as "one of the essential principles of contemporary international law" (par. 29).

### 3. Contribution of the Case-Law and Practice in Other International Jurisdictions

In this key-note address, I have - as already indicated - deliberately concentrated myself on developments under the two international tribunals that I have had, and currently have, the privilege to serve, namely, the Inter-American Court of Human Rights, and now the International Court of Justice. This does not hinder me to referring very briefly to pertinent developments under the European Convention of Human Rights<sup>74</sup> and the African Charter on Human and Peoples' Rights. I limit myself to refer to them, as a closer examination of such developments is beyond the purposes of the present address.

On the African continent, the draftsmen of the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights opted - as well known - for the inclusion of a catalogue of civil and political rights, added to economic, social and cultural rights<sup>75</sup>, as well as peoples' rights (Articles 19-24), with a common mechanism of implementation (Articles 46-59). Until now (end of 2009), the African Commission on Human and Peoples' Rights has had the occasion to pronounce on peoples' rights (*infra*), but it is most likely that the recently-established African Court on Human and Peoples' Rights (AfComHPR) will also have the opportunity to give its own contribution to the matter in the foreseeable future.

<sup>71</sup>ICJ, *Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru* (*Nauru versus Australia*, vol. I) - *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, pp. 14, 16, 21, 87, 113 and 185.

<sup>72</sup>*Ibid.*, pp. 183 and 196.

<sup>73</sup>*Ibid.*, pp. 113 and 117.

<sup>74</sup>Cf., *inter alia*, e.g., M.D. Goldhaber, *A People's History of the European Court of Human Rights*, New Brunswick/London, Rutgers University Press, 2009, pp. 1-185.

<sup>75</sup>Articles 3-14 and 15-18, respectively.

As for the African Commission, the decision taken in its 33rd ordinary session, in the inter-State case<sup>76</sup> of the *Democratic Republic of Congo versus Burundi, Rwanda of Uganda* (May 2003)<sup>77</sup>, is of relevance here. The complainant State alleged “grave and massive violations” of human and peoples’ rights, committed in its Eastern provinces by the armed forces of the respondent States, in the form of a “series of massacres, rapes, mutilations, mass transfers of populations and looting of the peoples’ possessions”<sup>78</sup>. The AfComHPR significantly based its decision on relevant and pertinent provisions of both International Human Rights Law and International Humanitarian Law<sup>79</sup>.

The AfComHPR held that there had occurred “flagrant violations” of the rights to life and the integrity of the person, in breach of Articles 2 and 4 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights. Furthermore, the Commission found violations of Articles 18(1) and 12(1) and (2) of the Charter, resulting from the “mass transfer of persons from the Eastern provinces of the complainant State to camps in Rwanda”<sup>80</sup>. It further condemned the plunder and lootings of the natural resources of the Eastern provinces of the Congo<sup>81</sup>, and found that there had been a serious lack of respect for the mortal remains of the victims of massacres and for their gravesites, and that the “barbaric” and “reckless” dumping and mass burial of those mortal remains (following the massacres) - forbidden under Article 34 of Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 - were a violation of the Congolese people’s right to cultural development, in breach of Articles 60-61 of the African Charter<sup>82</sup>. The AfComHPR further asserted the peoples’ rights to self-determination<sup>83</sup>, to development (Article 22 of the African Charter) and to dispose freely of their wealth and natural resources<sup>84</sup>.

In so far as public arbitrations are concerned, reference can be made to the award of 18.02.1983 in the *Guinea/Guinea Bissau Maritime Delimitation* case, wherein the peoples’ right to development received judicial recognition. The Court of Arbitration found that the case pertained to “the legitimate claims” of the parties as developing States, and to “the right of the peoples involved to a level of economic and social development which fully preserves their dignity”<sup>85</sup>.

<sup>76</sup>This was the first inter-State communication decided by the African Commission.

<sup>77</sup> Reproduced *in*: African Union/Executive Council, *Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights* (2006), doc. EX.CL/279 (IX), of 25-29.06.2006, pp. 111-131.

<sup>78</sup>Par. 69; there was further complaint of “concentration camps” situated in Rwanda, where people were “simply massacred and incinerated in crematories (especially in Bugusera, Rwanda)” (*ibid.*, par. 6).

<sup>79</sup>It found that “the killings, massacres, rapes, mutilations and other grave human rights abuses committed while the respondent States’ armed forces were still in effective occupation of the Eastern provinces of the complainant State” (as from the beginning of August 1998) were “reprehensible”, as well as “inconsistent with their objections” under the 1949 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Part III) and Protocol I to the Convention (the precepts of which form part of “the general principles of law recognized by African States”; *ibid.*, pars. 78-79).

<sup>80</sup>As alleged by the complainant State and not refuted by the respondent State; *ibid.*, par. 81.

<sup>81</sup>In contravention of Articles 21-22 of the African Charter; *ibid.*, pars. 90-91 and 94-95.

<sup>82</sup>*Ibid.*, par. 87.

<sup>83</sup>*Ibid.*, pars. 68 and 77.

<sup>84</sup>*Ibid.*, par. 95.

<sup>85</sup>Ian Brownlie, *The Human Right to Development*, London, Commonwealth Secretariat (Occasional Paper Series), 1989, pp. 1-2, and cf. p. 13 n. 1.

## V. The Peoples' Right to Peace and the Lessons of History

Last by not least, it may here be pointed out that, for the consideration of peoples' rights, a wide perspective has been disclosed, over two decades ago, not only by the 1986 U.N. Declaration on the Right to Development, but also, e.g., by U.N. General Assembly resolutions 32/130, 39/145, 43/113, 43/114 and 43/125. All these instruments have contributed to focus on the promotion and protection of peoples' rights, and of rights pertaining to human collectivities, without losing sight to the search for the causes of their breaches, as much as for the settlement and solutions to gross and flagrant violations of human rights<sup>86</sup>. This is of much relevance to the vindication of the peoples' right to peace - among other peoples' rights - before international courts and tribunals.

The supporters of the peoples' right to peace, among whom I rank myself, ought ultimately to bear in mind the lessons learned by previous generations through suffering. The lessons of history ought to be passed on to the present and future generations. In this respect, may I here briefly recall a couple of recollections which do have a bearing on the consideration of the subject which gathers us here today at the United Nations headquarters in Geneva. On the eve of the outbreak of the II world war, one of the historians who witnessed the events of that time (J. Huizinga) pondered, in an outburst, that the return to barbarism seemed to enslave the human spirit, and that barbarism managed to associate itself to high technical progress<sup>87</sup>; to him, civilization required the preservation of the interior and spiritual life of each individual<sup>88</sup>.

Shortly after the II world war, another learned historian (A.J. Toynbee), whose penetrating writings defy the erosion of time, pondered:

“(...) The works of artists and men of letters outlive the deeds of businessmen, soldiers, and statesmen. (...) The ghosts of Agamemnon and Pericles haunt the living world of today by grace of the magic words of Homer and Thucydides (...). The experience that we were having in our world now had been experienced by Thucydides in his world already. (...) Thucydides, it now appeared, had been over this ground before. He and his generation had been ahead of me and mine in the stage of historical experience that we had respectively reached; in fact, his present had been my future. But this made nonsense of the chronological

<sup>86</sup>A.A. Cançado Trindade, “Environment and Development: Formulation and Implementation of the Right to Development as a Human Right”, 3 *Asian Yearbook of International Law* (1994) p. 36, and cf. pp. 15-40; and cf. also A.A. Cançado Trindade, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments Rights”, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (eds. N. Al-Nauimi and R. Meese), The Hague, Kluwer, 1995, pp. 1051-077.

<sup>87</sup>J. Huizinga, *La Crisi della Civiltà*, 2nd. ed., Torino, G. Einaudi Ed., 1938, pp. 136-137.

<sup>88</sup>*Ibid.*, p. 147.

notation which registered my world as 'modern' and Thucydides' world as 'ancient'. Whatever chronology might say, Thucydides' world and my world had now proved to be philosophically contemporary. (...) The prophets, through their own experience, anticipated Aeschylus' discovery that learning comes through suffering - a discovery which we, in our time and circumstances, have been making too. (...) Civilizations rise and fall and, in falling, give rise to others, (...) and (...) the learning that comes through the suffering caused by the failures of civilizations may be the sovereign means of progress"<sup>89</sup>.

Regarding himself as an individual as a "trustee for all future generations", and warning that "the atom bomb and our many other new lethal weapons are capable, in another war, of wiping out not merely the belligerents but the whole of the human race"<sup>90</sup>, A.J. Toynbee added that

"(...) In each of (...) civilizations, mankind (...) is trying to rise above mere humanity (...) towards some higher kind of spiritual life. (...) The goal (...) has never been reached by any human society. It has, perhaps, been reached by individual men and women. (...) But if there have been a few transfigured men and women, there has never been such a thing as a civilized society. Civilization, as we know it, is a movement and not a condition, a voyage and not a harbour. No known civilization has ever reached the goal of civilization yet.(...)"<sup>91</sup>.

Toynbee then regretted that mankind had "unfortunately (...) discovered how to tap atomic energy before we have succeeded in abolishing the institution of war. Those contradictions and paradoxes in the life of the world in our time (...) look like symptoms of serious social and spiritual sickness"<sup>92</sup>. And he concluded that "man's only dangers (...) have come from man himself"; after all, we are faced with the truths that "in this world we do learn by suffering", and that "life in this world is not an end in itself and by itself"<sup>93</sup>.

A.A.C.T.

---

<sup>89</sup>A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford, University Press, 1948, pp. 5, 7-8 and 15.

<sup>90</sup>*Ibid.*, pp. 27 and 25.

<sup>91</sup>*Ibid.*, p. 55.

<sup>92</sup>*Ibid.*, pp. 160-161.

<sup>93</sup>*Ibid.*, pp. 162 and 260.



# A obrigação de reparar violações de direitos humanos no Brasil

---

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

## Considerações preliminares

O respeito e a fiel observância dos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos são imprescindíveis à realização do Estado Democrático de Direito. A efetividade dos direitos humanos em uma sociedade democrática está diretamente subordinada ao cumprimento das normas oriundas da ordem jurídica constitucional e dos compromissos internacionais derivados dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Neste contexto, é de absoluta importância que o cidadão, cujos direitos humanos sofreram violações decorrentes de ação ou omissão do Estado, ou mesmo por particulares, tenha assegurado o acesso à justiça e, da mesma forma, possa contar com todas as garantias judiciais necessárias. Nesse sentido é oportuno recordar que o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que todo ser humano “tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição e pela lei”. Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, em seu artigo 25 estabelece que “todas as pessoas têm o direito a um recurso simples, rápido e efetivo, não somente em decorrência de violações de seus dispositivos, mas, também, por violações da legislação interna”.

A Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005, da Assembleia Geral das Nações Unidas, ao estabelecer os “Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, afirma o direito das vítimas de buscar a reparação de seus direitos fundamentais violados, pois, como assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Justiça e antigo presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “o dever de reparação constitui uma obrigação nova e adicional, que se soma à obrigação primária (de respeito aos direitos humanos) cuja violação constitui o ato ilícito internacional”. Convém lembrar que a reparação pode se realizar por restituição, por reabilitação, a indenização, a satisfação e a garantia de não repetição das violações.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Professor e Diretor-Geral do Centro de Ensino Superior de Valença/RJ; ex-reitor da UERJ; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. O presente texto resume a comunicação apresentada pelo autor, sob o título, *L'obligation de réparer les violations des droits humains au Brésil*, no tópico *Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme*, no 19<sup>me</sup> Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Viena, 2014.

<sup>2</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990, p. 171.



da responsabilidade estatal a *teoria do risco* administrativo, a legislação brasileira “condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano”.<sup>4</sup> Para tanto, a Constituição de 1988, no parágrafo 6º do artigo 37, determina que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem às pessoas sob a sua jurisdição.

Como será destacado adiante, o legislador brasileiro, considerando a importância da proteção constitucional da cidadania e da dignidade da pessoa humana, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro normas relativas à tutela dos direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, amplas condições legais para punir a violação desses direitos.<sup>5</sup>

Em qualquer documento que tratar da questão da violação de direitos humanos no Brasil, a prática da tortura no País aparece em lamentável destaque. Não se pode esquecer que a ditadura militar, que imperou no Brasil nas últimas décadas do século XX, fez da tortura uma prática constante contra seus opositores. Porém, ainda hoje, na vigência do Estado Democrático de Direito, com frequência, a imprensa publica denúncias de tortura nas unidades policiais e nos presídios, apesar da proibição constitucional. A Constituição de 1988 diz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. É bom registrar que o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e, da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanas ou Degradantes.

É importante afirmar que, embora o parágrafo 6º do artigo 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, determine que o crime de tortura no Brasil é inafiançável, não pode ser objeto de indulto ou anistia, e que não prescreve jamais, uma Lei anterior, de nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, em vigor no País, concedeu anistia a todos os responsáveis por crimes políticos e conexos, inclusive tortura, praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, período que cobre, a partir de 1964, a ditadura militar. As entidades de defesa de direitos humanos no Brasil defendem a tese segundo a qual esta lei não beneficia os agentes do Estado brasileiro que praticaram torturas e assassinatos durante os governos militares, sob o argumento de que os crimes de tortura e de desaparecimento forçado de pessoas, tipificados como crimes contra a humanidade pelo Direito Internacional, conforme os tratados e convenções internacionais sobre a matéria ratificados pelo Brasil são de natureza comum e não prescrevem. Em decisão proferida, em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, julgando Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153 –, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirmou a constitucionalidade da Lei de Anistia, mantendo, assim, sua vigência no País. Em posição contrária, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 166-167.

<sup>5</sup> Ver, sobre os direitos da personalidade na legislação brasileira, TEPEDINO Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-54.



Importa ainda observar, no domínio da legislação infraconstitucional, que a Lei nº 9.140, de 1995, ordena o pagamento de indenizações aos familiares de mortos e desaparecidos políticos durante os anos que o Brasil viveu sob ditadura militar e, da mesma forma, a Lei nº 10.559, de 2002, regula o pagamento de indenizações às pessoas anistiadas e que foram impedidas de trabalhar em razão de perseguições que sofreram durante a ditadura militar implantada no Brasil pelo golpe de Estado de 1964.

A Lei nº 9.140 acima mencionada criou, em seu artigo 4º, uma Comissão Especial para proceder ao reconhecimento de vítimas da ditadura, ou seja, os desaparecidos não relacionados no anexo do referido mandamento. Da mesma forma, reconhecer, para fins da mesma lei, as pessoas que, “por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, tenham falecido por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas” como também aquelas “que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do Poder Público” e que “que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do Poder Público”. A indenização estabelecida pela citada Lei será concedida por decreto do Presidente da República,<sup>8</sup> observado o parecer da Comissão Especial, “consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei”.<sup>9</sup> Entretanto o valor da reparação, em nenhuma hipótese, será inferior a cem mil reais.<sup>10</sup>

A Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, acima referida, ao estabelecer em seu artigo 1º, II, a condição de anistiado político, determina a reparação econômica, que poderá se dar em forma de prestação mensal, ou prestação única, asseguradas a readmissão ou promoção na inatividade, conforme o disposto no *caput* nos §§ 1º e 5º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ao anistiado será também assegurada a contagem do tempo em que o mesmo, em decorrência de punição por exclusivo motivo político, permaneceu afastado de suas atividades profissionais. Sobre o valor indenizatório não incidirá contribuições previdenciárias (inciso III).

Como sabemos, por motivos estritamente políticos, estudantes foram impedidos de concluir cursos em que estavam matriculados em escolas públicas ou privadas. Para estes, a lei determina que lhes seja concedida a conclusão do curso em escola pública, bem como o registro de diploma obtido no exterior, em instituição escolar de reconhecido prestígio, “mesmo que não tenha correspondente no Brasil” (inciso IV).

Nessa mesma linha, é assegurada reintegração do servidor público civil e dos empregados públicos que foram punidos pelo regime ditatorial, por motivos políticos, em decorrência de adesão à greves em serviço público e em atividades de interesse da segurança nacional (inciso V).

<sup>8</sup> Lei 9.140, § 2º

<sup>9</sup> Lei 9.140, I, letras a, b, c e d.

<sup>10</sup> *Idem*, § 1º



direitos dos povos “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional”. Nessa situação enquadram-se as populações negras dos quilombos e os povos indígenas.

As populações indígenas do Brasil recebem tratamento constitucional especial, isto é, a Carta Magna Brasileira lhes reserva um capítulo específico sobre os seus direitos e garantias fundamentais. Desta forma, no Capítulo VIII da Constituição Federal, os artigos 231 e 232, expressam os direitos e garantias que são devidas aos índios brasileiros. É importante salientar que os dispositivos mencionados contêm inovações conceituais importantes em relação à legislação brasileira anterior, que tratava a questão indígena sob a perspectiva de assimilação, considerando os índios como categoria social transitória. A Constituição Federal deixa bem claro que os direitos das populações indígenas sobre as terras que habitam são originários, anteriores, portanto, à criação do Estado Brasileiro. Diz o *caput* do artigo 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Em seus sete parágrafos, esse artigo determina que as terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, os direitos sobre elas não prescrevem e destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto de todas as riquezas naturais, bem como o aproveitamento dos recursos hídricos. Em relação ao acesso à justiça pelas populações indígenas, o artigo 232 ordena o seguinte: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. O Brasil, como já foi dito, ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, e votou afirmativamente na aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007.

A despeito da proteção oriunda do direito interno e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, as populações indígenas são vítimas constantes de violações de seus direitos constitucionais, uma vez que suas terras são objeto da cobiça de indivíduos e grupos interessados na sua exploração econômica, fato que tem dado origem a uma série de conflitos nos quais os índios sofrem todo o tipo de violência física e moral. Apenas como exemplo das muitas ações objetivando reparações por violações de direitos dos povos indígenas que tramitam nas cortes brasileiras, recentemente, janeiro de 2014, o Ministério Público Federal do Estado do Amazonas ingressou com uma ação na Justiça Federal contra o Estado Brasileiro por violações dos direitos humanos das etnias *tenharim* e *jiahui* na Rodovia Transamazônica, estrada que corta as terras desses índios e foi construída durante a ditadura militar.

## Em conclusão

Nas observações expostas anteriormente, buscou-se mostrar que o ordenamento jurídico brasileiro está amplamente dotado de normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, bem como de instrumentos

legais, de base constitucional e infraconstitucional, que permitem a propositura de ações de reparação decorrentes da violação de direitos humanos. Contudo, embora o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal ordene que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e o mesmo artigo 5º, XXXV, estabeleça que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário”, de fato, uma série de entraves impedem que as vítimas de violações de direitos humanos no País recebam, em prazo razoável, a prestação jurisdicional reparadora. A morosidade processual é o principal obstáculo para a plena realização do acesso à Justiça, portanto, para o cumprimento da obrigação de reparar danos morais ou materiais derivados de violação de direitos humanos no Brasil. Processos tramitam na lenta Justiça Brasileira por anos, muitas vezes por décadas, até receberem a respectiva sentença definitiva, quando esse prazo não se excede ao ponto de ocasionar a prescrição do processo. A propósito, deve-se registrar que a primeira condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil –, foi motivada não somente pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal da vítima, Damião Ximenes Lopes, mas também em razão da violação dos artigos 8º – Garantias Judiciais – e 25 – Proteção Judicial – da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que determinam o cumprimento pelo Estado da prestação jurisdicional em tempo razoável. Por outro lado, como a população brasileira é composta, em sua maioria, por pessoas pobres, não são todos os Estados da Federação que possuem Defensorias Públicas, circunstância que agrava o acesso à Justiça e a concretização da prestação jurisdicional a um grande número de brasileiros.

Por fim, pode-se concluir afirmando que o Brasil é uma sociedade nacional complexa, com uma lamentável história de desigualdades e de contrastes socioeconômicos, com uma enorme dívida social a ser resgatada com mais de dois terços de sua população. Apesar de possuir uma legislação avançada em matéria de direitos humanos e de ser ampla a adesão do País aos tratados e convenções sobre direitos humanos em vigor nos planos global e regional, o Brasil apresenta índices inaceitáveis de violência e de violação de direitos fundamentais do ser humano.



# Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – breves apontamentos

Antônio Pereira Gaio Júnior<sup>1</sup>

## Resumo

Trata-se de artigo no qual se procura enfrentar as principais questões processuais decorrentes de incidente processual com previsão expressa no Projeto de Lei do Senado Federal, nº 166, de 2010, mais precisamente nos arts. 930 a 941, denominado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. Por ser instituto cabível em situações nas quais, decorrente de demandas em andamento, for detectada respectiva controvérsia que detém potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, demonstrase, fundamentalmente, a necessidade de análise pormenorizada dos impactos sobre a marcha procedimental e possível efetividade e prestação temporal na sistemática processual civil pátria.

**Palavras-chave:** Demandas repetitivas; reforma processual; efetividade e celeridade.

## Abstract

This article intends to confront the major procedural issues that comes from procedural incident with provisions in our Bill of the Senate, n. 166 of 2010, specifically in articles 930-941, entitled “Incident of Resolution of Repetitive Demands”. For being a institute appropriate in situations where, due to ongoing demands, their dispute is detected that has the potential to generate significant multiplication of process based on an identical question of law and could cause serious legal uncertainty, arising from the risk of coexistent conflicting decisions, demonstrates, fundamentally, the need for detailed analysis of impact on the procedural motion and possible effectiveness and readiness of civil procedure in the current brazilian systematic.

**Keywords:** Repetitive demands; procedure reform; effectiveness and readiness.

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra/PT); Doutor em Direito (UGF); Mestre em Direito (UGF); Pós-graduado em Direito Processual (UGF); Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); Membro Efetivo da International Bar Association – IBA; Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do IAB-Nacional; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Advogado.

## Uma nota introdutória

É cediço o volume de demandas que transbordam nas secretarias das numerosas comarcas que compõem a estrutura do Poder Judiciário pátrio.

Notadamente, boa parte de ditas demandas relacionam-se com conflitos que possuem, em seu particular âmbito, similitude na causa de pedir, gerando, inegavelmente, lides envoltas em questões ora denominadas repetitivas.<sup>2</sup>

Em meio a tal contexto problemático, não foge à análise que a alusiva multiplicidade de demandas de semelhante teor (litigiosidade de massas)<sup>3</sup>, desaguada em uma estrutura técnica procedimental edificada sob outro paradigma<sup>4</sup> e que, por isso, vem, ainda de pouco, buscando alternativas para o enfrentamento de numerário avassalador das supracitadas lides, em que pese a problemática envolta na questão possuir tentáculos para uma variedade de causas, sendo, a nosso ver, das mais graves, o incontestável déficit em políticas públicas voltadas ao arranjo estrutural – e aí incluso o pessoal – qualitativo, apto a otimizar necessário impacto na qualidade do serviço público da justiça no País.

Por outro lado, somando-se à problemática quantitativa, tem-se a necessidade de melhor equalização das decisões judiciais aos casos concretos com nítida similitude,<sup>5</sup> ou seja, nota-se, de muito, uma variedade de julgados com comandos discrepantes sobre uma mesma situação de direito, fortalecendo o sentimento de insegurança jurídica, realçado em sua face subjetiva, ou seja, na

<sup>2</sup> Como bem pontua Ada Pellegrini, “a grande massa de processo que aflige aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.) *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1.

<sup>3</sup> No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo Código de Processo Civil para o Brasil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, Vol. 37, jul./ago. 2010, p. 89-90.

<sup>4</sup> “Desde o último quartel do século passado, foi tomado vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 379-380).

<sup>5</sup> Interessante notar aqui que Tubelis, apoiado em pesquisa do Jornal Folha de São Paulo realizada em 29.3.1987, esta que objetivava apurar o “prestígio” e o “poder” dentre 22 instituições nacionais e dando conta da posição final do Poder Judiciário (16º lugar na ordem decrescente), expressou exatamente no somatório dos problemas “morosidade” mais “aleatoriedade” (discrepância) das decisões judiciais, como causas preponderantemente apontadas pelos cidadãos entrevistados, no que tange ao afastamento da população em relação à jurisdição estatal. *In verbis*:

“O afastamento da população com relação ao Poder Judiciário e o princípio da participação são incompatíveis entre si. Convém portanto, apreciar as duas causas apontadas em virtude das quais a população tende a se afastar do Poder Judiciário: a morosidade e a aleatoriedade das decisões judiciais.” TUBELIS, Vicente Paulo. *Divergência jurisprudencial e participação*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 395-403.

confiança legítima dos cidadãos quanto à calculabilidade e previsibilidade dos atos dos poderes públicos<sup>6</sup>, contrariando assim o próprio e verdadeiro escopo da visão democrática a que o processo, como instrumento de liberdade, deva encarnar e incansavelmente perquirir: o empenho à igualdade de todos perante o direito.

Tal escopo se mostra indissociável do próprio Estado de Direito, com o equilíbrio das relações sociais, ainda que, a partir da concepção abstrata da lei, mas que razoavelmente pondera o seu exercício prático à razoabilidade através de soluções comuns à mesma medida do conflito a ser dissolvido pelo Poder Judiciante estatal.

Ilógico e, por isso, inaceitável que, diante da analogia em casos concretos, repousem decisões gravemente discrepantes. Neste mesmo diapasão, bem norteiam Marinoni e Mitidiero:

“Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.”<sup>7</sup>

Ainda nesta toada e a título de exteriorizar a já antiga preocupação da doutrina pátria em tema de divergência jurisprudencial, João Mendes Júnior, ao tocar na temática, afirmava como causa final da atividade forense “a reparação do direito desconhecido, violado ou ameaçado” e sua “realização e segurança”.<sup>8</sup> Indo ainda além no tema, Pontes de Miranda, na sua genialidade, lecionava que: “se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, uma delas é injusta.(...). Tem-se de evitar isso e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de Direito Processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência”.<sup>9</sup>

Assim, e em consonância com o que já fora dito linhas atrás, ainda que pesem esforços no sentido de abrandar as volumosas ações de caráter repetitivo, evitando-se, inclusive, discrepâncias nos julgados, *ex vi* de medidas como a das “Súmulas Impeditivas de Recursos” – art. 518, § 3º do Código de Processo Civil (aplicando-se aí, no ato sentencial, jurisprudências consolidadas nos Tribunais Superiores, por isso, conteúdos já outrora e em similitude, julgados)<sup>10</sup> – e mais intensamente em sede de Tribunais Superiores, dos institutos da Súmula Vinculante (art. 103, A da Constituição Federal de 1988) e da Repercussão Geral (arts. 543-A e 543-B do CPC)<sup>11</sup>, ambos afetos a contendas recursais endereçadas ao Supremo Tribunal Federal e igualmente de filtro recursal, visando obstar uma multiplicidade de

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 16.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 17-18.

<sup>8</sup> MENDES JÚNIOR, João. *Programa de ensino de prática forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 231.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

<sup>10</sup> Confira no nosso *Direito processual civil*. Vol. I, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 344-345.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 370-384.

recursos repetitivos decorrentes de mesma questão de direito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C)<sup>12</sup>, continuam-se os esforços no sentido de minorar cada vez mais a incidência das ações decorrentes de mesmas questões de direito, aprimorando-se métodos já no canal inicial, por onde as aludidas demandas, possivelmente de índole repetitiva, procedimentalmente, iniciam sua trajetória, ou seja, nas instâncias judiciais originárias, mais frequentemente, diante do juízo monocrático.

Nestes termos é que encontra lugar a ideia de atuação do intitulado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.”

## Noções gerais e procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas

Com previsão expressa no Projeto de Lei do Senado Federal, nº 166, de 2010<sup>13</sup>, mais precisamente nos arts. 930 a 941, encontra lugar o denominado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR).<sup>14</sup>

Trata-se de instituto cabível em situações onde, decorrente de demandas em andamento, for detectada respectiva controvérsia que, na exata dicção do texto (*ex vi* do 930, *caput*), possuir “potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

Notadamente, e já em início de análise, é de se observar o não cabimento do incidente quando envolto apenas em questões de fato, portanto, necessário se faz repousar sobre questões de direito, como se depreende do supracitado art. 930.

<sup>12</sup> Vale ressaltar neste íterim que, no ano de 2010, dados do próprio STJ dão conta de julgamento recorde em número de processo nesta corte.

Segundo o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ari Pargendler, o número de julgados em 2010 foi da ordem de 323.350 processos decididos, uma média de 10.509 julgados por ministro. O anúncio foi feito na última sessão da Corte Especial deste ano, nos seguintes termos: “Recebemos 214.437 processos novos e julgamos 323.350. Fechamos o ano com uma vantagem de 108.913 processos”.

O ministro Pargendler ainda destacou que tal feito no número de julgamentos se deu em virtude do rito dos recursos repetitivos, previsto desde 2008 no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Neste compasso, o STJ julgou 334 processos repetitivos. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100283](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100283). Acesso em 18 de dezembro de 2010.

<sup>13</sup> Este já decorrente do Parecer da COMISSÃO TEMPORÁRIA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. RELATOR: Senador VALTER PEREIRA.

<sup>14</sup> No direito germânico tal incidente se assemelha ao denominado *Musterverfahren*, instituto que gera decisão-modelo para a resolução de um volume expressivo de processos, esses aos quais as partes estão em uma mesma situação de direito, não necessariamente sendo o mesmo autor ou mesmo réu. Ver, neste sentido, WITTMAN, Ralf-Thomas. Il ‘contenzioso di massa’ in Germânia. In: ALESSANDRO, Giorgetti; VALLEFUOCO, Valério. *Il contenzioso di massa in Itália, in Europa e nel mondo*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 178.

Quanto à legitimidade para suscitar o presente incidente, podem fazê-lo o magistrado, de ofício; ou, por petição, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, conforme sustenta o § 1º do art. 930.

Vale ressaltar, em situação similar ao que já bem acontece em sede de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 3º), caso o Ministério Público não tenha sido o proponente do presente incidente, intervirá obrigatoriamente e, em caso de abandono ou desistência pela parte, poderá assumir a titularidade do IRDR (§ 3º do art. 930).

Apontamento importante e de ordem formal é aquele constante do § 2º do art. 930, onde se atenta para a questão documental, daí instrutória, no que tange ao pedido de instauração do incidente, *in verbis*:

*“§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.”*

Nota-se aqui, portanto, e ainda que em síntese apertada, a presença dos requisitos iniciais para a admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

- A identificação de controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.
- A legitimidade para o pedido de instauração do incidente.
- A instrução com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente, logicamente, fundamentado na circunstância comprobatória da existência de “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”

O incidente será então distribuído a um relator do plenário do tribunal competente (ou do órgão especial, onde houver), que poderá requisitar informações ao juízo de primeiro grau onde se deu origem ao incidente (arts. 932 e 933), cabendo ao respectivo tribunal analisar, além dos requisitos de admissibilidade já acima referendados, a conveniência em se adotar a decisão paradigmática (art. 933, § 1º).

Em sendo rejeitado o incidente, retoma-se ação originária, caso contrário, o tribunal suspenderá todas as ações pendentes tanto em primeiro quanto em segundo grau (art. 934), cabendo assinalar que, a despeito da aludida suspensão de ações pendentes, havendo necessidade de adoção de medidas de urgência no âmbito de tais demandas, autoriza o parágrafo único do art. 934 que sejam elas praticadas.

Em síntese, uma vez julgando a questão de direito submetida, o Tribunal competente lavrará acórdão respectivo, cujo teor será vinculante e imposto a todos os juízes ou órgãos fracionários no âmbito de sua competência territorial (art. 933, § 2º).<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Nota-se neste íterim, a preocupação do presente Projeto em manter-se firme à uniformidade da decisão no que se refere à exata extensão de seus efeitos territoriais, não se sucumbindo ante a

Ocorre que, para o devido processo legal referente ao próprio procedimento de julgamento do incidente, notadamente, depois de o admitido, conforme apontado linhas atrás, serão ouvidos todos os interessados, inclusive entidade com interesse na controvérsia, que, no prazo de 15 dias, apresentarão documentos ou suas manifestações; depois ouve-se o Ministério Público (art. 935).

Feito isso, remete-se para julgamento pelo órgão colegiado (plenário ou órgão especial), no qual poderão se manifestar o autor e o réu do processo originário, bem como o Ministério Público, cada qual com 30 minutos (artigo 936). Depois, manifestam-se os demais interessados no prazo comum de 30 minutos.

Então, julgado o incidente, “a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”, conforme expressa o art. 938.

Se o incidente não for julgado em seis meses, cessa-se a eficácia da ordem de suspensão dos processos sobre a mesma questão, salvo decisão fundamentada do relator (art. 939).

Após o julgamento, dispõe o *caput* do art. 940 que qualquer das partes poderá interpor recursos especial ou extraordinário, estes que, diferentemente da regra geral, serão dotados de efeito suspensivo, “*presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida.*”

Além disso, não será feito juízo de admissibilidade na origem, como também é a regra geral da via recursal, por isso, remete-se diretamente para o tribunal competente julgar o recurso interposto, tudo consoante o art. 940 em seu parágrafo único.

Insta ainda ressaltar que, não sendo observada a tese adotada na decisão paradigmática (proferida no IRDR), reza o art. 941 que terá cabimento a “Ação de Reclamação”<sup>16</sup> para o tribunal competente, esse que irá analisar e decidir se ocorreu

---

equívoca ideia da delimitação dos efeitos do julgado à circunscrição do órgão julgador, quando diante de inúmeras demandas de idêntica questão de direito, cuja detecção fora já auferida.

Apontamos tal questão dada já conhecida divergência jurisprudencial em torno da extensão dos efeitos da coisa julgada decorrentes de decisões proferidas em sede de direitos consumeristas de ordem coletiva, por juízes monocráticos, para além do território da sua jurisdição. Aliás, sobre o conhecido problema, bem nota Antônio Herman V. Benjamin, em sede de Direitos do Consumidor:

“Durante muito tempo discute-se entre nós a extensão territorial dos efeitos da coisa julgada. Neste sentido mesmo, chamava a atenção a professora Ada Grinover para as divergências jurisprudenciais sobre a extensão dos efeitos nas decisões proferidas pelos juízes monocráticos para além do território da sua jurisdição. Parece-nos que esta possibilidade existe, nos termos do CDC, uma vez que deve ser utilizado o critério da extensão do dano causado, forte no art. 93, inciso II, que naturalmente induz a esta conclusão.” MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1480.

Trata-se, antes de tudo, de interesse legítimo de um Estado Democrático em fazer valer suas decisões sob o manto da garantia de igualdade de todos os jurisdicionados perante o direito que, inegavelmente, advém do comando legal da sentença.

<sup>16</sup> Trata-se a Reclamação de instituto com previsão constitucional, tendo sua regulamentação disciplinada hoje pela Lei nº 8.038, de 28.05.1990, mais precisamente através de seus arts. 13 a 18.

Tem a Reclamação por objetivo preservar, de forma efetiva, (i) as competências tanto do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como (ii) garantir o exercício da autoridade das decisões emanadas de ditas Cortes.

desrespeito à autoridade de sua decisão, nos termos do próprio procedimento da Reclamação (*ex vi* dos arts. 942 a 947), conforme aponta o parágrafo único do art. 941.

Por derradeiro, no tocante à publicidade da existência de incidentes por parte de qualquer interessado – aí incluindo os próprios tribunais – a fim de evitar, inclusive, que haja demandas atinentes a uma mesma questão de direito já tipificada como incidente e que ainda estejam correndo isoladamente em seu itinerário procedimental<sup>17</sup>, reza o art. 931 que o incidente deverá ser submetido à ampla e específica divulgação, especialmente por meio de um cadastro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alimentado por dados fornecidos pelos tribunais (parágrafo único do art. 931).

Na mesma toada, mirando a segurança jurídica, as partes, interessados, Ministério Público ou Defensoria Pública poderão requerer que seja determinada a suspensão de todos os processos em curso no País sobre a mesma questão objeto do incidente (art. 937); valendo pontuar o mesmo raciocínio supra para qualquer das partes de eventual demanda que esteja em andamento isoladamente perante qualquer órgão judiciário, conforme sustenta o próprio parágrafo único do art. 937:

*“Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no caput.”*

A competência para conhecer de tal requerimento coincide com a competência para julgar os recursos especial e extraordinário, o que hoje corresponde, respectivamente, ao STJ e ao STF.

Especificamente sobre o novel instituto, ver, dentre muitos, o nossos *Direito processual civil*. Vol. I., 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 387-412 e *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2. ed., 2013, Cap. XII.

<sup>17</sup> Foi com este espírito, certamente, que as palavras de Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão de Juristas encarregada de levar a cabo a edificação de um novo estatuto processual civil para o Brasil, foram carregadas, em importante passagem no texto preambular de um primeiro relatório apresentado ao Presidente do Senado Federal José Sarney. *In verbis*:

“A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem aproveitados da legislação anterior, bem como firme na crença de que a tarefa não se realiza através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros de outrora, empenhou-se na criação de um novo código erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário.

Esse desígnio restou perseguido, resultando do mesmo a instituição de um **incidente de coletivização** dos denominados **litígios de massa**, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagrada do princípio da isonomia constitucional”, (destaque nosso).

Tem-se aí o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que, como visto, possuirá a serventia de desmobilizar o imenso numerário de demandas repetitivas que assolam todos os graus da Justiça Brasileira, bem como minimizar o discrepante número de julgados divergentes sobre uma mesma questão de direito, tudo através de tese que, outrora, seria adotada pelo tribunal após a pacificação da jurisprudência ou em um eventual incidente de uniformização de jurisprudência. No entanto, vislumbra-se, agora, incidente especificamente voltado ao enfrentamento das problemáticas multicidadas, cuja aptidão será verificada com acerto, caso, efetivamente, haja o contributo e boa vontade daqueles operadores sensíveis aos problemas agudos por que passa, já de longa data, o serviço público de justiça do Brasil.<sup>18</sup>

## Referências bibliográficas

- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil*. Vol. I., 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.
- JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.) *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.
- MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MENDES JÚNIOR, João. *Programa de ensino de prática forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI., 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- STJ. [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100283](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100283). Acesso em 18 de dezembro de 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo Código de Processo Civil para o Brasil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, Vol. 37, jul./ago. 2010, p. 89-90
- WITTMAN, Ralf-Thomas. Il ‘contenzioso di massa’ in Germânia. In: ALESSANDRO, Giorgetti; VALLEFUOCO, Valério. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milão: Giuffrè, 2008.
- TUBELIS, Vicente Paulo. Divergência jurisprudencial e participação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 395-403.

<sup>18</sup>É lição sempre viva, nas palavras de GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (*Participação e processo...*, p. 412):

“Há de ser acentuada a função do juiz, como dos demais operadores do direito, como agentes de transformação, pois **a mudança da lei é um idealismo ingênuo.**” (Grifo nosso).



# Democratizar e socializar o Estado

---

Antônio Carlos Flores de Moraes<sup>1</sup>

## Resumo

A cultura democrática é muito recente e jovem entre nós, razão pela qual se torna sempre muito difícil se consolidarem políticas públicas devotadas para a população em geral. O que mais dificulta no processo de modernização do Estado brasileiro é o fato de ter uma formação patrimonialista, uma tradicional nomeação clientelista do funcionalismo e a opção pela burocratização em detrimento do Estado gerencial. Estudos de Amartya Sen demonstram que há uma ligação direta entre a democracia e o desenvolvimento, o que por si só comprova a necessidade dos atos governamentais serem transparentes, entendendo-se como tal a capacidade do gestor justificar a motivação de sua decisão, bem como indicar quais são os resultados desejados por sua administração. Fica também claro que a desigualdade social encontrada em países como o Brasil torna impossível, ou pelo menos muito difícil que a administração pública atenda ao interesse geral e, em especial, à política, entendida esta como um meio para se atingirem fins mais elevados. Além do mais, as políticas de reforma no Brasil tendem a ser descontinuadas, modificadas, terminadas ou abandonadas. Deve-se observar com vigor que existe uma relação direta entre o bom governo e a boa administração com o princípio da moralidade administrativa.

## Summary

Democratic culture is very recent and young among us, which is why it becomes very difficult to ever get established public policies devoted to the general population. The more difficult the process of modernization of the Brazilian State is the fact that training patrimonial, clientelistic a traditional naming of functionalism and the option for bureaucracy over the managerial state. *Amartya Sen* studies show that there is a direct link between democracy and development, which in itself proves the necessity of government actions are transparent, understanding as such the ability of the Manager to justify the motivation of his decision, and indicate which are the desired outcomes by management. It is also clear that social inequality found in countries such as Brazil becomes impossible, or at least very difficult that management meets the public interest and, in particular, to politics, understood as a means to achieve higher purposes. Moreover, reform policies in Brazil tend to be discontinued, modified, terminated or abandoned. It should be noted forcefully that there is a direct relationship between good governance and good administration with the principle of administrative morality.

## Introdução

Devemos todos nós concordar, independente da corrente filosófica a que pertencemos, é que entre nós, latino-americanos, ao contrário da Europa, a cultura democrática é muito recente e jovem, razão pela qual se torna sempre muito difícil se consolidarem políticas públicas devotadas para a população em geral.

Além disso, até passado recente, não foram “admitidos quaisquer mecanismos de participação popular no poder e as distâncias sociais entre homens livres e escravos eram análogas às que medeiam entre homens e animais, sendo enorme,

---

<sup>1</sup> Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio; Doutor em Direito na Universidade de Salamanca, Espanha; Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

também, a dissimetria de relações entre ricos e pobres. Operando sobre esse mundo despótico e escravagista, latifundiário e monocultural, as forças transformadoras da Revolução Industrial encontravam resistências muito maiores à implantação de uma economia moderna e a uma reordenação social que assegurasse oportunidades de participação popular nos benefícios do progresso”.<sup>2</sup>

Esta vedação da participação popular é, sem dúvida, o principal motivo para que a pesquisa, da qual *José Murilo do Carvalho* participou, ter mostrado que “os brasileiros não têm grande conscientização de seus direitos civis e políticos, mas conhecem bem seus direitos sociais, que é exatamente aquilo que o Estado abastece: saúde, educação, etc. É diferente dessa outra tradição, em que o Estado é produto da ação dos indivíduos nos que há concebe de um pacto entre o cidadão que paga impostos e o Estado que devolve serviços. Essa nossa tradição dificulta a criação de uma ética no serviço público”.<sup>3</sup>

Sem dúvida, o que mais dificulta no processo de modernização do Estado brasileiro é o fato de ter:

1. *Formação patrimonialista;*
2. *Nomeação clientelista do funcionalismo;*
3. *Opção pela burocratização em detrimento ao Estado gerencial.*

Com essa formação e enfrentar os desafios do século XXI para se achar o caminho melhor se deve governar o Estado, é necessário que encaremos a realidade de frente, não procurando subterfúgios, porque muitas vezes “la vista no nos alcanza y en ocasiones porque pura y sencillamente nos negamos a aceptar lo que estamos viendo, como le sucedía Don Quijote. Hay personas que sólo son capaces de ver bondades (o maldades) y si no existen, se las inventan; mas no con intención de mentir. Sencillamente se están engañando a sí mismas; y hasta tal punto luchando contra los gigantes que les amenazan con aspas de molino o desafían a quienes no reconocen y proclaman la noble belleza de Dulcinea”.<sup>4</sup>

Baseado nesse princípio da realidade não basta ler o texto de sua Constituição ou das principais leis administrativas, para que se chegue à conclusão sobre as medidas a serem adotadas para democratizar e socializar o nosso Estado. Torna-se indispensável fazer uma pesquisa sobre as nossas sociedade e economia. Uma questão reflete na outra, ou seja, a formação patrimonialista da sociedade brasileira impediu que houvesse um avanço na democracia política e no capitalismo liberal, graças às amarras existentes entre as classes dirigentes e o governo.

A cooptação política de todos os conflitos sociais, iniciada especialmente com a Revolução de 1930, retirou dos trabalhadores um sindicato representativo e lutador, uma vez que foi transformado em uma verdadeira Pessoa Jurídica do Direito Público. Mesmo com a Constituição de 1988 suas características fascistas, copiadas do modelo do Mussolini, não foram retiradas, especialmente o Imposto Sindical Compulsório, metaforicamente chamado de Contribuição.

Essa estrutura arcaica e retrógrada, que tanto impediu o verdadeiro desenvolvimento nacional, foi pressionada pelos interesses globalizantes,

<sup>2</sup> IDEM, pp. 593-594.

<sup>3</sup> CARVALHO, José Murilo de, entrevista citada (2009).

<sup>4</sup> NIETO, ALEJANDRO, 2008, *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 11.

cujos efeitos muitas vezes são positivos, forçando a modernização da estrutura governamental e da própria sociedade. Tal influência já ocorreu no século XIX contra a escravidão no Brasil, que levou o Império a decretar o fim do tráfico negro em 1850, sendo a Lei Áurea somente assinada 33 (trinta e três) anos depois.

Tem-se de observar também a importância das instituições no desenvolvimento nacional, cujo debate havia sido abandonado nos anos 80 do século XX, por ser considerado algo sem importância diante da crise de governabilidade do dirigente político. Mas, a partir do momento em que pensadores, como Amartya Sen, são capazes de apontar que “a intensidade das necessidades econômicas *aumenta* – e não diminui – a urgência das liberdades políticas. Três diferentes considerações conduzem-nos na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos:

1. Sua importância **direta** para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
2. Seu papel **instrumental** de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
3. Seu papel **constutivo** na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão das ‘necessidades econômicas’ em um contexto social).<sup>5</sup>

Assim, não é mais possível negar a ligação direta entre a democracia e o desenvolvimento, o que por si só comprova a necessidade dos atos governamentais serem transparentes, entendendo-se como tal a capacidade do gestor justificar a motivação de sua decisão, bem como indicar quais são os resultados desejados por sua administração. Fica também claro que a desigualdade social encontrada em países como o Brasil torna impossível, ou pelo menos muito difícil, que a administração pública atenda ao interesse geral e, em especial, à política, entendida esta como um meio para se atingirem fins mais elevados, conforme define Hannah Arendt.<sup>6</sup> De acordo com o pensamento de Arendt a política “é absolutamente necessária à vida. Como o homem não é autossuficiente, mas é dependente de outros para a sua existência, são necessários provimentos que afetam a vida de todos e sem os quais a vida comum seria impossível. A tarefa, a finalidade última, da política é salvaguardar a vida em seu sentido mais amplo”.<sup>7</sup>

## Parcerias derivadas de concessões

Uma experiência estrangeira trazida para o Brasil que pode modernizar o Estado foi a Parceria Público-Privada. “Embora sem maiores aprofundamentos sobre a forma como o instituto vem sendo utilizado em outros países e sobre os resultados positivos ou negativos dessa utilização, o direito brasileiro passa a

<sup>5</sup> SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*; tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 175.

<sup>6</sup> HANNAH ARENDT nasceu em Hanover, Alemanha, em 1906, fugiu para Paris em 1933 e foi para os Estados Unidos após a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Lecionou em Berkeley, em Princeton, na Universidade de Chicago e na The New School for Social Research. Faleceu em 1975.

<sup>7</sup> ARENDT, Hannah, *A promessa da política*; tradução de Pedro Jørgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008, p. 169.

adotá-lo, inovando ao prever garantias que o Poder Público poderá prestar aos parceiros privados e aos financiadores dos projetos”.<sup>8</sup>

O Brasil adotou esse modelo de administração, através da Lei nº 11.094, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Seguiu o modelo internacional, introduzido pelo Reino Unido em 1992 através do projeto *Private Finance Initiative*.

A nossa experiência anterior foi com o processo de concessão, que é o modelo mais tradicional de parceria do setor privado com o Poder Público no caso de obra pública, ficando, no entanto, limitada a transferência da responsabilidade pela prestação do serviço ou obra pública à iniciativa privada mediante a celebração de contratos de empreitada. Tal limitação decorre do fato de que todo o investimento para a realização da obra é público, bem como toda a concepção do empreendimento, as suas principais diretrizes, por ser o Poder Público o responsável pela elaboração de todo o projeto básico das contratações.

Assim, no caso de uma empreitada de obra pública, a Lei nº 8.666/1993 exige, para abrir uma licitação, que o Poder público tenha dinheiro em caixa ou pelo menos previsão orçamentária para tanto. É preciso apontar qual o recurso orçamentário existente para arcar com as despesas. A lei obriga ainda que o pagamento dessa obra seja feito no momento da execução; a cada parcela de medição o Poder Público tem um prazo máximo para efetuar o pagamento. Por isso, nos termos da legislação de licitações aplica-se a fórmula simplista de *tem dinheiro, faz a obra; não tem, não faz. Faltou dinheiro, para a obra*.

Por tais razões, a ideia de criação de uma infraestrutura pública usando recursos da iniciativa privada, ou seja, uma parceria voltada para a atuação conjunta entre o Estado e a iniciativa privada não é uma ideia nova no direito brasileiro. Mas, somente a partir da década de 1990, em face da carência de recursos públicos para custeio, exploração, execução e modernização de serviços e obras públicas lucrativas, o instituto da concessão foi redescoberto com a edição da Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o regime de concessão de serviço público para empresas particulares. Nesta esteira foi desenvolvido todo o programa político de privatizações dos serviços antes monopolizados pelo Estado.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, ao estabelecer normas gerais para todos entes da Federação gerou uma profunda mudança no padrão das contratações a partir de uma nova fórmula para a relação entre o Poder Público e a iniciativa privada que passa também a tomar parte nas decisões. O escopo da lei transfere ao concessionário particular todo o risco pelo empreendimento e também a elaboração do projeto de exploração do serviço. É o Estado saindo da função de agente econômico para assumir a função reguladora.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 158.

<sup>9</sup> Lei nº 8.987/1995

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas

O art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/95, **prevê a concessão de serviço precedida de execução de obra pública**, na qual o Poder Concedente, mediante concorrência dividida em fase (pré-qualificação, proposta de metodologia de execução e proposta de tarifa), delega, inicialmente, a construção (total ou parcial), conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de obra pública para pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por conta e risco do concessionário, de forma que o seu investimento seja remunerado e amortizado mediante a exploração da obra pública por prazo determinado. Além da remuneração mediante a exploração do serviço, o concessionário particular pode ainda auferir remuneração mediante a exploração de fontes alternativas de receitas.<sup>10</sup>

Note-se que o principal objetivo da administração é a execução da obra pública, o que não descaracteriza, em sua essência, a concessão realizada, permanecendo como de serviço público. Nesse sentido, o concessionário fica primeiro obrigado a construir, conservar, reformar, ampliar ou melhorar determinada obra pública para, em seguida, explorá-la, a fim de obter a amortização de seu investimento. Este modelo de concessão funciona perfeitamente bem desde que seja autossustentável do ponto de vista econômico. A iniciativa privada ao realizar o projeto financeiro deve acreditar que esse investimento é de fato rentável.

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei nº 11.079, com o objetivo de incentivar o investimento privado nas obras de infraestrutura setorial, com a garantia de repartição objetiva dos riscos entre a administração e o parceiro privado, que ocorrerá através do oferecimento de uma contraprestação pecuniária. Isto porque, neste modelo, a remuneração do concessionário não está estritamente vinculada à cobrança de tarifa, podendo vir assumida parcialmente pelo Poder Público.

São duas modalidades de concessão introduzidas pela Lei nº 11.079/2002: a concessão administrativa e a concessão patrocinada. Nesta última, a administração

---

normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

<sup>10</sup> Lei nº 8.987/1995

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

direta transfere, mediante contrato, a prestação do serviço público para a empresa particular, tal como ocorre na concessão comum, porém esta recupera seu investimento de duas maneiras: mediante a cobrança de tarifas dos usuários e através de uma contraprestação pecuniária da administração. Em outras palavras, o Estado complementa a remuneração da concessionária através de uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado. É muito utilizada nos setores de prestação de serviços ou construção de obras públicas, em que a concessionária não é suficientemente remunerada pelo usuário.<sup>11</sup>

A contraprestação pecuniária, novidade nas parcerias, consiste no financiamento público do investimento realizado pelo parceiro privado, **que somente ocorrerá após a prestação do serviço ou a realização da obra pública.** A administração, portanto, assume a responsabilidade de repartir o risco do investimento com o parceiro privado, porém dentro do limite máximo de 1% de sua receita líquida. Isso ocorre como forma de controlar as despesas públicas, no sentido de evitar qualquer ofensa à lei de responsabilidade fiscal.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Lei nº 11.079/2004

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

- I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
- III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

<sup>12</sup> LEI Nº 12.766, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012 alterou alguns artigos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passando a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º .....

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.” (NR)

“Art. 6º .....

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

§ 3º O valor do aporte de recursos realizado nos termos do § 2º poderá ser excluído da determinação:

- I - do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; e
- II - da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na proporção em que o custo para a realização de obras e aquisição de bens a que se refere o § 2º deste artigo for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.” (NR)

“Art. 7º .....

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.” (NR)

“Art. 10. ....

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.” (NR)

“Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 9º (VETADO).” (NR)

“Art. 18. ....

§ 4º O FGP poderá prestar garantia mediante contratação de instrumentos disponíveis em mercado, inclusive para complementação das modalidades previstas no § 1º.

§ 5º O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de:

I - crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento; e

II - débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado.

§ 9º O FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público.

§ 10. O FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado.

§ 11. O parceiro público deverá informar o FGP sobre qualquer fatura rejeitada e sobre os motivos da rejeição no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento.

§ 12. A ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento implicará aceitação tácita.

§ 13. O agente público que contribuir por ação ou omissão para a aceitação tácita de que trata o § 12 ou que rejeitar fatura sem motivação será responsabilizado pelos danos que causar, em conformidade com a legislação civil, administrativa e penal em vigor.” (NR)

“Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.” (NR)

Por outro lado, como garantia do cumprimento da contraprestação pecuniária, os parceiros privados têm direito ao denominado fundo de garantia, formado por recurso orçamentário, bens da União e títulos da dívida pública ou com o financiamento do BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social ou outra instituição financeira federal. O fundo garantidor é indispensável para atrair os investimentos privados, pois garante que sejam cumpridos os compromissos financeiros do governo para com seus parceiros, reduzindo, assim, os riscos dos investimentos.<sup>13</sup>

Cabe ainda ressaltar que as concessões patrocinadas e concessões administrativas apenas serão utilizadas para contratações acima de R\$ 20 milhões e dentro do prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos, nele incluído o período de prorrogação. Além do mais o risco do empreendimento é dividido com o parceiro público.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

<sup>14</sup> Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
  - II – as penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
  - III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
  - IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;
  - V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;
  - VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
  - VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
  - VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
  - IX – o compartilhamento com a administração pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;
  - X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.
- § 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela administração pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.



Diante desse texto legal, Di Pietro considera que um objetivo das parcerias público-privadas, “menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a administração pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados como licitação, os concursos públicos para a seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público”.<sup>15</sup>

Esta fuga do Direito Administrativo, no entanto, não será total, porque:

1. Em primeiro lugar, porque o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da administração pública, inclusive o exercido pelo Tribunal de Contas<sup>16</sup>;

---

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do [art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#);

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da administração pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2005, ob. cit., p. 159.

<sup>16</sup> O Tribunal de Contas da União acompanha as parcerias público-privadas em cinco diferentes estágios do processo de concessão.

No primeiro estágio, são examinados os documentos de viabilidade do empreendimento ou da prestação do serviço sob as óticas jurídicas, orçamentária, econômica, ambiental, de projeto e obras.

O segundo estágio corresponde, basicamente, às ações necessárias para publicação do edital (como realização de consulta pública e aprovação de minutas do edital pelo Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas), bem como análise do edital de licitação e respectiva minuta de contrato.

No terceiro estágio, são examinados os questionamentos dos licitantes, as atas e os relatórios do julgamento da habilitação jurídica e da qualificação técnica e econômico-financeira.

É no quarto estágio que o TCU analisa o julgamento das propostas e o resultado da licitação.

No quinto estágio, por fim, é realizada a verificação do ato de adjudicação e da assinatura do contrato de concessão.

O TCU analisou o processo de licitação e contratação de parceria público-privada do projeto de irrigação Pontal, na cidade de Petrolina/PE, no Rio São Francisco (TC 009.724/2008-7). Nesse processo, por meio do Acórdão 3.079/2010-Plenário, o Tribunal alertou o Ministério da Integração Nacional e o coordenador do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – representado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – que há necessidade de revisão do estudo de viabilidade, particularmente no tocante à atualidade das premissas financeiras, e de envio dos novos resultados ao TCU sempre que a demora na realização de

2. Em segundo lugar, porque, da mesma forma que ocorre na concessão de serviço público tradicional, o regime jurídico a que se submete o parceiro privado é híbrido, porque, se é verdade que a empresa atua sob o regime das empresas privadas, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre a responsabilidade do parceiro privado, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo parceiro público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao parceiro privado e tantos outros já analisados com relação à concessão de serviço público;

3. Em terceiro lugar, porque, na medida em que o parceiro privado se sujeita à regulação feita por entes administrativos (as chamadas agências reguladoras), as normas assim postas compõem um direito administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a qualquer processo de elaboração normativa, seja para sua formulação, seja para sua alteração e revogação) e com a desvantagem de serem baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo.<sup>17</sup>

## Um novo gerenciamento público

A crise financeira de 2008 traz em seu bojo um aspecto construtivo porque demonstra que é necessário o fortalecimento das instituições estatais, reformando-as para adaptá-las à nova realidade mundial e possibilitar a participação de diversos segmentos da sociedade. Por isso, antes de tudo, torna-se vital vencer-se a dicotomia existente entre o público e o privado, para que todos unidos vençam a crise. Este é o conselho dado por Mireille Delmas-Marty, que afirma:

“Si les crises sont révélatrices, elles ne sont pas pour autant transformatrices. Pour qu’elles le deviennet, il faut y puiser l’énergie qui permet le renouvellement et inspire l’innovation. Afin que l’Europe trouve un nouvel essor, que l’ONU sorte doute nécessaire d’instituer les pouvoirs publics. Ou plutôt de les réinstituer car, pour les rendre opératoires, il ne s’agit pas seulement de reprendre, en la transposant du niveau national au niveau international, la distinction entre l’exécutif, le législatif et le judiciaire. Une transformation plus radicales est sans doute nécessaire pour dépasser l’opposition public/privé et mettre en relation les divers acteurs.”<sup>18</sup>

---

licitação e contratação de parceria público-privada superar 18 meses desde a realização dos estudos ou da avaliação anterior.

[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Parceria\\_P%C3%BAblico\\_Privada\\_Portal\\_web.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Parceria_P%C3%BAblico_Privada_Portal_web.pdf)

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2005, ob. cit., pp. 159-160.

<sup>18</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *La Refondation des Pouvoirs*. Paris: Éditions du Seuil, 2007,

A expressão ‘*divers acteurs*’, utilizada por Mireille Delmas-Marty, é bastante reveladora porque demonstra não bastar para sair da crise a utilização apenas dos atores institucionais (*pouvoirs institués*), por ser necessária promoção do incremento de suas relações com outros atores: de uma parte os atores econômicos e cívicos ou civis (*relation pouvoirs/vouloirs*), doutra parte os atores científicos (*relations pouvoirs/savoirs*). Mireille, como membro do **Comité consultatif national d’éthique** (CCNE), ou mais exatamente, o **Comité consultatif national d’éthique pour les sciences de la vie et de la santé**, comenta ainda que:

“Relier pouvoirs, vouloirs et savoirs appelle donc une triple démarche. Il faut sans doute commencer par réinstaurer les pouvoirs. La refondation des pouvoirs institués (exécutif, législatif et judiciaire) appelle en effet de nouvelles articulations entre compétences internationales et nationales.”<sup>19</sup>

Além do mais, são vitais também para o vencimento da crise o fortalecimento das instituições e a participação do Estado na formulação das políticas públicas. Quanto à primeira situação, John Williamson, economista considerado “pai” do Consenso de Washington, admitiu, ao analisar as crises latino-americanas do final do século XX, que o principal ponto do desenvolvimento naquela época “foi o reconhecimento do papel crucial das instituições, permitindo que a economia funcionasse eficazmente. A importância de reformas institucionais complementando as reformas de primeira geração na América Latina foi enfatizada primeiro por Naím (1994), o qual as denominou ‘reformas de segunda geração’. Um trabalho recente de Levine e Easterly (2002) conclui que o estado de desenvolvimento institucional fornece a *única* variável que possibilita apontar com certeza o grau de desenvolvimento de um país”.<sup>20</sup>

Quanto à necessidade da participação governamental, enfatiza Joseph Eugene Stiglitz que, como presidente do Conselho de Consultores Econômicos de Bill Clinton, tentou “criar uma política e uma filosofia econômica que enxergassem o relacionamento entre governo e mercados como complementares, ambos atuando em parceria, e que reconhecessem que, embora os mercados estivessem no centro da economia, havia um papel essencial, ainda que limitado, a ser desempenhado pelo governo”.<sup>21</sup>

O desempenho do governo é considerado essencial a qualquer reforma voltada para o crescimento econômico, devendo basear-se numa “administração

p. 30-31.

<sup>19</sup> IDEM, p. 33.

<sup>20</sup> WILLIAMSON, John. Uma agenda de trabalho para retomar o crescimento e as reformas, in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*, Pedro Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcelos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 10.

<sup>21</sup> STIGLITZ, Joseph E., *A globalização e seus malefícios – a promessa não cumprida de benefícios globais*, 4. ed., tradução Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Editora Futura, 2003, p. 15.

pública eficiente, aberta e competente. Sem ela, as reformas de mercado não podem funcionar corretamente. A maioria dos países latino-americanos, grandes e pequenos, ainda tem um longo caminho a percorrer na criação de instituições modernas de administração pública. O ingresso no serviço público, em grande parte, ainda não é organizado numa base competitiva. Uma vez que a interferência política nas decisões administrativas é antes a regra do que exceção, os jovens talentosos são desencorajados de ingressar na administração pública, com exceção de algumas agências semi-independentes, como os bancos centrais e, em certos casos, ministérios da área econômica e serviço diplomático. Setores cruciais – como a administração de educação, assistência à saúde e infraestrutura pública – sofrem interferência política, falta de um plano de carreira para funcionários públicos e salário substancialmente inferior ao de cargos comparáveis do setor privado. O resultado às vezes é uma atitude de confronto em relação ao setor privado – e às vezes a corrupção e a incompetência”.<sup>22</sup>

Além do mais, “reduzir o governo não é o mesmo que extinguir o seu papel na economia. De fato, assim que o Estado se retira da produção de bens e serviços e deixa de controlar e administrar a economia, o setor público requer um Estado ‘mais inteligente’ com um quadro mais competente (se for menor) de servidores públicos, resistentes à pressão de *lobbies* e cientes das sutilezas e dificuldades de elementos encorajadores, tais como concorrência, transparência, valor adicionado e equidade. A denominada segunda geração de reformas volta-se para a construção de instituições que permitem ao Estado realizar eficazmente as tarefas nas quais possui claramente uma vantagem sobre os atores descentralizados”.<sup>23</sup>

Há, portanto, o reconhecimento geral da necessidade de “*réinstituer les pouvoirs*”, nas palavras de Mireille Delmas-Marty, fortalecendo as instituições com medidas democráticas, incluindo no processo decisório a sociedade civil e as entidades científicas, com o objetivo de incrementar o crescimento econômico e vencer a batalha contra os especuladores, apátridas e amoraís, que provocam as crises em decorrência do abuso de investimentos em “*bolhas*” nas Bolsas de Valores, ou da concessão de empréstimos de alto risco, como os denominados *subprimes*.

Deve-se ainda observar que a “melhoria administrativa, como tantos outros tópicos de desenvolvimento, significa projetos, requer pessoal qualificado e oferece oportunidades de carreira, tanto dentro quanto fora de agências e fronteiras nacionais. É um tema que interessa às pessoas, gerando discussão e debate [...] Entender a administração pública como inserida nas experiências práticas

<sup>22</sup> KUCZYNSKY, Pedro-Pablo. Reformando o Estado, in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*. Pedro-Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcellos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 29.

<sup>23</sup> WOLFF, Laurence e CASTRO, Cláudio de Moura. Educação e treinamento: a tarefa à frente in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*, Pedro-Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcellos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 172.

do cotidiano, como parte integrante – e não como algo independente – das contradições do desenvolvimento, pode fornecer um ponto de partida alternativo para a questão da reforma e para o tema da ‘reforma’ em si. Certamente, o passado ainda tem muito a ensinar ao futuro a esse respeito”.<sup>24</sup>

E, no Brasil, o passado nos ensina que “as políticas de reforma tendem a ser descontinuadas, modificadas, terminadas ou abandonadas”. Flávio da Cunha Rezende, em sua reflexão sobre as reformas administrativas, centraliza sua pesquisa no MARE – Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, extinto em 1998, depois de ter apresentado o Projeto de Reforma de Gestão, no ano de 1995. Assim, após constatar toda a fragmentação do projeto, Rezende apresentou as recomendações de política pública e as generalizações mais importantes que se podem extrair do caso:

“1. As organizações que implementem reformas devem prestar atenção redobrada à questão da diversidade das agências e de seus problemas específicos de performance; devem evitar a transformação sem diagnóstico aprofundado; é preciso ‘engajar’ as agências no processo de reformas, criando instituições de participação, como os laboratórios de reinvenção da reforma *Clinton*, nos EUA;

2. As reformas devem ser dissociadas ao máximo das perdas orçamentárias ou da questão da extinção de organizações; as chances de sucesso na implementação das reformas orientadas pela performance parecem ser maiores quando estas políticas incorporam a participação dos atores estratégicos, criando incentivos para a ‘cooperação’ das agências, especialmente para o difícil problema da mudança institucional;

3. Atenção máxima deve ser dada à questão de como uma determinada política de reforma articula a tensão estrutural entre mudança institucional e ajuste fiscal; o ingrediente-chave para estimular a cooperação simultânea com os dois objetivos é associar performance com mudança institucional, mostrando no discurso da reforma que a raiz do problema está nas instituições, no modo como afetam a performance, e que a questão fiscal é apenas parte do problema.”<sup>25</sup>

O objetivo do “*Projeto Cidadão*” criado pelo MARE era aperfeiçoar as relações entre os órgãos da administração pública e os cidadãos, sendo apontadas as seguintes áreas de atuação:<sup>26</sup>

<sup>24</sup> SPINK, Peter. Possibilidades técnicas e imperativos políticos em 70 anos de reforma administrativa in: *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Organizadores Luiz Carlos Bresser-Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2005, pp. 166-168.

<sup>25</sup> REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 116-117.

<sup>26</sup> MORAES, Antonio Carlos Flores de, *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 136.

1. Simplificação das obrigações de natureza burocrática instituídas pelo aparelho do Estado, com que se defronta o cidadão do nascimento à sua morte.
2. Implementação de sistema de recebimento de reclamações e sugestões do cidadão sobre a qualidade e a eficácia dos serviços públicos que demandam uma resposta proativa da administração pública a respeito.
3. Implementação de sistema de informação ao cidadão a respeito do funcionamento e acesso aos serviços públicos, e quaisquer outros esclarecimentos porventura solicitados.
4. O projeto tem como objetivo de espera do cidadão para ser atendido; as filas são a praga do atendimento público ao cidadão.

Este “*Projeto Cidadão*” realizou, também, a importância estatal na elaboração e aplicação das políticas públicas, razão pela qual seria “necessário reconstruir o Estado, de forma que ele não apenas garanta a propriedade e os contratos, mas também exerça seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais. Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil”.

Para reconstruir o Estado nacional, foram aprovadas diversas Emendas Constitucionais para que fosse dado o arcabouço jurídico necessário. Assim, foi criado, em 1998, o *Contrato de Gestão*,<sup>27</sup> estabelecidos os valores máximos dos *vencimentos dos servidores públicos*,<sup>28</sup> bem como ampliado o prazo para *adquirir*

<sup>27</sup> Contrato de Gestão – Emenda n° 19 de 1998 :

Art. 37- .....

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

<sup>28</sup> O caput do **art. 39**, alterado pela **EC 19/1998**, teve aplicação suspensa pela **ADIN n° 2.135-4**, que manteve a redação original. Os parágrafos 1º, 2º e 3º reformados têm a seguinte redação:

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o

*o direito à estabilidade* de dois para três anos.<sup>29</sup> A Emenda nº 19 também tratou da exploração direta da atividade econômica pelo Estado,<sup>30</sup> sendo que a redação original de 1988 do art. 174 já previa um Estado regulador da atividade econômica e fortalecia a atividade de planejamento.<sup>31</sup>

---

*aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.*

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

<sup>29</sup> A **Emenda nº 19** também ampliou o prazo para adquirir direito à estabilidade de dois para três anos, dando nova redação ao **art. 41**:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

<sup>30</sup> A Emenda nº 19 deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 173, que prevê “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Esta lei, entre outras coisas, agora deverá estabelecer uma avaliação de desempenho dos administradores:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

<sup>31</sup> O art. 174 na redação original de 1988 já previa um Estado regulador da atividade econômica e fortalecia a atividade de planejamento:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em

Quanto ao regime de concessão ou permissão de uso, acerca de 16 anos antes que viesse a ser normativa a Parceria Público-privada.<sup>32</sup> Em 1995, a Emenda Constitucional n° 6 deu nova redação ao parágrafo 1° do art. 176, permitindo que fosse concedida autorização ou concessão à empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, para pesquisar ou efetuar a lavra de recursos minerais.<sup>33</sup>

O art. 177, que estabelece quais são os monopólios da União sofreu diversas alterações.<sup>34</sup> A filosofia original da Constituição foi alterada completamente pela

conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4° - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

<sup>32</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>33</sup> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1° A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “*caput*” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

<sup>34</sup> A) Em 1995, a Emenda n° 9 deu nova redação ao parágrafo 1°, incluiu o parágrafo 2° e reenumerou o antigo 2° para parágrafo 3° do art. 177, permitindo a contratação de empresas estatais ou privadas para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural de qualquer origem:

§ 1° A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2° A lei a que se refere o § 1° disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3° A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Em 2001, a Emenda n° 33 incluiu o parágrafo 4° e seus incisos, prevendo a instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

§ 4° A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;



Emenda nº 7, de 1995, deixando de ser nacionalista a ordenação dos transportes.<sup>35</sup> Também houve alterações nas redações originais dos art. 179, 180 e 181 que estabeleciam um tratamento jurídico diferenciado para as microempresas, bem como um incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, além da necessidade de autorização do poder competente para o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira.<sup>36</sup>

Em 2007, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 92/2007<sup>37</sup>, regulamentando o inciso XIX do art. 37 da

II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Em 2006, a Emenda nº 49 estabeleceu que diversas atividades poderiam ter a sua exploração e comercialização autorizadas mediante permissão:

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. [Art. 21. *Compete à União: .....*

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;]

<sup>35</sup> Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

<sup>36</sup> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

<sup>37</sup> Até hoje não foi aprovado pelo Congresso Nacional, tendo sido apresentado a Plenário em 24/04/2013, mas não foi apreciado em face do encerramento da Sessão.

Constituição Federal<sup>38</sup>, estabelecendo que, mediante lei específica, poderá ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

1. Saúde;
2. Assistência social;
3. Cultura;
4. Desporto;
5. Ciência e tecnologia;
6. Meio ambiente;
7. Previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;<sup>39</sup>
8. Comunicação social; e
9. Promoção do turismo nacional.

Nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º, se acha compreendido na área de saúde os hospitais universitários federais, cuja instituição na forma de fundação de direito privado dependerá de aprovação do respectivo conselho universitário. Este modelo segue a experiência portuguesa que tem reorganizado os hospitais do Sistema Nacional de Saúde, com vista à eficiência de gestão e qualidade de serviço, transformando-os progressivamente em Entidades Públicas Empresariais (EPE) e criando novos centros hospitalares sempre que tal significa melhores sinergias e trabalho em rede, com mais qualidade e segurança para as populações.

Quanto à figura jurídica da fundação de direito privado, há uma enorme vacilação conceitual e terminológica da legislação brasileira:

1. Fundação – art. 37, XVII, XIX; art. 39, § 7º, art. 40, *caput*, art. 163, II, art. 167, VIII, art. 202, §§ 3º e 4º da CF e art. 8º e 61, dos ADCT;
2. Fundação pública – art. 39, *caput* (original);

<sup>38</sup> Art. 37 - ....

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

<sup>39</sup> Art. 40 .....

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

3. Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público – art. 71, II e III; art. 150, § 2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 165, § 5º, II e III; art. 169, § 1º, da CF e art. 18; 35, § 1º, V e 61, dos ADCT;
4. Fundações sob controle estatal – art. 163, II, da CF e art. 8º, § 5º, dos ADCT.

Quanto à sua natureza jurídica, conforme opina Paulo Modesto, “se a fundação estatal é de direito privado, predominam, no seu funcionamento, normas de direito privado, em sintonia também com diversas normas constitucionais antes referidas (art. 37, XIX; 167, VIII; 61, ADCT), porém com diversas derrogações de direito público”.<sup>40</sup>

Paulo Modesto enfatiza quais são as regras derogadas do Direito Civil e as normas aplicáveis às Fundações de Direito Privado:

1. Não aplicação das regras do Direito Civil sobre as áreas em que as fundações privadas podem atuar (CC, art. 62, parágrafo único) em face da existência de previsão constitucional específica (CR, art. 37, XIX);
2. Extinção somente autorizada por lei, o que excepciona a regra do art. 69 do Código Civil;
3. Aplicação aos seus servidores de diversas regras gerais dos servidores públicos, inclusive efetivos, como o teto constitucional de remuneração, analogia também empregada para fins criminais (art. 327, CP) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92);
4. Sujeição dos seus dirigentes ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas, no que dizem respeito a essas funções (art. 1º, § 1º, Lei 4.717/65);
5. Cumprimento, em matéria de finanças públicas, das exigências dos art. 52, VII, 169, 165 §§ 5º e 9º, da CF.

Em seguida, Modesto identifica as normas comuns aos dois tipos de fundações (pública e privada):

1. Imunidade tributária do art. 150, § 2º da CF;
2. Vedação de acumulação de cargos e empregos públicos (art. 37, XVII);
3. Obrigatoriedade de licitação (art. 22, XXVII) e de concurso público (art. 37, II);
4. Controle do Tribunal de Contas (art. 71, II e IV);
5. Controle do Ministério Público em termos gerais (ações civis públicas, ações de improbidade, etc.), entre outros.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> MODESTO, Paulo, *As Fundações Estatais de Direito Privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública* in *Revista Gestão Pública e Controle* – Revista do Tribunal de Contas do Estado da Bahia em Associação com o Instituto de Direito Administrativo da Bahia, v. 2, n. 4. Salvador: TCE Bahia, 2008, p. 26.

<sup>41</sup> IDEM, pp. 26-27.

Alexandre Santos de Aragão comenta que o simples fato de a fundação ser de Direito Privado não é suficiente para uma administração gerencial. Caso seja “combinada a personalidade jurídica de Direito Privado e a estruturação de contratos de gestão, podemos estar mais próximos de alcançar uma administração mais eficiente das Fundações do Estado, sempre observados, também, logicamente, os demais princípios enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal”.<sup>42</sup>

Constata-se assim que, do ponto de vista jurídico, o Brasil está preparado para ingressar na era do Estado Gestor, ou seja, aquele que regula as atividades econômicas e adota o princípio da subsidiariedade.<sup>43</sup> Resta saber se temos equipes capazes e comprometidas com a democracia para efetuar uma verdadeira reforma do Estado.

Comenta Prats I Catalá que “cada país tem seu próprio sistema institucional, que, em grande medida, determina o sistema de incentivos da interação econômica, política ou social e, pela mesma razão, o potencial nacional de eficiência econômica e de equidade. A eficiência e a equidade das interações humanas dependem não só das instituições, mas também das organizações. A interação humana não é moldada apenas pelas regras do jogo, mas também pelas equipes e organizações constituídas para o jogo. O traço mais característico das instituições é que não têm fins específicos; sua função é facilitar a interação humana”.<sup>44</sup>

Assim, deve-se observar que não bastam cérebros para tornar a administração pública eficiente, sendo necessário o implemento de uma prática gerencial específica

<sup>42</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de Fundações Públicas de Direito Privado in: *Revista de Direito Administrativo* – janeiro/abril 2008 – Volume 247. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 37.

<sup>43</sup> Em dezembro de 1992, o **Conselho Europeu de Edimburgo** definiu como deveria ser aplicado o **PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**, incluindo os princípios fundamentais, as diretrizes básicas e os procedimentos. Assim, o *Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade* atribuiu eficácia jurídica a tais questões, sendo reconhecido pelo artigo I-11 do Tratado da Constituição Europeia:

Artículo I-11 Principios fundamentales

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del *principio de subsidiariedad*, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el *principio de subsidiariedad* de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del *principio de proporcionalidad*, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.

Las instituciones aplicarán el *principio de proporcionalidad* de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

<sup>44</sup> PRATS I CATALÁ, Joan, 2007, ob. cit., p. 283.

do serviço público. Comentam Serge Alecian e Dominique Foucher que “o serviço público está repleto de cérebros, mas vê-se ao mesmo tempo sua antiga reputação de excelência sendo cada vez mais contestada. Consciente dessa situação paradoxal, a função pública francesa adotou, depois de uma dezena de anos, primeiro de forma lenta e depois mais rapidamente, uma série de medidas diferentes e variadas, para ser de novo uma das melhores do mundo. Em um primeiro momento, o serviço público obteve uma adaptação parcial, ainda que insuficiente, das regras que o regem. Depois modernizou seus equipamentos e instrumentos de trabalho, desenvolvendo sobretudo a informática entre seus serviços. Mas os efeitos dessas ações permaneceram limitados. Uma conclusão se impôs então: essas ações não poderiam render todos os seus frutos, a não ser que fossem acompanhadas de um esforço simultâneo em matéria de gerenciamento. Desse modo, assistimos nos dias de hoje a um florescimento de experiências que se traduzem na emergência de uma prática gerencial específica do serviço público. Mas muitos funcionários ainda permanecem hostis, ou desmotivados, diante das exigências dos novos modos de gerenciamento”.<sup>45</sup>

Estas novas experiências poderão propiciar a criação do “*Estado Gerencial*”, que proporcionará uma mudança completa na administração dos gastos com o pessoal, por ter como finalidade a eficiência dos atos governamentais, cujo objetivo é melhorar o atendimento à população. A consequência de tais objetivos será a adoção de um quadro de servidores públicos com um número necessário para propiciar à sociedade um bom serviço e um bom atendimento nas áreas de saúde, de educação, de segurança pública, enfim ser prestado um serviço público eficiente e respeitador dos direitos fundamentais da cidadania.

Sob este ponto de vista da excelência nos gastos com pessoal, o seu controle mudará de enfoque, porque o objetivo será verificar se os resultados dos atos de gestão foram atingidos, ao invés de fazer uma simples análise numérica acerca do cumprimento das normas que regem a boa administração, cuja preocupação exclusiva é o grau de comprometimento da receita corrente líquida. População satisfeita traduz o resultado de uma administração que gasta bem o dinheiro oriundo do pagamento dos impostos, taxas e contribuições por parte desta mesma população. A sociedade também estará satisfeita quando puder participar dos atos de gestão, em decorrência do respeito ao direito fundamental de uma boa administração pública.

Esta satisfação da sociedade decorrerá do fato de se presumir sempre que “toda ação, seja pública ou privada, deve ser *eficiente*, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera. Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente *dispositivo* na gestão privada de interesses, é rigorosamente *mandatório*, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado”.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> ALECIAN, Serge; FOUCHER, Dominique. *Guia de gerenciamento no setor público*. Rio de Janeiro: REVAN; Brasília: ENAP, 2001, p. 15.

<sup>46</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 126.

Diogo de Figueiredo comenta, ainda, que “em razão dessa distinção, a *eficiência* na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um *mandamento constitucional inafastável*, de modo que o *devido processo legal*, por meio do qual se que realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos, verificações etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, *até a efetiva realização dos resultados*”.<sup>47</sup>

## Direito ao bom e transparente governo

Raffaele Resta opina que “boa administração exprime um conceito final: é a atividade administrativa perfeitamente adequada no tempo e nos meios ao fim específico a alcançar”.<sup>48</sup> Assim, a “*boa administração*” é um imperativo moral do administrador público, “cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude”.<sup>49</sup>

A boa administração, o bom governo, tem um compromisso com a realidade, pois somente a partir dela se pode melhorar o presente para construir o futuro. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz comenta que “lo que llamamos el sentido de la realidad, la capacidad para distinguir lo bueno, lo malo, lo mejor, lo peor, lo pésimo y lo óptimo; el sentido práctico y la imaginación para abordar con decisión y con prudencia los problemas convenientemente priorizados; el equilibrio para que las soluciones no sean unidireccionales y tomen en cuenta a todos los sectores sociales, sin exclusión; la moderación, consecuencia lógica de todo lo anterior, que lleva de la mano a desechar cualquier solución que se presente con pretensiones de globalidad y con etiqueta de definitiva; todo ello se puede denominar reformismo que, aplicado al gobierno y la administración, nos ayuda a entender una determinada versión de lo que puede ser el buen gobierno, la buena administración que, por supuesto, sólo faltaría, no puede tener aspiraciones de configuración única y universal, sino que se presenta como una aproximación al buen gobierno, a la buena administración desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”.<sup>50</sup>

Estes pensamentos já demonstravam por si só a relação entre o *bom governo* e a *boa administração* com o princípio da moralidade administrativa. Neste aspecto, deve-se sempre observar o resultado da política pública adotada pela administração, desvinculando-se da “*intenção* de produzi-lo, pois se está diante de um conceito orientado pela finalidade. Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas a sua conduta. A atitude não conduz a um bom

<sup>47</sup> IBIDEM.

<sup>48</sup> RESTA, Raffaele. *L'onere di buona amministrazione*” In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 72.

<sup>49</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2000, ob. cit., p. 72.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Buen Gobierno y La Buena Administración de Instituciones Públicas*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 31.

resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da pública administração; mas a conduta, sim, produz resultados sadios ou viciados em termos de moralidade administrativa”.<sup>51</sup>

Esta questão da conduta da administração e dos servidores que a exercem é essencial para que o resultado obtido pela política pública não seja viciado, como a própria Organização das Nações Unidas apresentou na **Declaração do Milênio**, aprovada na *Cimeira do Milênio*, realizada de 6 a 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque, refletindo as preocupações de 147 (cento e quarenta e sete) Chefes de Estado e de 191 (cento e noventa e um) países, que participaram da maior reunião de dirigentes mundiais.

Sobre esse documento, Rodríguez-Arana Muñoz comenta que “la ONU es consciente de que un requisito básico para poder cumplir los objetivos del milenio, reside ‘en un funcionariado con una ética sólida’. Sobre todo, porque el manejo no ético de los asuntos públicos produce una reducción directa y muy relevante de los propios fondos necesarios para el logro de los objetivos del milenio. Los supuestos de malversación, de apropiación indebida o la existencia de continuos conflictos de interés ponen en cuestión el Estado de Derecho, expulsa a la iniciativa privada y, lo que es más grave, atenta contra la misma democracia”.<sup>52</sup>

No caso brasileiro, a importância do servidor público na *boa administração* foi claramente reconhecida na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, quando descreve 12 condutas ilícitas no art. 9º<sup>53</sup> que tenham como finalidade “qualquer tipo

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2000, ob. cit., p. 59.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2006, ob. cit., p. 161.

<sup>53</sup> Lei nº 8.429/1992

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual”.<sup>54</sup> O art. 10 da citada Lei de Improbidade prevê outras condutas ilícitas.<sup>55</sup>

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

<sup>54</sup> MORAES, Alexandre de Combate à corrupção – breve comentários à Lei de Improbidade Administrativa In: *O regime democrático e a questão da corrupção pública*. Coordenadores: Fernando Aurélio Zilveti – Sílvia Lopes. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 159.

<sup>55</sup> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;



O servidor público tem, como forma substancial de sua atividade, “o dever de *boa administração*, a prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e o código de ética da relação jurídica entre o servidor público e a administração, visando à razoabilidade, à impessoalidade e à eficiência no desempenho dos cargos ou funções públicas”.<sup>56</sup>

A má conduta do servidor caracteriza a corrupção, que “puede contemplarse como un sistema de una mala administración y una mala gestión, pero su efecto más nocivo consiste en hacer atractivo y muy rentable, poner el interés privado por encima del público. Por ello, siguiendo las recomendaciones del OCDE en materia de ética pública, se aconseja establecer una ‘infraestructura ética que no sólo premie la buena conducta sino que sancione administrativamente la mala conducta y castigue los actos de corrupción mediante acciones civiles y penales’”.<sup>57</sup>

Esta recomendação da OCDE, a ser observada, baseia-se no fato de que “la moral, la formación moral, el fomento de las buenas costumbres constituirá una de las finalidades a las que debe dirigirse la actuación administrativa, en sus diversas manifestaciones. Siendo esto así, no es concebible una contravención de ellas en el ejercicio de cualquier potestad administrativa”.<sup>58</sup>

Assim, no exercício do poder administrativo há de ser observado que “não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos, será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente. Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada”.<sup>59</sup>

Neste aspecto da moralidade é fundamental a transparência dos atos adotados pela administração, por possibilitar um melhor controle dos princípios jurídicos constitucionais e de proteção dos administrados. “Por isso, mais adequado afirmar a pluralidade de funções do princípio da transparência administrativa: democracia, ética, legitimidade, juridicização, conhecimento público, crítica,

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

<sup>56</sup> VASCONCELOS, Caio Tácito. Improbidade administrativa como forma de corrupção In: *O regime democrático e a questão da corrupção pública*. Coordenadores: Fernando Aurélio Zilveti – Sílvia Lopes. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 159.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2006, ob. cit., p. 161-162.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral em las Administraciones Públicas*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 156.

<sup>59</sup> GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade e segurança jurídica”.<sup>60</sup>

O que o *princípio da transparência* colima é “a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à administração pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular. Seu reconhecimento proporciona a reformulação das relações entre administração pública e administrados e é sinal de ruptura com o seu tradicional modelo autoritário, hermético, isolado, unilateral, reservado e sigiloso”.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

<sup>61</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, 2004, ob. cit., p. 35.

# Fichte e a Revolução Francesa: individualismo, direito, prudência<sup>1</sup>

Theresa Calvet de Magalhães<sup>2</sup>

## Resumo

Trata-se de explicitar a evolução política de Fichte, a sua leitura da Revolução Francesa, a sua concepção prática da história e a sua concepção do Estado.

**Palavras-chave:** Revolução Francesa; individualismo político; direito e moral; direito e história; estado.

## Abstract

From political individualism to prudence, this paper aims to explicate Fichte's political evolution, his interpretation of the French Revolution, his conception of history and how he conceives the State.

**Keywords:** French Revolution; political individualism; law and morality; law and history; state.

Em 1790, Fichte descobre, dois anos após sua publicação, a *Crítica da Razão Prática*.<sup>3</sup> Não esconde o seu entusiasmo em suas cartas: “Vivo num mundo novo após ter lido a *Crítica da Razão Prática*: ela destrói proposições que acreditava irrefutáveis, prova coisas que acreditava indemonstráveis, como o conceito de liberdade absoluta, de dever, etc... Antes, não havia para mim um outro sistema a não ser o da necessidade. Agora, é de novo possível escrever a palavra *moral*.”<sup>4</sup>

Em fins de 1793, início de 1794, contra as *Untersuchungen über die französische Revolution (Investigações sobre a Revolução Francesa)* [1793] de Rehberg<sup>5</sup> e o pensamento contrarrevolucionário que se propagara rapidamente depois da publicação, em 1790, do primeiro panfleto importante contra a Revolução Francesa (as *Reflections on the Revolution in France*, de Burke)<sup>6</sup>, Fichte, querendo não apenas pensar, mas agir, e partindo dos princípios kantianos, publica as suas

<sup>1</sup> A primeira versão deste texto foi apresentada na Mesa-Redonda “Kant, Fichte e a Revolução Francesa” no Colóquio “1789 Sombras e Luzes”, promovido pela ANPOF, em São Paulo, na USP, em outubro de 1987, e foi publicada em São Paulo, na Revista *Síntese Nova Fase* nº 52 (1991), pp. 59-72.

<sup>2</sup> *Docteur* em *Sciences Politiques et Sociales* pela UCL (*Université Catholique de Louvain*); *Pós-doutorado* em Filosofia Contemporânea (*Institut Supérieur de Philosophie – UCL*); Professora aposentada da UFMG (FAFICH – Departamento de Filosofia); Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC em Juiz de Fora (MG).

<sup>3</sup> Ver X. Léon, *Fichte et son temps*, T. I. Paris: A. Colin, 1922, pp. 85ss.

<sup>4</sup> Carta a Weissshuhn citada por A. Renault, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*. Paris: PUF, 1986, p. 61.

<sup>5</sup> A. W. Rehberg, *Untersuchungen über die französische Revolution*. Hannover e Osnabrück: Christian Ritscher, 1793. Ver um resumo desta obra em X. Léon, *Fichte et son temps*, T. I, pp. 176-180.

<sup>6</sup> E. Burke. *Reflections on the Revolution in France*. London: Dodsley, 1790. Tradução francesa de Pierre Andler: *Reflexions sur la révolution de France, suivie d'un choix de textes de Burke sur la Révolution*. Paris: Hachette Littératures, 2004.

*Beiträge zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution* (Contribuições para a retificação dos juízos do público sobre a Revolução Francesa)<sup>7</sup>. Trata-se de uma obra polêmica na qual ele julga a legitimidade da Revolução Francesa e mais especificamente a obra dos autores da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição (liberal) de 1791, não a partir do tribunal da história, mas a partir da lei moral ou lei do dever, uma lei que se encontra *no nosso Eu*, “na sua forma *pura e originária*” (C, p. 93). O problema da legitimidade da revolução é na sua essência o problema da moralidade da revolução.<sup>8</sup> A legitimidade de toda ação livre deve ser julgada, dizia Fichte, a partir do “fato da razão” tal como Kant o definiu, isto é, a partir da lei moral ela mesma de que temos imediatamente consciência, e não a partir dos acontecimentos. O pragmatismo histórico (a tese que pretende julgar uma revolução a partir dos ensinamentos da história) é para Fichte mero oportunismo político.

Esse ponto de partida pode ser considerado o fundamento do individualismo político que caracteriza esses escritos de 1793, um individualismo radical<sup>9</sup> que desemboca no anarquismo. Para reduzir efetivamente a política à moral e para acentuar o caráter não necessário do Estado, Fichte considera o estado de natureza não como estado de guerra, mas como um estado neutro no qual o homem só obedece à lei de sua natureza (à lei da liberdade), ou seja, à lei moral (C, p. 110).<sup>10</sup> Para Renaut, é impossível separar nesses escritos polêmicos a redução do direito natural à moral, a crítica da concepção do estado de natureza como estado de guerra e a negação da necessidade absoluta do Estado.<sup>11</sup>

A Revolução Francesa é considerada por Fichte como um acontecimento que “interessa à humanidade inteira (...); um rico quadro sobre este grande texto: os direitos do homem e a dignidade do homem” (C, p. 79). A Revolução Francesa não pode ser separada da revolução filosófica que a precedeu, a da filosofia transcendental, “uma revolução incomparavelmente mais importante” que teria fornecido a Fichte a *matéria* (C, p. 80). Esta, ou seja, a liberdade absoluta é a única matéria que a doutrina da ciência, “o primeiro sistema da liberdade”, no dizer do próprio Fichte<sup>12</sup>, radicaliza e põe corno seu fundamento.<sup>13</sup>

Julgar a legitimidade de uma revolução consiste então para Fichte em julgar a partir da lei do dever (um princípio não empírico) a questão mais geral relativa ao *direito* que tem um povo de mudar a sua constituição política ou a questão mais particular do seu direito de mudar essa constituição de um modo determinado (C, pp. 86-95) – a questão do direito escapa ao tribunal da história –, isto é, trata-se de legitimar a

<sup>7</sup> J. G. Fichte. *Beiträge zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution* [1793-1794]. Tradução francesa de Jules Barni: *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la révolution française* [1858] (citado: C). Paris: Payot, 1974 (com uma longa apresentação de Marc Richir, pp. 7-74); todas as nossas referências são a esta tradução.

<sup>8</sup> Ver P.-Ph. Druet, *Fichte*, Paris: Seghers, 1977, p. 57.

<sup>9</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, p. 231. Ver também A. Philonenko, *Théorie et Praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*, Paris: Vrin, 1976 (2a. ed.), p. 116.

<sup>10</sup> Ver L. Ferry, *Philosophie politique*, Vol. 2, Paris: PUF, 1984, pp. 170-174.

<sup>11</sup> A. Renaut, *Le système du droit*, p. 232.

<sup>12</sup> Carta a Baggesen em abril de 1795, citada por X. Léon, in *Fichte et son temps*, T. II, Parte 2, Paris: A. Colin, 1924, p. 288.

<sup>13</sup> Ver R. Rodrigues Torres Filho, *O espírito e a letra*. A crítica da imaginação pura em Fichte, São Paulo: Ática, 1975, p. 247.

Revolução Francesa como ato do povo, e não de avaliar se os meios escolhidos para atingir o fim proposto foram os melhores, dadas as circunstâncias (C, pp. 95-104). Esta última questão – a da prudência ou *sabedoria prática* – consiste em comparar os meios escolhidos com o fim e permite a Fichte elaborar a sua própria concepção da história. Não se trata para Fichte de defender um empirismo sem princípios ou de remeter a racionalidade política ao tribunal da história, mas de captar a especificidade dessa racionalidade. No que diz respeito ao homem livre, a história nada sabe. O saber ou a consciência da história (a sabedoria histórica) é para Fichte, nesses escritos, o princípio que fundamenta o pensamento contrarrevolucionário, ou seja, o pensamento que reduz o futuro ao passado e o possível ao real<sup>14</sup> e era então esse saber, enquanto negação da liberdade como liberdade para a história, que Fichte recusava. Essa recusa está ligada à sua convicção profunda, uma convicção que ele partilha com os revolucionários dessa época, de que a Revolução Francesa marca o começo absoluto da história humana<sup>15</sup>, e de que são necessários princípios práticos para apreciar um acontecimento histórico.

A história, a verdadeira história, começa com a descoberta da liberdade absoluta: é na própria autonomia da consciência individual que o homem descobre a lei de suas ações. Para Fichte, já nesses escritos, a história é “protensiva”, orientada em direção ao futuro.<sup>16</sup> Essa concepção prática da história, apenas esboçada nas *Contribuições*, permite a Fichte criticar os Estados históricos existentes (as monarquias absolutas) que se opõem ao movimento da liberdade. O pensamento monárquico que os sustenta os conduz não à sua autonegação – e seria essa a verdadeira destinação do Estado para Fichte – mas, ao contrário, a se consolidarem cada vez mais tanto no nível interno como no nível externo (C, pp. 118-124). A compreensão do tempo separa, no entanto, as *Contribuições das Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten (Preleções relativas à Destinação do Douto)* [1794]: ao sustentar que existe um direito natural anterior ao Estado, uma esfera pré-política do direito na qual o homem só obedece à lei moral, Fichte permanece, nas *Contribuições*, discípulo de Rousseau. A história teria sua origem numa “idade de ouro” e é em relação a esse passado longínquo, a esse “estado de natureza” concebido como idade de ouro da moralidade e da liberdade, que o presente é criticado. Na quinta *Preleção*, em 1794, Fichte critica Rousseau e afirma que é uma ilusão colocar no passado esse “estado de natureza”: tratar-se-ia apenas de um ideal cuja verdade encontra-se no futuro.<sup>17</sup> O projeto de uma filosofia prática da história impôs a Fichte não apenas o abandono de toda redução do direito à moral, mas também uma redefinição do direito natural.<sup>18</sup>

Nas *Contribuições*, como era então o caso dos discípulos de Kant, Fichte não separa direito e moral – a lei moral é o fundamento do direito. O direito é, por um

<sup>14</sup> Ver A. Philonenko, *Théorie et Praxis*, p. 102.

<sup>15</sup> Caberia talvez perguntar se o “titanismo” dessa concepção da verdadeira história como começo absoluto não é “radicalmente oposto à racionalidade e à sensatez da ação política” e não constitui de fato – é essa a questão crítica colocada por Vaz – “o ato inicial dessa imensa empresa de dominação do tempo”, na qual ele é tentado a ver “o mais constante e tenaz projeto político da modernidade” (H. C. L. Vaz, “Política e História” (1987), in: *Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura*, São Paulo: Loyola, 1988, p. 252).

<sup>16</sup> Ver R. Rodrigues Torres Filho, “O dia da caça” (1976), in *Ensaio de Filosofia Ilustrada*, São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 20.

<sup>17</sup> J. G. Fichte. *Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten* [1794]. Tradução francesa de Jean-Louis Vieillard-Baron: *Conférences sur la destination du savant (1794)*, Paris: Vrin, 1980 (2ª. ed. corrigida), pp. 85-88; todas as nossas referências são a esta tradução.

<sup>18</sup> Ver A. Renaut. *Le système du droit*, p. 236.

lado, realmente afirmativo: “Temos o direito de fazer o nosso dever”, isto é, o direito de fazer o que a lei moral nos ordena, “mas não o direito oposto a este” (C, p. 95). Esse direito, o direito de ser livre, é um *direito inalienável*: “(...) tenho o direito de ser livre e de fazer o meu dever significa simplesmente: nada pode e ninguém tem o direito de me impedir de sê-lo ou de fazê-lo” (C, p. 95). Por outro lado, *podemos* fazer, isto é, temos o *direito de fazer* (esse poder é assim *legítimo*) tudo o que a lei moral não proíbe (C, p. 94). Esse direito de agir na esfera em que a lei moral não se pronuncia é um direito *alienável* e a função da lei moral é aqui apenas negativa: temos o direito de fazer ou de não fazer o que a lei moral permite (C, p. 95). As consequências desta distinção são importantes: só os direitos alienáveis podem ser objeto de um contrato, a relação do homem com o Estado é uma mera relação contratual e comercial e não uma relação necessária, nenhuma constituição política é imutável, um povo tem o direito (um direito imprescritível) de mudar a sua constituição política.

No início do primeiro capítulo das *Contribuições*, Fichte apresenta um primeiro esboço de uma teoria do contrato social. Para descobrir o fundamento da obrigação de todos os contratos, ele propõe como ponto de partida um estado pré-político (o *estado de natureza*) no qual o homem só obedece à lei de sua natureza, isto é, à lei moral (C, p. 110). Nesse contexto, todo contrato é apenas uma troca de direitos alienáveis, livremente consentida pelo indivíduo. O contrato social, como todo contrato, é obra de nosso livre arbítrio. O caráter obrigatório das leis civis procede de sua livre aceitação pelo indivíduo. O domínio da legislação, o civil corresponde, portanto, à esfera em que a lei moral não se pronuncia: os direitos alienáveis do homem são o objeto de suas disposições (C, p. 111). O Estado faz parte do mundo sensível dos direitos alienáveis, é apenas um meio e nunca um fim em si – só o homem, ser suprassensível, possui a dignidade de fim –, e por isso mesmo pode ser modificado ou abolido. A relação do homem com o Estado não é uma relação necessária, mas antes de tudo uma relação contratual e comercial: “O homem e a sociedade são dois comerciantes que estimam a sua mercadoria tão alto quanto esperam poder vendê-la” (C, p. 112). O homem pode (tem o direito) recusar essa relação. Nenhuma constituição política é imutável; só a forma pura do nosso Eu é absolutamente imutável (C, p. 115). Tudo o que o homem faz pode e deve ser considerado como um meio para atingir no mundo sensível o verdadeiro escopo do homem em si, o seu escopo espiritual, ou seja, o perfeito acordo de sua vontade com a lei da razão (C, p. 115). As constituições políticas contrárias a esse fim e ao progresso da cultura em direção à liberdade (as monarquias absolutas) são condenadas: não apenas podem mas devem ser realmente mudadas (C, p. 124).<sup>19</sup> Uma constituição que persegue esse fim através dos meios os mais seguros deve, ela também, mudar. As primeiras devem ser extintas, são como “um fogo de palha podre que fumeja sem dar luz e calor”. A última se muda por si mesma, “é uma lâmpada que se consome ela mesma, à medida que ilumina, e que se apagaria se o dia raiasse” (C, p. 126). A cultura do homem, o triunfo de sua razão sobre a sensibilidade, não procede da natureza nem pode ser imputada a um desígnio da natureza:

<sup>19</sup> No Prefácio das *Contribuições*, Fichte é mais prudente: “O leitor se enganaria (...) querendo se precipitar e aplicar estes princípios à sua conduta em relação aos Estados atualmente existentes. (...) A dignidade da liberdade deve elevar-se de baixo para cima; mas a emancipação só pode ocorrer sem desordem de cima para baixo” (C, p. 83).

“Toda conduta puramente passiva é justamente o contrário da cultura; a cultura [*Bildung*] se produz [*geschieht*] pela autoatividade [*Selbsttätigkeit*] e tende à autoatividade como a seu fim [*und zweckt auf Selbsttätigkeit ab*]. Nenhum plano de cultura pode, portanto, ser estabelecido de tal modo que a sua realização seja necessária; ele se dirige à liberdade e depende do uso da liberdade” (C, p. 116).

Fichte critica não apenas a ideia, defendida por Kant<sup>20</sup>, de que a guerra teria uma função positiva no progresso da cultura, mas também toda opressão política – *só a liberdade forma*.

Em 1794, nas *Preleções relativas à destinação do douto*, Fichte, opondo-se a Kant, mais uma vez afirma, como o fará em toda a sua obra, que “a vida no Estado não faz parte dos fins absolutos do homem” e que “o fim de todo governo é de tornar o governo supérfluo”.<sup>21</sup> É no perecimento do Estado que Fichte encontra, e isso já nas *Contribuições*, a definição do fim perseguido por uma política racional. No contexto da reabilitação da ordem jurídica em 1796-1797, ou seja, no *Grundlage des Naturrechts (Fundamento do Direito Natural)*, essa tese do perecimento do Estado promete muito, porém no futuro, e tolera talvez muito mais no presente: o Estado como máquina complexa é inicialmente necessário. Em 1793, o problema da estrutura e da organização de máquina do Estado não é, nem poderia ser, abordado.<sup>22</sup>

No terceiro capítulo das *Contribuições*, Fichte retoma a tese da mutabilidade essencial da constituição política, ao aprofundar a sua teoria do contrato social. Para definir a relação entre o homem e o Estado e para justificar a revolução como ato do povo, Fichte considera o homem sob várias relações (C, p. 148). Em primeiro lugar, o homem pode ser considerado como “um ser isolado, só com a sua consciência moral [*Gewissen*] e o supremo executor das decisões de sua consciência”. A consciência moral é considerada como realidade metafísica ou *Geist*: “A lei, em nome da qual fala o juiz invisível desse tribunal, é a lei moral, na medida em que ela se refere simplesmente a esse mundo espiritual” (C, p. 148). Todas as outras relações estão subordinadas a essa instância suprema, ponto de partida de toda a crítica do Estado. Nesse domínio da lei moral, o da consciência moral individual, só há *uma* vontade (C, p. 131). O princípio de todo direito (tanto o direito natural como o direito contratual e político) é, portanto, a interioridade de uma consciência, “único juiz com Deus de sua vontade como boa”.<sup>23</sup> Em segundo lugar, o homem pode ser considerado como “estando em sociedade, ou como vivendo no meio de outros indivíduos de sua espécie” (C, p. 148). Neste domínio, o da “sociedade” no seu primeiro sentido, ou seja, o de “uma relação física de várias pessoas entre si, que só pode ser a sua relação recíproca no espaço” (C, p. 146), o homem permanece o seu próprio juiz. A sua lei é a lei moral “na medida em que ela determina o mundo dos fenômenos”, e ela se chama então direito natural, dizia Fichte: “Frente a esse tribunal exterior, cada um daqueles com quem ele vive é seu juiz. Sob esta relação ele é *homem [Mensch]*” (C, p. 148). O sujeito do direito natural é, portanto, o homem

<sup>20</sup> Ver I. Kant, *Kritik der Urteilskraft (Crítica da Faculdade de Julgar)* [1790], § 28. Tradução francesa de Alain Renaut: *Critique de la faculté de juger*. Paris: Aubier, 1995, [§ 28] p. 245.

<sup>21</sup> J. G. Fichte, *Conférences sur la destination du savant (1794)*, p. 49.

<sup>22</sup> Ver A. Philonenko, *Théorie et Praxis*, p. 145.

<sup>23</sup> A. Philonenko, *Théorie et Praxis*, p. 116.

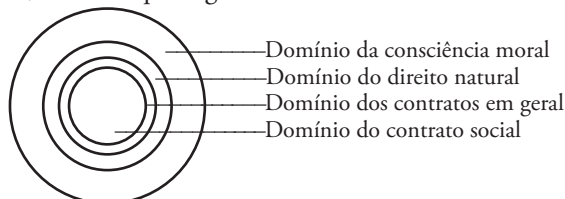
e não o espírito (*Geist*).<sup>24</sup> Contra Rehberg, Fichte retoma indiretamente as teses de Locke quando busca o fundamento do direito de propriedade em geral<sup>25</sup>:

“Somos originariamente nossa propriedade. (...) Temos o direito de excluir todos os outros do uso de uma coisa que fabricamos por meio de nossas forças e à qual demos a nossa forma. E é esse direito que nas coisas se chama a *propriedade*. Essa formação das coisas pela nossa própria força é o verdadeiro princípio do direito de propriedade; mas é também o único que o direito natural admite. (...) Temos um *direito de apropriação* sobre a matéria bruta, e um *direito de propriedade* sobre a matéria modificada por nós. O primeiro significa a possibilidade moral; o segundo a realidade moral e física” (C, pp. 137-140).

Em terceiro lugar, no domínio em que o *homem* (uma pessoa moral) firma contratos, ou seja, no mundo dos fenômenos na medida em que esse mundo não é inteiramente determinado pela lei moral, a sua lei é o *livre* arbítrio (a vontade libertada de toda lei). A lei moral só determina verdadeiramente os direitos inalienáveis. O respeito desses direitos é suficientemente garantido pelo direito natural:

“É sem dúvida possível aos homens, quero dizer moralmente possível, viver em sociedade no primeiro sentido desta palavra, isto é, viver uns ao lado dos outros e entre si (...), sem ser unidos por um contrato. Isso não significa que eles não têm direitos e deveres recíprocos. A sua lei comum, que determina com rigor suficiente esses direitos e esses deveres, é a lei da liberdade, ou este princípio: ‘Não perturbes a liberdade de nenhuma pessoa quando ela não perturba a tua’” (C, p. 147).

A sociedade, no seu primeiro sentido, é para Fichte, nas *Contribuições*, não apenas anterior a todo contrato, mas condição de possibilidade do Estado. A legitimidade de um contrato, em geral, não é primeiro determinada pelo Estado: “Os homens podem também viver em sociedade no segundo sentido desta palavra, isto é, ser ligados por um contrato em geral, sem formar precisamente um Estado, sem ser unidos por um contrato civil” (C, p. 147). Finalmente, no domínio do contrato civil, o homem é chamado *cidadão* (*Bürger*). O campo de tal contrato particular de um com todos e de todos com um é “uma parte arbitrariamente escolhida no domínio do livre arbítrio” (C, p. 148). O domínio do Estado é o mais restrito: corresponde à parte arbitrariamente escolhida no domínio dos contratos em geral ou dos direitos alienáveis (o do livre arbítrio), o qual é ele mesmo compreendido no domínio do direito natural ou dos direitos inalienáveis, compreendido por sua vez no domínio da consciência moral individual, domínio que engloba todos os outros e é a instância suprema:



(ver J. G. Fichte, *Considérations sur la Révolution Française*, p. 149)

<sup>24</sup> Ver A. Philonenko, *Théorie et Praxis*, p. 163 (e também pp. 133-137).

<sup>25</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 299-328.



Partindo de tais princípios, Fichte condena o Estado:

“O domínio da consciência moral [*Das Gebiet des Gewissens*] abarca tudo; o do contrato social é mais restrito. Deve, portanto, ser permitido a cada um de se retirar do centro para a circunferência, e até mesmo de sair do domínio do direito natural, se quer viver numa ilha deserta; mas ele não sai nunca do domínio da consciência moral, porque não é um animal” (C, p. 149).

Essa hipótese de “viver numa ilha deserta” é rejeitada como absurda por Fichte, em 1794, nas suas *Preleções relativas à destinação do douto*: “A tendência comunitária faz parte das tendências fundamentais do homem. O *homem é destinado a viver na sociedade*; ele tem a *obrigação* de viver na sociedade; ele não é um homem inteiro (...), e ele se contradiz ele mesmo se vive isolado”.<sup>26</sup> Se Fichte, nas *Contribuições*, consegue legitimar o ato de um indivíduo que rompe o pacto social fundamentando-se nas exigências de sua própria consciência moral, não consegue justificar a revolução como ato de totalidade. A ideia de povo permanece indeterminada no final do terceiro capítulo, um capítulo que tinha justamente por objetivo determinar essa ideia (C, p. 131). A noção de vontade geral significava para Fichte vontade singular considerada puramente e indicava apenas “o que é *idêntico* em toda consciência considerada como sujeito do direito e da moralidade”, ou seja, designava apenas a autonomia da consciência e não o *acordo* de consciências *diferentes*.<sup>27</sup> Fichte tentou justificar a revolução colocando-se na perspectiva definida pela vontade de todos:

“Se um indivíduo pode sair do Estado, vários o podem. Ora, estes indivíduos retornam, uns em relação aos outros ou em relação ao Estado que abandonam, ao simples direito de natureza. Se aqueles que se separaram querem reunir-se mais estreitamente e firmar um novo contrato civil (...), eles têm perfeitamente esse direito em virtude do direito natural, no domínio do qual entraram. – Um novo Estado se formou. A revolução, que até agora abraça apenas uma parte, foi realizada. – Que vários indivíduos se liberem do antigo contrato e que se unam por meio de um novo contrato é o que pertence à natureza de cada revolução. Estas duas coisas são legítimas (...).  
(...)”

Aqueles que saíram da antiga união podem, portanto, formar uma nova união e fortalecer a sua relação pela adjunção voluntária da maioria; têm perfeitamente esse direito. Se, finalmente, a antiga união já não tem aderentes, e se todos se voltaram voluntariamente para uma nova associação, a revolução *inteira* é legitimamente realizada.” (C, pp. 159-164).

Para apoiar a tese de que vários indivíduos podem sair do Estado e criar uma nova associação, Fichte mostra a divisão do Estado numa multiplicidade de Estados e aproveita essa oportunidade para criticar os Estados realmente hostis dentro de Estado: os judeus<sup>28</sup>, os militares, a nobreza, a Igreja (C, pp. 160-163). O Estado é

<sup>26</sup> J. G. Fichte. *Conférences sur la destination du savant* (1794), p. 48.

<sup>27</sup> A. Philonenko. *Théorie et Praxis*, pp. 204-205.

<sup>28</sup> “No seio de quase todos os países da Europa se estende um Estado poderoso, animado por sentimentos hostis, e que, em certos Estados, oprime terrivelmente os cidadãos; quero falar dos

apenas um meio que o homem pode perfeitamente dispensar visto que não lhe deve nada, nem a propriedade, nem a cultura: “(...) estabelecemos que ele [o Estado] só existe ele mesmo graças à sociedade. Que ele agradeça ele mesmo a sociedade o que lhe deve; nós nos entenderemos bem com ela sem a sua mediação.” (C, p. 157).

O individualismo radical das *Contribuições* resulta não apenas dos princípios da crítica do Estado adotados por Fichte, uma crítica que desemboca no anarquismo, mas também da tradição liberal na qual esses escritos politicamente se inscrevem e que ele radicaliza ao ratificar o liberalismo econômico absoluto. Toda intervenção do Estado no regime da propriedade é uma violação do direito natural. Fichte é então obrigado a reconhecer a legitimidade de um sistema econômico que ele considerava profundamente injusto e ele tenta, sem sucesso, acrescentar às teses liberais corretivos de cunho socialista. Exige, por exemplo, a supressão do direito de herança: “A partir do momento em que um homem deixa o mundo dos fenômenos, ele perde os seus direitos nesse mundo (...). A humanidade inteira é a herdeira legítima de cada morto” (C, p. 144). Mas esses corretivos permanecem, insistia com razão Druet, “inconseqüências nessa obra ultraliberal”.<sup>29</sup>

A lei do dever pode ser considerada um princípio para exigir a destruição das instituições políticas contrárias ao escopo espiritual do homem, mas não se vê como pode ser transformada num princípio positivo de construção do Estado no mundo sensível. O dualismo do mundo sensível e do mundo inteligível termina com a desvalorização de toda construção no mundo sensível.<sup>30</sup> Ao fazer da autonomia o seu ponto de partida, Fichte foi de fato obrigado a limitar-se à reivindicação da liberdade de pensar, mantendo-se, pelo menos quanto a esse ponto, fiel à *Aufklärung* e a Kant. As questões políticas é que acabaram por separar Fichte de Kant:

“Justificar a Revolução Francesa em nome dos princípios kantianos revela-se impossível, a não ser ao preço de consentir uma destruição total da realidade política. Portanto, trata-se ou de renunciar a legitimar a revolução ou de abandonar os princípios kantianos. Fichte adotará a segunda solução e elaborará novos princípios ‘metafísicos’ com a intenção expressa de fundar finalmente a verdadeira política. A *Doutrina da ciência* de 1794 foi edificada sobre as ruínas da reflexão política das *Contribuições* e *para dar nascimento a uma nova filosofia do Estado*. A abordagem fichteana vai (...) de uma intenção política *determinada* à filosofia primeira.”<sup>31</sup>

---

judeus. Não acredito e espero demonstrá-lo (...) que esse Estado seja a tal ponto terrível pelo fato de que forma um Estado separado e fortemente unido, mas sim porque está fundado no ódio por todo o gênero humano. (...) Num Estado em que o rei, por mais absoluto que seja, não tem o direito de tomar minha cabana paterna e onde posso fazer valer meu direito contra um ministro todo-poderoso, o primeiro judeu que aparecer está livre para pilhar-me impunemente, se ele quiser. Vós todos sois testemunhas disso, não podeis negá-lo, e pronunciais as palavras tão doces de tolerância, de direitos do homem e do cidadão, enquanto lesais em nós os primeiros direitos do homem. (...) Mas quanto a lhes dar direitos civis, não vejo nenhum outro meio a não ser o de cortar a cabeça de todos numa bela noite e de colocar no seu lugar uma outra que não contenha mais uma única ideia judia. Não conheço um outro meio para nos defender contra eles, a não ser o de conquistar para eles a terra prometida e mandá-los todos para lá” (C, pp. 160-161).

<sup>29</sup> P.-Ph. Druet, *Fichte*, p. 62.

<sup>30</sup> Ver A. Philonenko, *Théorie et Praxis*, p. 159.

<sup>31</sup> P.-Ph. Druet, *Fichte*, p. 63.

Em 1806, após a derrota da Prússia, tendo abandonado Berlim antes de esta cidade ser invadida pelo exército de Napoleão, Fichte refugia-se em Königsberg, estuda italiano, traduz a *Divina Comédia* de Dante e aprofunda a sua leitura de Maquiavel.<sup>32</sup> Publica em 1807 um estudo sobre Maquiavel no qual afirma o seguinte:

“Desde a Revolução Francesa, as doutrinas dos direitos do homem, da liberdade e da igualdade primordial de todos – que constituem, sem dúvida, os fundamentos eternos e inabaláveis de toda ordem social, os quais não podem ser combatidos por nenhum Estado, mas pela concepção exclusiva das quais não se pode nem fundar um Estado, nem administrá-lo – são tratadas até mesmo por alguns dos nossos compatriotas, no fogo do combate, com um acento demasiado entusiasta e como se elas conduzissem na arte política ainda mais longe do que o fazem efetivamente”.<sup>33</sup>

Separando agora política e moral, Fichte defende uma política da força no que diz respeito às relações de um Estado com outros Estados:

“Um príncipe está ligado na sua vida privada (...) às leis universais da moral. (...); mas na sua relação com os outros povos, não há nem lei nem direito, a não ser o direito do mais forte; e essa relação justifica entregar nas mãos responsáveis do príncipe os direitos divinos de soberania sobre o destino e a administração do mundo, elevando-o acima dos interditos da moral individual, numa ordem ética superior cujo conteúdo material está inscrito na fórmula: *salus et decus populi suprema lex esto*”.<sup>34</sup>

Nesse estudo sobre Maquiavel, Fichte defende a hipótese metodológica seguinte:

“O princípio da política de Maquiavel, que é também o nosso (...) assim como a nosso ver o princípio de toda teoria coerente do Estado, está contido no texto seguinte (*Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, L. I, cap. 3): ‘Quem funda uma república (ou em geral um Estado) e lhe dá leis, deve *pressupor* [*voraussetzen*] que todos os homens são maus (...)’. Não é de modo nenhum necessário aqui considerar a questão de saber se os homens são efetivamente (...) maus ou não. O Estado enquanto instituição coerciva [*Zwangsanstalt*] os pressupõem necessariamente assim, e só esta pressuposição funda a existência do Estado.”<sup>35</sup>

Essa hipótese metodológica, válida no nível da pragmática política definida pela prudência (*Klugheit*), dita a política internacional que Fichte resume em duas regras:

<sup>32</sup> Ver X. Léon, *Fichte et son temps*, T. II, 2, p. 20.

<sup>33</sup> J. G. Fichte, “*Sur Machiavel écrivain et sur des passages de ses oeuvres*” (1807) [tradução francesa de Alain Renaut], in: *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques de 1806-1807*. Tradução francesa de Luc Ferry e Alain Renaut. Paris: Payot, 1981, p. 63.

<sup>34</sup> J. G. Fichte, “*Sur Machiavel écrivain et sur des passages de ses oeuvres*”, p. 62.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 55-56.

“Daí se seguem duas regras fundamentais. A primeira (...): agarrar, sem perda de tempo, toda ocasião de se fortificar na sua esfera de influência, e extirpar até as suas raízes todo germe que nos ameaça nessa esfera antes que tenha tido o tempo de se desenvolver (...). A segunda regra: jamais fiar-se na palavra de um outro Estado quando se pode forçá-lo [*erzwingen*] a dar uma garantia”.<sup>36</sup>

No contexto de uma filosofia da história, cuja estrutura foi profundamente modificada em relação à concepção prática da história esboçada nas *Contribuições* e explicitada, em 1794, nas *Preleções relativas à destinação do douto* – tal como ela foi exposta, em 1804, em *Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters (Os traços característicos do tempo presente)*”, essa hipótese metodológica acaba confirmada pelo estado presente da humanidade e é, assim, transformada num juízo sobre a corrupção intelectual e moral do “tempo presente”.<sup>37</sup>

Entre estes dois escritos de circunstância, um que julga a legitimidade da Revolução Francesa contra Rehberg e no qual Fichte, herdeiro de Kant e da tradição liberal, radicaliza a lógica do individualismo, e o segundo, no qual frente à derrota da Prússia e à invasão francesa reabilita Maquiavel e a sua lógica da ação política, ele publica, em 1796-1797, o *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre (Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina-da-ciência)*<sup>38</sup> e, em 1800, *Der geschlossene Handelsstaat (O estado comercial fechado)*, uma obra que dissocia definitivamente democracia política e democracia econômico-social ao defender o socialismo de Estado.<sup>39</sup>

Em 1796, a Revolução Francesa, independentemente de seus excessos, destruiu o mundo feudal. Cabe agora a Fichte confiar ao Estado *legítimo* (à República) os direitos fundamentais que protegem de fato a liberdade. Trata-se, portanto, de uma reabilitação jurídica do Estado, concebido como “estado de natureza” do homem.<sup>40</sup> Essa reabilitação jurídica vai conduzir Fichte nos seus escritos de 1806-1807 e mais especificamente na série de conferências feitas em Berlim em 1813 (*Die Staatslehre*, publicada em 1820)<sup>41</sup> a reforçar cada vez mais o papel do Estado.<sup>42</sup>

Se no *Fundamento do Direito Natural*, Fichte afirmava, em perfeito acordo com Kant, que o homem só se torna homem entre os homens e que os indivíduos

<sup>36</sup> Ibidem, pp. 59-60.

<sup>37</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, p. 344 e pp. 455-458. Ver também K. Hammacher, “Comment Fichte accède à l’histoire”, *Archives de Philosophie*, T. 25, Nos. 3/4 (1962), pp. 388-440; H. Vergniolle de Chantal, “Une oeuvre peu connue de Fichte: les ‘Caractéristiques du temps présent’”, *Revue philosophique de la France et de l’Etranger*, T. 171, No. 3 (1981), pp. 273-281.

<sup>38</sup> J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* [1796-1797]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (1796-1797) [citado: FDN], Paris: PUF, 1984. Todas as nossas referências são a esta tradução.

<sup>39</sup> P.-Ph. Druet, *Fichte*, p. 84.

<sup>40</sup> J. G. Fichte, *Fondement du droit naturel*, p. 163.

<sup>41</sup> J. G. Fichte, *Die Staatslehre* [1820]. Tradução francesa de Jean-Christophe Goddard (com uma Introdução de Marc Maeschalck): *La doctrine de l’État (1813)*, Paris: Vrin, 2006.

<sup>42</sup> P.-Ph. Druet, *Fichte*, pp. 86-96.

só se tornam homens pela educação (FDN, pp. 54-55), em nenhum momento era atribuído ao Estado o papel de educador da humanidade. Fichte limitava-se a dizer que cabe aos pais educar os seus filhos e ao Estado garantir necessariamente aos pais as condições de possibilidade dessa educação (FDN, pp. 368-372). A educação era, nesse contexto, solidária da descoberta da liberdade em sua pureza não apenas como condição da possibilidade da doutrina-da-ciência, mas também como condição de sua compreensão:

“Quando na educação, desde a mais tenra juventude, o fim principal e a meta visada for desenvolver apenas a força interior do aluno, e não imprimir-lhe uma direção; quando se começar a formar o homem para seu próprio uso e como instrumento de sua própria vontade, e não como instrumento inanimado para ser formado por outros, então a doutrina-da-ciência será universalmente inteligível e facilmente inteligível”.<sup>43</sup>

O Estado permanece, nessa obra, um meio e não um fim absoluto. Por um lado, Fichte separa o direito da moral e, por outro lado, separa o direito da história. A doutrina do direito “deve ser uma ciência específica e autônoma” (FDN, p. 26) e, enquanto tal, esta obra de Fichte pode ser considerada, e ela é considerada por Renaut como a primeira “teoria pura do direito”.<sup>44</sup> A dissociação entre direito e moral está ligada à preocupação política de garantir a realização da comunidade jurídica (o conceito de direito torna-se real e designa uma comunidade de seres livres), mas também ao fato de que Fichte não toma mais como ponto de partida o indivíduo como ser isolado a sós com a sua consciência, mas o indivíduo como “conceito recíproco” ou como “interpersonalidade”. Não é possível deduzir o conceito de direito, isto é, “o conceito da relação necessária de seres livres uns com os outros” a partir da lei moral (FDN, pp. 68-69). Essa separação do direito e da moral permite a Fichte redefinir o direito natural – tratar-se-ia de um “conceito abstrato”, um conceito que não possuiria “uma significação real”, ou seja, uma simples *ficção* (FDN, pp. 126-127). Só podemos falar em *direito natural* ou de qualquer relação jurídica possível entre homens “numa comunidade e sob leis positivas” (FDN, p. 162). Mas isso não significa que, ao negar agora a existência de uma esfera pré-política do direito, Fichte abandona ou recusa o tema dos direitos humanos. O Estado ele próprio torna-se “o estado de natureza do homem” e as suas leis devem ser “o direito natural realizado” (FDN, p. 163). O homem passa a ser definido como *ser de direito*: o verdadeiro direito do homem consiste na possibilidade de adquirir direitos (*die Möglichkeit sich Rechte zu erwerben*) (FDN, pp. 393-394).<sup>45</sup> Apesar de ser totalmente autônoma no seu mecanismo, a esfera jurídica não é autossuficiente no que diz respeito à justificação de sua existência: é a lei moral que dá, de fato, à regra jurídica da limitação recíproca das liberdades o seu valor e a sua justificação. O direito permanece, portanto, *quanto ao seu valor*, subordinado à moral.

<sup>43</sup> J. G. Fichte, “Zweite Einleitung in die Wissenschaftslehre, für Leser, die schon ein philosophisches System haben” (*Segunda Introdução à Doutrina da Ciência para leitores que têm já um sistema filosófico*) [1797], in: Johann Gottlieb Fichte’s *sämmtliche Werke*, I, Berlin: Veit & Comp, 1845, p. 507.

<sup>44</sup> A. Renaut, *Le système du droit*, p. 222.

<sup>45</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 216-217.

A relação entre direito e moral é invertida: o direito torna-se a condição indispensável da moralidade e o Estado é agora o meio necessário para realizar a moralidade.<sup>46</sup> A liberdade de pensar não é mais considerada como um *direito*: tanto a liberdade de pensar como a liberdade de consciência dizem respeito a um outro tribunal, o da consciência moral individual que possui *deveres* e não direitos (FDN, p. 70).

A relação do direito e da história não pode ser separada da concepção prática da história defendida por Fichte. Fundar o direito no movimento da história significaria não apenas fazer do homem um mero instrumento de um plano universal (providência ou natureza), mas também impossibilitaria a distinção entre o *direito* e o *fato*.<sup>47</sup> Uma vez que o problema a ser solucionado é o da realização do direito, sem recorrer a uma boa vontade ou a uma razão na história, isto é, sem sair da esfera jurídica, Fichte remete o direito exclusivamente ao funcionamento da máquina política, o que explica o privilégio do direito político nessa obra.<sup>48</sup>

Explicitamente, a doutrina do direito político apresenta-se como devendo solucionar a antinomia entre a lei jurídica e uma consequência deduzida dessa mesma lei: por um lado, a lei jurídica garante a autonomia do indivíduo em relação ao Estado, por outro lado, essa mesma lei jurídica exige a reabsorção do indivíduo no Estado (FDN, pp. 116-117). Esta antinomia é interpretada por Renaut como a antinomia entre a tradição liberal e a tradição absolutista e pode ser reduzida no nível lógico, segundo ele, a uma oposição de subcontrárias.<sup>49</sup>

Toda a sua leitura do *Fundamento do Direito Natural* consiste em justificar a seguinte hipótese: “a síntese que Fichte busca em 1796-1797, como solução da antinomia do direito político, é a síntese republicana”<sup>50</sup> e, ao justificar essa hipótese, ele explicita o que está em jogo na tese do liberalismo e na antítese do absolutismo. O individualismo seria para ele a raiz comum dessas duas tradições; o modo como é compreendido o estado de natureza (paz ou guerra) determina a opção em favor da tese ou da antítese.<sup>51</sup> Segundo Renaut, Fichte teria construído a primeira teoria do direito que consegue livrar-se do que predeterminava o conteúdo de todas as doutrinas modernas do direito: a opção individualista e a determinação, positiva ou negativa, do estado de natureza. É ele o teria feito ao elaborar uma teoria da soberania absoluta da lei (a lei é considerada aqui como uma ação), uma teoria do direito na qual a possibilidade de uma ação numa comunidade equivaleria à sua legalidade (teríamos, assim, uma sociedade transparente em relação ao Estado), uma teoria que opera, por meio do dogma republicano da soberania da lei, a síntese entre liberalismo e absolutismo.<sup>52</sup> O tema do contrato social ocuparia nessa teoria o lugar de mediação entre o conceito universal de uma comunidade fundada na soberania da vontade geral e a prática política. Fichte teria transformado esse tema num *esquema* e, ao fazê-lo, conferiu-lhe um estatuto inédito nas teorias contratualistas, um estatuto que lhe permitiu, dizia Renaut,

<sup>46</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, p. 250; e P-Ph. Druet, *Fichte*, pp. 74-83.

<sup>47</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 243-247.

<sup>48</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 248-252.

<sup>49</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 273-283.

<sup>50</sup> A. Renaut, *Le système du droit*, p. 261.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>52</sup> Ver A. Renaut, *Le système du droit*, pp. 371-401.

não cair no individualismo político. Ao fornecer ao conceito de vontade geral a imagem de árvore que figura o Estado como totalidade orgânica, o esquema contratualista manifesta, para Renaut, “a identidade *liberal-socialista* da síntese buscada”.<sup>53</sup> Não nos cabe aqui analisar os méritos desta leitura.

Para Philonenko, a verdadeira originalidade de Fichte nessa obra consistiria em sua nova concepção da propriedade: não se trata mais de um direito pré-político, mas de uma *atividade* livre (um trabalho que dá o *direito à vida*) definida pelo Estado. O direito de propriedade significa que “todo homem deve poder viver de seu trabalho” (FDN, p. 223). O direito de propriedade não é mais considerado como um direito substancial e essa nova concepção funcionalista da propriedade seria a origem do livro *Der geschlossene Handelsstaat* (1800), uma obra na qual Fichte orienta-se nitidamente, segundo Philonenko, em direção a uma concepção socialista do Estado, conforme os mais avançados ideais da Revolução Francesa, em particular os de Babeuf, uma concepção que será retomada por Jean Jaurés, em 1892, na sua tese *Les origines du socialisme allemand*.<sup>54</sup>

Para Druet, o *Fundamento do Direito Natural* oscila constantemente entre os polos opostos do totalitarismo e do liberalismo, do universalismo e do individualismo:

“Fichte sempre se mostrou de fato o adversário da democracia política e o caloroso partidário da democracia socioeconômica. Essa ambivalência em relação à democracia só poderia dar origem a um pensamento conflitante, enquanto o filósofo tentava estabelecer um sistema democrático global. A contradição desaparecerá, pelo contrário, quando a democracia política será sacrificada à democracia social, quando Fichte terá descoberto que o autoritarismo é o mais seguro garante da igualdade econômica e social”.<sup>55</sup>

Em 1804, com o estabelecimento do Império e a coroação de Napoleão, “o homem sem nome” como o denominava Fichte<sup>56</sup>, termina, por parte deste filósofo, a sua legitimação da Revolução Francesa e a sua reabilitação jurídica da República. A Revolução de 1789 foi traída, não pode nem mesmo ser considerada uma ditadura justa. Trata-se agora, no nível dos princípios de uma pragmática política, de escolher e de preparar uma resistência prudente, uma resistência que consiste em grande parte na proposta de uma educação nacional. E é nesse contexto, segundo Philonenko, que os *Reden an die deutsche Nation (Discursos à nação alemã)* [1807-1808]<sup>57</sup>, deveriam ser lidos.<sup>58</sup>

Fichte traiu a Revolução ou simplesmente quis ser fiel a si mesmo? A explicação da evolução política de Fichte teria de levar em conta o conjunto de

<sup>53</sup> A. Renaut, *Le système du droit*, p. 428.

<sup>54</sup> Ver A. Philonenko, *L'oeuvre de Fichte*, Paris: Vrin, 1984, pp. 52-53.

<sup>55</sup> P.-Ph. Druet, *Fichte*, p. 83.

<sup>56</sup> Ver P.-Ph. Druet, *Fichte*, pp. 107-120.

<sup>57</sup> J. G. Fichte, *Reden an die deutsche Nation* [1807-1808]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Discours à la nation allemande*. Paris: Imprimerie Nationale, 1992. Ver M. Maeschalk, “Fichte et la question nationale”, *Archives de Philosophie*, T. 59, No. 3 (1996), pp. 355-380.

<sup>58</sup> Ver A. Philonenko, *L'oeuvre de Fichte*, pp. 175-209.

sua obra e mais especificamente a sua última filosofia da história. Se o que se busca ainda, ao questionar as razões de ser das sociedades políticas contemporâneas, é uma efetiva universalização dos direitos humanos, cabe perguntar se a volta a Fichte, hoje, é precipitada ou, ao contrário, realmente fecunda.

## Referências bibliográficas

- BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France* and on the proceedings in certain societies in London relative to that event. In a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris. London: Dodsley, 1790. Tradução francesa de Pierre Andler: *Réflexions sur la révolution de France, suivie d'un choix de textes de Burke sur la Révolution*. Paris: Hachette Littératures, 2004.
- DRUET, Pierre-Philippe. *Fichte*. Paris: Seghers, 1977.
- FERRY, Luc. *Philosophie politique*, vol. 2. Paris: PUF, 1984.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Beiträge zur Berichtigung der Urtheile des Publikums über die französische Revolution* [1793-1794]. Tradução francesa de Jules Barni: *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la révolution française* [1858]. Paris: Payot, 1974 (com uma longa apresentação de Marc Richir, pp. 7-74).
- \_\_\_\_\_. *Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten* [1794]. Tradução francesa de Jean-Louis Vieillard-Baron: *Conférences sur la destination du savant (1794)*. Paris: Vrin, 1980 (2ª. ed. corrigida).
- \_\_\_\_\_. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* [1796-1797]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (1796-1797). Paris: PUF, 1984.
- \_\_\_\_\_. “Zweite Einleitung in die Wissenschaftslehre, für Leser, die schon ein philosophisches System haben” [1797], in: Johann Gottlieb Fichte’s *sämmtliche Werke*, I, Berlin: Veit & Comp, 1845, pp. 451-518.
- \_\_\_\_\_. “*Sur Machiavel écrivain et sur des passages de ses oeuvres*” (1807) [tradução francesa de Alain Renaut], in *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques de 1806-1807*. Tradução francesa de Luc Ferry e Alain Renaut. Paris: Payot, 1981, pp. 37-86.
- \_\_\_\_\_. *Reden an die deutsche Nation* [1807-1808]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Discours à la nation allemande*. Paris: Imprimerie Nationale, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Die Staatslehre* [1820]. Tradução francesa de Jean-Christophe Goddard (com uma Introdução de Marc Maesschalck): *La doctrine de l'État (1813)*. Paris: Vrin, 2006.
- HAMMACHER, Klaus. “Comment Fichte accède à l’histoire”, *Archives de Philosophie*, T. 25, Nos. 3/4 (1962), pp. 388-440.
- KANT, Immanuel. *Kritik der Urteilskraft* [1790]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Critique de la faculté de juger*. Paris: Aubier, 1995.
- LEON, Xavier. *Fichte et son temps*, T. I. Paris: A. Colin, 1922; T. II, Parte 2, 1924.
- MAESSCHALK, Marc. “Fichte et la question nationale”, *Archives de Philosophie*, T. 59, No. 3 (1996), pp. 355-380.
- PHILONENKO, Alexis. *Théorie et Praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*. Paris: Vrin, 1976 (2a. ed.).
- \_\_\_\_\_. *Loeuvre de Fichte*. Paris: Vrin, 1984.
- RENAUT, Alain. *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*. Paris: PUF, 1986.
- REHBERG, August Wilhelm. *Untersuchungen über die französische Revolution*. Hannover e Osnabrück: Christian Ritscher, 1793. Tradução francesa de Lukas K. Sosoe: *Recherches sur la Révolution Française*. Paris: Vrin, 1998.
- RODRIGUES TORRES FILHO, Rubens. *O espírito e a letra*. A crítica da imaginação pura em Fichte. São Paulo: Ática, 1975.
- \_\_\_\_\_. “O dia da caça” (1976), in *Ensaio de Filosofia Ilustrada*, São Paulo: Brasiliense, 1987, pp. 11-24.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. “Política e História” (1987), in *Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura*, São Paulo: Loyola, 1988, pp. 250-256.
- VERGNIOLLE DE CHANTAL, Henri. “Une oeuvre peu connue de Fichte: les ‘Caractéristiques du temps présent’”, *Revue philosophique de la France et de l’Etranger*, T. 171, No. 3 (1981), pp. 273-281.



# A soberania, o Estado e sua conceituação

---

Rubens Beçak<sup>1</sup>

## Resumo

Constitui tarefa difícil a conceituação de Estado, sendo necessário para tal que analisemos o seu surgimento e sua evolução histórica.

Neste sentido, indispensável também a análise da soberania, partindo da coexistência ainda na Idade Média daquelas senhorial, real e papal, também sendo de se referir a imperial.

Deste cenário, virá a prevalecer a soberania real, *paripassu* à afirmação da autoridade dos Estados.

Neste diapasão, a reconceituação da soberania se fez, sobretudo com a visão contratualista, mais tarde inserida na ambiência constitucional.

A conceituação do Estado, dificultosa por natureza, recebe significativo tratamento doutrinário, sendo de se notar a contribuição de Dalmo de Abreu Dallari.

**Palavras-chave:** Surgimento do Estado; soberania; conceituação; dificuldades; a contribuição de Dalmo de Abreu Dallari.

## Abstract

It's a difficult task have a conceptualization of state as it it's necessary to analyze its emergence and historical development.

In this sense it's essential also have the sovereignty analysis starting on the coexistence still in the Middle Ages of the ones feudal, royal, papal and imperial.

In this scenario we will see the prevalence of the royal sovereignty in parallel of the states affirmation.

In this way, the reconceptualization of sovereignty was made possible especially with the contractarian view later inserted in the constitutional ambience.

The conceptualization of the state, receives significant doctrinal treatment this is to note the contribution of Dalmo de Abreu Dallari.

**Keywords:** Emergence of the State; sovereignty; conceptualization; difficulties; the contribution of Dalmo de Abreu Dallari.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e na Faculdade de Direito (Pós-graduação); Secretário Geral da Universidade de São Paulo.



Observar-se-á, e a historiografia, a ciência política, a filosofia e o direito são prolíficos na produção de obras que abordam o tema, a coexistência de três “soberanias”, ou para outros, quatro “soberanias”.

São elas, a “soberania real”, já definida como tradicional, a senhorial (de matriz feudal, tão importante que até dá nome ao período histórico) e a papal.<sup>4</sup> Também, como já referido, uma quarta “soberania”, aquilo que foi definido como “ficção imperial”,<sup>5</sup> aquela exercida pelo Sacro Império Romano Germânico.

A controvérsia do poder real com o senhorial se funda basicamente na tentativa de exercício de um poder com origens históricas muitas vezes imemoriais frente à vontade particular do Senhor, nos limites de suas propriedades.

Aquela que opunha a autoridade papal a dos senhores reais residia na acepção da Igreja como “guia das mentes terrenas”. É a concepção idealizada e extremamente presente nos escritos daquele período, de fundação da *respublica christiana*. Esta é entendida como a única possibilidade de obtenção de um Reino Universal firmado na paz e coexistência de todos os povos.<sup>6</sup> Refira-se aqui a importante obra de Beaumanoir, “*Coutumes de Beauvaisis*”.<sup>7</sup>

O “quarto” poder, o imperial, decorria da unção a Carlos Magno, em 800 d.C., da missão de cuidar da herança romano-cristã.

Desta ambiência relatada de forma resumida é que decorrerá a necessidade de conceituação da soberania. Se até então inquestionavelmente existia, não havia surgido a necessidade de sua conceituação, sobretudo considerando-se que não era disputada.

Neste cadinho de conflitos que, não raramente, redundavam em guerras extremamente sangrentas, vamos ver aparecer um número de obras significativo cuidando do tema, dos quais não podem escapar as de Egídio Colona, defendendo a supremacia papal, e João de Paris, a real.

Se podemos dizer que a Igreja vai atingir o auge de seu poder com Inocêncio III (1198-1216), o papa que intervinha em tudo e todas as partes, a situação vai refluir muito um século depois, com Felipe, o Belo, da França.

É com ele e a submissão do papado ao seu poder, com a transferência realizada para Avignon, em 1308 (o denominado “cativeiro da Babilônia”), que perceber-se-á a afirmação do poder real.

São desta época as importantes obras de Marsílio de Pádua, “*Defensor Pacis*”, escrita entre 1320-24 e de Guilherme de Ockham, “*Dialogus*” de 1331-38.

A teoria papal das “duas espadas”, i. e., a submissão da espada real, terrena, à milenar, espiritual, transposta em paradigma pela bula de Bonifácio VIII “*Unan Sanctam*”, encontrava oposição firme, imposta muitas vezes, pela vontade das armas.

<sup>4</sup> Cf. LEWANDOWSKI, 2004, op. cit., p. 203-205.; DALLARI, 2012, op. cit., p. 8 e ss, sobretudo p. 83.

<sup>5</sup> Cf. LEWANDOWSKI, 2004, op. cit., p. 205.

<sup>6</sup> Cf. LEWANDOWSKI, 2004, op. cit., trazendo Alighieri e sua obra “*De Monarchia*”, p. 207.

<sup>7</sup> Cf. BEAUMANOIR *apud* JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.



Rousseau,<sup>10</sup> por outro lado, definido como “radical” por suas posições, notadamente aquela muito conhecida referentemente ao entendimento da impossibilidade da divisão no exercício do poder, pois isto configuraria divisibilidade do exercício da própria soberania, é aquele que teve a sua imagem mais associada à conceituação da soberania do povo.

Por outro lado, o “triunfo” da ideia montesquiana da divisão e atribuição do poder, a denominada Teoria da Separação dos Poderes, fará refluir o debate sobre a soberania, concentrando-se mais no seu exercício, com a fórmula do Castelão vindo a ser consagrada no famoso art. 16 da Constituição Francesa de 1791.<sup>11</sup>

Antes mesmo, refira-se, já vinha a mesma destacada na Constituição Americana de 1787, com a mesma organização dos poderes.<sup>12</sup>

Se a questão da divisão do poder e sua atribuição é importante e já nos ocupamos em outros trabalhos,<sup>13</sup> ela deve ser, considerando-se os limites deste trabalho, deixada de lado.

O que é de se notar é que, na esteira da influência dos escritos do Abade Emmanoel-Joseph Sieyès, a Constituição de 1791 vem a adotar a fórmula da soberania depositada na nação,<sup>14</sup> conceito que, como é tradicional nos ensinamentos de Dallari, é limitativo e, nos dias de hoje totalmente abandonado do ponto de vista científico.

O fato é que já nas constituições revolucionárias subsequentes e em todas as outras<sup>15</sup> (excetuando-se a da Restauração de 1814), a conceituação passa a consignar o povo como aquele detentor de soberania.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. Lourdes Santos Machado. In: *Do contrato social e outros escritos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

<sup>11</sup> Célebre texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, presente na Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791: *Article 16. - Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Cf. FRANCE. *Constitution de 1791*. Assemblée Nationale. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>>. Acesso em 27 de maio de 2012.

<sup>12</sup> Articles I, II e III da Constituição. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution of United States*. In: HEFFNER, Richard D.; HEFFNER, Alexander. (Org.) *A Documentary History of the United States*. New York: Signet, 2009.

<sup>13</sup> Cf. BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008.; Estado de direito, formas de Estado e Constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*. nova fase. v. 3, 2007.; Instrumentos de democracia participativa. In: *Revista de Ciências Jurídicas – UEM*, v. 6 n.2, p. 143-153, jul-dez. 2008.; O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político. In: *Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*. (Salvador, 19-21. jun. 2008).

<sup>14</sup> Cf. LEWANDOWSKI, 2004, op. cit., p. 228-229.

<sup>15</sup> Constituições Francesas de 1795, 1799, 1804, 1830, 1848, 1870, (leis constitucionais de) 1875, 1946 e 1958.

<sup>16</sup> Para uma explanação acerca das teorias sobre a soberania, cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 88-89.



Já no grupo que prefere ver a fundamentação pelo prisma jurídico, Dallari realça a força dos autores italianos sobre o tema. Para esta corrente, apesar de existirem outros fatores para além dos jurídicos, todos estes possuem existência independentemente do Estado.

Apesar de não ignoradas, não são compreendidas como elementos que venham a conceituar o Estado antes de estarem integrados numa ordem jurídica.<sup>22</sup>

Nesta linha e grupo destacam-se Ranalletti e Del Vecchio. Para o primeiro, o conceito seria “um povo fixado num território e organizado sob um poder supremo originário de império, para atuar com ação unitária os seus próprios fins coletivos.”<sup>23</sup>

Para Del Vecchio, “a unidade de um sistema jurídico que tem em si mesmo o próprio centro autônomo e que é possuidor da suprema qualidade de pessoa”.<sup>24</sup>

Dallari acentua que, para esta parcela de pensadores, a noção jurídica de Jellinek é fundamental, no entendimento de que o Estado estabelece a ordem coativa normativa da conduta humana.<sup>25</sup>

## A contribuição de Dalmo Dallari

Dalmo Dallari critica como incompletas as visões conceituais até então havidas, entendendo que dão ideia insuficiente do Estado.<sup>26</sup>

Prefere assim conceituar Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>27</sup>

Presentes assim todos elementos necessários, abordando o exercício do poder decorrente da soberania, característica da ordem jurídica. No seu dizer, a “politicidade” fica afirmada na referência ao bem comum, “com a sua vinculação a um certo povo”, limitando-se a ação jurídica e política do Estado pela referência à territorialidade.<sup>28</sup>

## Considerações finais

O presente artigo procurou trabalhar os aspectos básicos e a evolução de dois elementos básicos à Teoria Geral do Estado, a saber, a soberania e o Estado.

Partindo de uma verificação histórica da existência da soberania desde sempre, para uma sua delimitação secular que vai se afirmar, verifica-se a sua concepção como sua delimitação secular que vai se afirmar, verifica-se a sua concepção como algo que passa a ser elemento intrínseco da própria noção de Estado.

<sup>22</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 120-121.

<sup>23</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 121.

<sup>24</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 121.

<sup>25</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 121.

<sup>26</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 122.

<sup>27</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 122.

<sup>28</sup> Cf. DALLARI, 2012, op. cit., p. 122.





# A União Europeia – Uma estrutura dinâmica

---

Dora Resende Alves<sup>1</sup>

## Resumo

A adesão da República da Croácia serve de mote a uma apresentação das variadas facetas que caracterizam a União Europeia nos dias de hoje e tal como se apresenta ao mundo. Para além da gênese das Comunidades Europeias até à atual União Europeia, abordam-se diversos aspectos que a tornam uma organização de integração muito própria.

**Palavras-chave:** Comunidades Europeias; União Europeia; símbolos.

## Abstract

The accession of the Republic of Croatia gives the tone to a presentation of the various aspects that characterize the European Union today, and as presented to the world. In addition to the origins of the European Communities to the European Union today, to discuss various aspects that make this integration organization of its own.

**Keywords:** European Communities; the European Union; symbols.

## Introdução

A adesão da Croácia serve de propósito para uma breve caracterização da União Europeia atual. A República da Croácia constitui o 28º país a aderir, em 1º de julho de 2013, à União Europeia numa dinâmica de alargamentos (este é o sétimo) pensada desde as primeiras palavras, em 1950, sobre a criação desta organização de Estados com características inovadoras que a tornam e mantém única no mundo.

Esta adesão não acontece num contexto económico fácil, seja da parte da UE seja da parte da Croácia, 20 anos após a declaração de independência e cerca de oito anos após a apresentação do pedido de adesão à UE, em 21 de fevereiro de 2003, mas, para a Croácia, é um momento histórico ao concluir com êxito as negociações de adesão à EU. A sua adesão tornará a UE mais forte, enriquecerá a cultura e o património europeus e dará um importante contributo para a manutenção da credibilidade e dinâmica do processo de alargamento<sup>2</sup>.

A política de alargamentos continua válida para garantir a paz e a estabilidade na Europa, mas as dificuldades de integração em momentos anteriores e o contexto económico fazem com que os candidatos seguintes tenham que esperar largos anos para concretizar uma adesão.

---

<sup>1</sup> Mestre e doutoranda em Direito e professora auxiliar convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Contato: dra@upt.pt .

<sup>2</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 165 E/03, JOUE C 165 E de 11.06.2013, p. 19.



membros fundadores que aderiram ao projeto e assinaram o Tratado foram: França (*Jean Monnet e Robert Schuman*), Alemanha (*Konrad Adenauer*), Itália (*Alcide de Gasperi*), Bélgica (*Paul-Henri Spaak*), Holanda (*Joseph Luns*) e Luxemburgo (*Joseph Bech*)<sup>9,10</sup>

Um pouco mais tarde, em 25 de março de 1957, foram criadas a Comunidade Europeia da Energia Atômica (C. E. E. A. ou Euratom), para o desenvolvimento pacífico da energia atômica, e a Comunidade Econômica Europeia (C. E. E.), organização europeia de integração geral, pelos Tratados de Roma, que entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958, com os mesmos países fundadores.

Nasceram assim as Comunidades Europeias.

Todos os países europeus podem aderir a esta organização desde que adotem valores de paz e solidariedade, respeito pelos direitos humanos, em democracia, com a concordância dos restantes membros<sup>11</sup>, com objetivos de desenvolvimento econômico e social e no equilíbrio ambiental e regional, únicos garantes de uma repartição equilibrada do bem-estar entre os cidadãos.

Cada Estado membro mantém a sua cultura, os seus hábitos, a sua língua e, eventualmente, a sua moeda. Mas todos os seus nacionais são cidadãos europeus e gozam das liberdades de circulação<sup>12</sup>.

Os tratados institutivos não permaneceram inalterados ao longo de todos estes anos. Ocorreram revisões que permitiram a evolução e a integração comunitárias.

Em 17 e 28 de fevereiro de 1986, ocorre a assinatura, em Luxemburgo e em Haia, do Ato Único Europeu, com esta designação porque no mesmo ato se procedeu à revisão dos Tratados CECA, CEE e CEEA, entrando em vigor em 1º de julho de 1987. Constituiu a primeira grande revisão dos Tratados<sup>13</sup>. Fixou medidas para coordenar a política monetária dos Estados membros, abrindo caminho à União Econômica e Monetária e previu a criação do mercado interno para 1º de janeiro de 1993.

Em 7 de fevereiro de 1992, na sequência das conferências intergovernamentais, é assinado na cidade holandesa de Maastricht o Tratado da União Europeia, segunda grande revisão dos Tratados, que cria uma nova entidade: a União Europeia<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Estes três países: Bélgica, Holanda e Luxemburgo, já tinham estabelecido a Benelux, pensada em 1932 pela Convenção de Ouchy, reafirmada em 1944 e concretizada em 1948, união aduaneira desde 1938 aprofundada pelo Tratado da União Económica do Benelux de 1958 - ver artigos 306º do TCE e o já revogado 19º, nº 1, do TCEE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 350º do TFUE.

<sup>10</sup> Os países podem pertencer simultaneamente a diversas organizações internacionais, para os mais variados fins e de diversa natureza: Portugal pertencia, em outubro de 2007, a 88 organismos internacionais.

<sup>11</sup> Ver artigos 49º e 6º TUE, na nova redação pelo Tratado de Lisboa.

<sup>12</sup> Ver artigos 20º a 25º do TFUE.

<sup>13</sup> Por tratado internacional, diferente do processo solene hoje previsto no artigo 48º do TUE, na versão do Tratado de Lisboa.

Texto no JOCE L 169 de 29.06.1987.

<sup>14</sup> Texto em JOCE C 224 de 31.08.1992.



Convenção<sup>19</sup>. O mandato de Laeken atribuiu à Convenção a discussão dessas questões e a apresentação de um documento para servir de base à Conferência Intergovernamental (CIG) seguinte.

O início dos trabalhos da Conferência Intergovernamental (CIG) aconteceu em 4 de outubro de 2003, entre os 25 membros da CE, em Roma, para negociar as alterações a introduzir numa nova reforma dos Tratados. Culmina o “processo constitucional pós-Nice”, com a redação de uma Constituição Europeia e definição das competências nacionais e das instituições.

Em 29 de outubro de 2004, ocorre a assinatura pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros do Tratado Constitucional, em Roma, na Sala dos Horácios e Curiáceos do Capitólio<sup>20 21</sup>.

Em 16 de janeiro de 2005, ocorreu a publicação no Jornal Oficial do texto completo da Constituição Europeia com todos os Protocolos e Declarações anexos em 465 páginas (JOUE C 310 de 16.01.2005), mas face aos referendos negativos na França e na Holanda, no Conselho Europeu de Bruxelas, Bélgica de 16 e 17 de junho de 2005, ponderou-se alongar os prazos para adoção do texto do Tratado Constitucional.

Não tendo sido ratificado por todos os Estados signatários, o projeto foi abandonado.

Antes da presidência alemã do Conselho Europeu no primeiro semestre de 2007, decorria a presidência da Finlândia no segundo semestre de 2006, e ainda se admitia possível salvar o texto do Tratado Constitucional, solução que foi perdendo apoios. Por ocasião do 50º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma, em 25 de março de 2007, a adoção da Declaração de Berlim, comedida, refere apenas que a União deveria adotar uma base comum renovada antes do início do novo ciclo político, marcado pelas eleições parlamentares de 2009<sup>22 23</sup>.

Em 21 e 22 de junho de 2007, no Conselho Europeu em Bruxelas, Bélgica, ainda sob a presidência alemã com Angela Merkel, sente-se já a urgência dos líderes europeus para encerrarem o período de reflexão em que a União Europeia permaneceu após o referendo negativo de dois dos países fundadores ao projeto de uma Constituição Europeia, desde maio e junho de

<sup>19</sup> Em 28 de fevereiro de 2002, são inaugurados os trabalhos da Convenção Sobre o Futuro da Europa, em Bruxelas, com a participação de Estados membros, instituições comunitárias e países candidatos. O Presidente é Valéry Giscard d'Estaing, antigo Presidente da República Francesa, os Vice-Presidentes Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene. Foram 105 representantes dos governos e parlamentos dos Estados membros e dos 13 países candidatos à adesão (39 representantes) (15 + 13 = 28 países), para dentro de um ano apresentarem uma proposta de Constituição para a Europa.

<sup>20</sup> Texto da Constituição Europeia em JOUE C 310 de 16.12.2004.

<sup>21</sup> Ficou previsto um prazo de 2 anos para a sua ratificação por todos os Estados signatários, alargado para 2009 face a referendos negativos em alguns processos de ratificação.

<sup>22</sup> As eleições para o Parlamento Europeu, nos termos do artigo 190º do TCE. Novos artigos 14º nº 3, do TUE e 223º do TFUE.

<sup>23</sup> Ver “O impasse político europeu: desalfandegar a Constituição Europeia” de António Goucha Soares in: *50 anos do Tratado de Roma*. 2007, p. 50.









## Território

O território da União Europeia estende-se hoje por mais de quatro milhões de quilómetros quadrados, metade da superfície dos E.U.A.

O maior país, a França, com 544 milhares de km<sup>2</sup>, até ao mais pequeno, Malta, com 0,3 milhares de km<sup>2</sup>.<sup>38</sup>

Formadas em 1951 e 1957 com seis países fundadores, a França, a República Federal da Alemanha (R.F.A.), a Itália, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo, as Comunidades Europeias alargaram o seu território sucessivamente a 9, 10, 12, 15 e 25 países europeus. Seguiram-se mais dois em 2007, num total de 27, e agora a Croácia em 2013, ficando 28, mas as candidaturas de outros países continuam em negociação.

Em 22 de janeiro de 1972, com a adesão do Reino Unido<sup>39</sup>, da Dinamarca e da Irlanda<sup>40</sup>, pelos Tratados de Bruxelas, concretiza-se o primeiro alargamento<sup>41</sup> das Comunidades. Entrou em vigor em 1º de janeiro de 1973<sup>42</sup>.

Em 28 de Maio de 1979, pela adesão da Grécia com o Tratado de Atenas, a entrar em vigor em 1 de janeiro de 1981, dá-se o segundo alargamento das Comunidades<sup>43</sup>.

Em 12 de junho de 1985, a adesão de Portugal<sup>44</sup> e da Espanha<sup>45</sup>, pelos Tratados de Lisboa e de Madrid, assinados um de manhã nos Jerónimos, em

<sup>38</sup> Ver descrição dos dados de cada país em SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. “As convenções de Lomé no contexto da política de cooperação para o desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia” in *Revista Africana*. 2002, Anexos II e III, pp. 204 a 207.

<sup>39</sup> O Protocolo 22 anexo aos atos de adesão do Reino Unido de 1972 oferecia a 20 países independentes da *Commonwealth* a possibilidade de negociar a organização de futuras relações com a C.E.E.. Esta possibilidade acabou por se estender aos Estados independentes da África não membros da *Commonwealth* nem do grupo E.A.M.A.. Serão os países da África, Caraíbas e Pacífico - A.C.P. – pelo Acordo de Georgetown, de julho de 1973.

<sup>40</sup> A Irlanda apresentara o seu pedido oficial de adesão em 31 de julho de 1961, o Reino Unido em 9 de agosto e a Dinamarca no dia 10. A Noruega em 30 de abril de 1962. O veto do General *De Gaulle*, Presidente da República Francesa, impediu a adesão do Reino Unido em 14 de janeiro de 1963 e ficaram suspensas as negociações com todos os países candidatos. O Reino Unido voltou a apresentar novo pedido em 11 de maio de 1967, a que se seguiram os pedidos dos outros países. Mantém-se a discordância do General *De Gaulle* em 27 de novembro de 1967. Só em 30 de junho de 1970 se iniciam as negociações com os quatro candidatos.

<sup>41</sup> Ver o artigo 49º do TUE, na redação pelo Tratado de Lisboa.

<sup>42</sup> Sem a Noruega, que não ratificou o Tratado por ocasião de um referendo negativo de 25 de julho e declaração de 9 de outubro de 1972.

<sup>43</sup> A candidatura da Grécia fora em 8 de junho de 1959 e o início das negociações para a sua associação em 10 de setembro de 1959. Depois interrompidas, volta a apresentar a sua candidatura em 12 de junho de 1975.

<sup>44</sup> O pedido de adesão de Portugal às Comunidades Europeias foi apresentado em 28 de maio de 1977, iniciando-se o processo em 5 de abril de 1978. A apreciação favorável da Comissão foi concedida em 8 de maio de 1978 e a aprovação do Conselho em 6 de junho de 1978. As negociações iniciaram-se em 17 de outubro de 1978 e concluíram-se em março de 1985.

<sup>45</sup> Com o parecer favorável da Comissão de 29 de novembro de 1978, as negociações iniciaram-se em 5 de fevereiro de 1979.









## Referências bibliográficas

- 50 Anos do Tratado de Roma*. Quis Iuris Editora, 2007. ISBN 978-972-724-358-7.
- ALVES, Dora Resende. *Cronologia da construção europeia comunitária*. Policopiado. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Abril, 2012, 106 páginas.
- \_\_\_\_\_. “50 anos de Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.)” in *Revista Jurídica*. Nº 9. Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique. 2002, pp. 127 a 131. ISSN 0874-2839.
- \_\_\_\_\_. “Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de dezembro de 2007” in *Revista Jurídica*. Nº 13. Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique. 2008, pp. 27 a 40. ISSN 0874-2839.
- \_\_\_\_\_. “O dia da Europa – Um olhar sobre a União Europeia” in *Revista DeIure*, Revista do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no Brasil, Vol 12, nº 20, (jan/jun 2013) pp. 23 a 53, ISSN 1809-8487.
- \_\_\_\_\_. “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, nº 9, 2012, pp. 269 a 284. ISSN 1518-8167.
- Enciclopédia do Estudante*. Vol. 12 – Geografia Descritiva. Público, 2008. ISBN 978-972-761-825-5.
- Fatos e números essenciais sobre a Europa e os europeus*. Serviço de Publicações Oficiais da União Europeia, 2006. ISBN 92-894-9555-3.
- GERMAIN-DAVID, Pierrette. *Les Hymnes européens – histoire, musique et paroles*. Paris: Dexia Editions, 2005, ISBN 2-74910-445-9, 144 páginas.
- GOMES, António Júlio Leitão Ferreira. *Os pais fundadores da Comunidade Europeia*. Quarteto, 2001, ISBN 972-8535-85-6, 150 páginas.
- SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. “As Convenções de Lomé no contexto da Política de Cooperação para o Desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia” in *Revista Africana*. Porto: Centro de Estudos Africanos e Orientais da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, nº 24, 2002, pp. 181 a 221.
- RIVAS, José e BRANTON, Jonathan. “Developments in EC Competition Law in 2002...” in *Common Law Market Review*. Netherlands. Vol. 40, nº 5: (2003), p. 1203.
- VALÉRIO, Nuno. *História da União Europeia*. Editorial Presença, 2010, ISBN 978-972-23-4300-8.

## Documentação

- Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 165 E/03, de 1º de dezembro de 2011, sobre o pedido de adesão da República da Croácia à União Europeia, JOUE C 165 E de 11.06.2013, pp. 19 a 24.
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Parecer da Comissão sobre o pedido de adesão à União Europeia apresentado pela Sérvia, SEC (2011) 1208 final, COM (2011) 668 final de 12.10.2011
- Conclusões do Conselho 2005/C 148/01 de 13 de junho de 2005 (JOUE L 148 de 18.06.2005, pp. 1 e 2).
- Comunicação 2002/C 152/03, adotada em 21 de junho de 2002, relativa a certos aspectos do tratamento dos processos de concorrência decorrentes do termo de vigência do Tratado CECA, JOCE C 152 de 26.06.2002.

### Endereços eletrônicos

- <http://eur-lex.europa.eu>  
<http://europa.eu>  
[http://europa.eu/abc/symbols/9-may/euday\\_pt.htm](http://europa.eu/abc/symbols/9-may/euday_pt.htm)  
<http://historiasiglo20.org/europortug/biografias.htm>  
<http://www.ena.lu>

---

publicados no Jornal Oficial da União Europeia serão redigidos segundo as regras da nova ortografia, admitindo-se um período inicial de coexistência das duas ortografias. Aviso constante do Jornal Oficial no mês de dezembro (nomeadamente JOUE C 350 de 01.12.2011 e C 351 de 02.12.2011).

# O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia

José Luiz Quadros de Magalhães<sup>1</sup>

## Resumo

No desenvolvimento deste texto, partimos das reflexões e análises do professor Ricardo Sanin Restrepo acerca da Constituição Encriptada. Este texto é uma reflexão a partir do artigo do professor colombiano. Começamos pela análise da apropriação da Constituição pelo Poder Judiciário, especialmente pela Suprema Corte ou cortes constitucionais, e como a linguagem hermética e codificada atua como elemento de alienação e distanciamento das pessoas em relação às decisões do Judiciário. O Poder Judiciário, desta forma, ao se apropriar da Constituição e seu sentido, e ao criptografar o seu sentido em uma linguagem que poucos têm acesso, afasta as pessoas dos processos decisórios e de construção das normas para os casos que se manifestam na realidade histórica social, ao mesmo tempo que legitima (falsamente) as decisões e compreensões construídas por poucos dos direitos constitucionais. O poder assim permanece com poucos, sob controle, enquanto este mecanismo processador de legitimidades faz com que as pessoas aceitem as decisões com o mínimo questionamento possível e sem ameaça real à continuidade do sistema enquanto tal, com os interesses e objetivos iniciais (modernos e excludentes) inalterados. O Poder Judiciário moderno, inserido na lógica das democracias majoritárias liberais do estado constitucional moderno, funciona como uma máquina processadora de legitimação de fatos, ou, em outras palavras, situações de desigualdade, opressão e exclusão são muitas vezes falsamente “legitimadas”, formalmente, pelo processo judicial.

**Palavras-chave:** Democracia representativa; Constituição; Judiciário.

## Resumen

En este trabajo se empiezan a desarrollar las reflexiones y análisis del Profesor Ricardo Sanín Restrepo sobre la Constitución encriptada. Este texto es una reflexión desde el artículo del profesor colombiano. Comenzamos analizando la apropiación de la Constitución por el poder judicial, especialmente el Tribunal Supremo o los tribunales constitucionales, y como el lenguaje hermético y actos codificados funcionan como un elemento de alienación y distanciamiento de las personas en relación con las decisiones del Poder Judicial. El poder judicial apropiándose así de la Constitución y su significado, para cifrar su significado en un idioma que pocos tienen acceso, afasta las personas de la toma de decisiones y de la construcción del significado de las normas para los casos que se manifiestan en la realidad histórica social, mientras legitima (falsamente) las decisiones e interpretaciones construidas por algunos de los derechos constitucionales. El poder permanece con pocos, bajo control, mientras que este mecanismo procesador de legitimación hace que las personas acepten las decisiones con el mínimo cuestionamiento posible y sin una amenaza real para la continuidad del sistema como tal, con los objetivos e intereses iniciales (modernos y exclusivo) sin cambios. El poder judicial moderno, inserto en la lógica de las democracias mayoritarias liberales del Estado constitucional moderno, funciona como una máquina procesadora de legitimidad de los hechos, o, en otras palabras, las situaciones de desigualdad, la opresión y la exclusión son a menudo falsamente “legitimadas” formalmente por el proceso judicial y la democracia representativa majoritaria.

<sup>1</sup> Professor da UFMG; FDSM e PUC-MG; Mestre e Doutor em Direito pela UFMG.

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: analisá-las sob o enfoque da teoria da constituição moderna europeia. Acredito que utilizar as lentes da teoria da constituição europeia moderna inviabilizará enxergar e logo compreender o potencial revolucionário de ruptura radical com a modernidade presentes nestas constituições. Serão apenas mais duas constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas constituições. Elas exigem a construção de uma outra teoria da constituição, de uma outra teoria do direito, de uma outra teoria do Estado. Elas exigem uma teoria não moderna, não hegemônica e, logo, não europeia.

Alguns eixos devem ser percebidos, estudados e aprofundados para percebermos o potencial de ruptura radical que representam as experiências em curso nestes dois países. Estes eixos precisam ser desenvolvidos, mas nos limites deste trabalho serão apenas mencionados. As rupturas possíveis que elencamos a seguir só poderão ser vistas sem as lentes uniformizadoras do direito moderno. Elas ocorrem na realidade social e cultural dos povos que constituem a Bolívia e o Equador, que, durante muito tempo, viveram em ordenamentos jurídicos europeus modernos, que excluíram, ocultaram e tentaram uniformizar estas sociedades diversas. Vejamos:

1- No lugar da uniformização hegemônica, a partir de um padrão europeu, o reconhecimento da diversidade enquanto direito individual e coletivo pelo ordenamento jurídico;

2- Decorrente da ideia anterior, a afirmação do direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo sobre a ideia de direito à diferença (individual ou coletivo) que implica na superação de qualquer padrão hegemônico estabelecido pelo estado e ainda presente na ideia de direito à diferença (diferente de que?);

3- Superação da exclusividade da lógica binária, fundada principalmente no dispositivo moderno “nós versus eles” (e da qual decorrem outros dispositivos como inclusão versus exclusão; capital versus trabalho e culturalismo versus universalismo);

4- Criação de espaços de diálogo, não hegemônico, intercultural (para além do multiculturalismo) que permita a construção de um espaço comum, de um direito comum, em uma perspectiva transcultural;

5- Substituição de um sistema moderno monojurídico (hegemônico) por um sistema plurijurídico que permita a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições;

6- Igualdade entre jurisdição originária e “ordinária”;

7- Nova concepção de natureza como conceito integral, superando a ideia de “recursos naturais”, um dos mitos modernos que separam o “homem da natureza”, e transforma a natureza em algo selvagem a ser domado e explorado pela civilização. Isto implica na superação da ideia de “desenvolvimento sustentado”, conceito que passou a condicionar a natureza e o meio ambiente às necessidades de desenvolvimento econômico moderno (capitalismo), que implicam em mais consumo e mais produção como meta permanente. A prioridade é a natureza e o sistema econômico deve se adequar ao respeito à vida enquanto totalidade sistêmica e não o contrário;

8- Nova concepção de pessoa superando a ideia do “indivíduo” liberal que nasce e morre com uma personalidade distinta e separada da comunidade e da



natureza. Construção de um conceito de pessoa plural, dinâmica, processual, que não se limita e não pode ser limitado a um nome coletivo, a um rótulo, a um fato, ou a um nome de família;

9- Democracia consensual como prioridade;

10- Judiciário consensual (justiça de mediação) como prioridade;

11- Pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento, da democracia e da justiça plural;

12- Superação da dicotomia “culturalismo versus universalismo”, o que implica na superação do falso conceito de universalismo (o universalismo europeu<sup>2</sup>).

O desenvolvimento de alguns destes eixos pode ser encontrado no livro *Estado plurinacional e direito internacional*<sup>3</sup> e promove uma análise inicial de cinco destes 12 eixos.

No presente ensaio, vamos analisar os itens 9 e 10 a partir de uma crítica ao Estado moderno e às distorções da democracia majoritária e à jurisdição estatal uniformizadora e imperial, passando brevemente pela questão levantada no ítem 3, ou seja, a necessidade de superação da lógica binária.

Vamos ao debate:

## A máquina judicial processadora de fatos e legitimadora de decisões previamente tomadas

Primeiro precisamos entender a lógica do Judiciário: *Roma Locuta, Causa Finita*: Roma falou, o “império” disse, acabou a causa, acabou a controvérsia.<sup>4</sup> Esta frase resume a lógica de funcionamento do Judiciário e da democracia representativa majoritária moderna. No Judiciário, a pessoa que tem seu direito violado ou ameaçado (ou entende que isto aconteceu) pode recorrer a este “poder” do “Estado”, fazendo uma petição (um pedido) no qual expõe suas razões e prova o acontecido por meio de documentos, testemunhos, perícias. A outra parte, ré no processo, apresenta sua defesa e pode apresentar documentos, testemunhos ou perícia em sua defesa (embora a responsabilidade de provar a culpa ou dolo de alguém seja sempre de quem acusa). Diante do conflito, o Estado, por meio do juiz, interpreta e aplica as leis e a Constituição (do Estado) ao caso concreto apresentado para ele. A lógica deste processo é a concorrência de argumentos e provas, no qual um lado será vencedor. Depois da análise das provas e dos argumentos, o Estado se pronuncia e a causa é decidida. Existe a possibilidade do recurso no qual a lógica concorrential que mantém vivo o conflito permanece: recurso (razões do recurso), contrarrazões e finalmente, de novo, o pronunciamento do Estado. Acabando a possibilidade de recurso, o Estado pronuncia finalmente sua decisão e a causa acaba: *Roma Locuta, Causa Finita*.

<sup>2</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu - A retórica do poder*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

<sup>3</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

<sup>4</sup> ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Editora Boitempo, 2009, p. 19.

Este formato de “solução” de conflitos, dificilmente irá realmente solucionar o conflito, pois incentiva a concorrência de argumentos. Mesmo que inicialmente se proponha um acordo, a finalidade não é a busca do consenso ou do restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo conflito, mas é a vitória de uma das partes. A busca da vitória dificulta muito (talvez inviabilize) a possibilidade de consenso e de solução da causa no qual as partes se sintam contempladas nas suas expectativas. O perigo deste sistema é que sempre haverá alguém não satisfeito com a decisão estatal da controvérsia. Na prática, as partes (acusação e defesa) não ficam satisfeitas. O resultado é que o conflito, embora formalmente extinto com o processo, permanece latente. O pior é que o Estado (por meio do juiz) não se interessa pela satisfação das partes, mas se contenta em dizer o “direito” para o caso e extinguir o conflito formalmente no processo, sem que se chegue efetivamente a uma solução real que poderia acabar efetivamente com o conflito, o que só ocorrerá com a construção do consenso. Este consenso pode ser obtido por meio da mediação, que obedece outra lógica e estabelece outra prioridade.

Os problemas, entretanto, não acabam aí. A forma como este Judiciário se construiu nos Estados modernos, não só incentiva a concorrência (e logo a perpetuação do conflito) como sustenta a hegemonia de um grupo de interesses (uma classe social, um grupo étnico, uma percepção de direito) sobre outros subalternizados e radicalmente excluídos.

Um filme de Werner Herzog pode nos ajudar a compreender como o Poder Judiciário moderno, inserido na lógica das democracias majoritárias liberais do Estado Constitucional Moderno, funciona como uma máquina processadora de legitimação de fatos ou, em outras palavras, como uma situação de opressão e exclusão busca ser “legitimada”, formalmente, por uma decisão judicial.

No filme “Onde sonham as formigas verdes”, um grupo de habitantes originários (aborígenes) pertencente a um grupo étnico que habitava a terra que os invasores europeus passaram a chamar de Austrália, tem suas terras ameaçadas por uma companhia que pretende explorar o subsolo para extração de minerais. A fórmula já foi mencionada: o invasor (que se julga superior) impõe o seu direito, sua economia, sua espiritualidade, sua percepção da vida e do mundo ao militarmente subordinado, que resiste e insiste na manutenção de sua cultura, de sua diferença (embora conviva com processos de destruição, violência e assimilação).

Para quem vê o conflito que se instaura sem a percepção de que ele ocorre em uma situação de hegemonia e logo de imposição de uma cultura sobre outra, a postura da empresa parece legal e ética. Um representante da empresa é escolhido para negociar com os habitantes originários (um grupo originário específico) que habitava aquelas terras. Nestas terras habitavam também formigas verdes, integrantes de um sistema natural que revela o comportamento de toda a natureza como um sistema integral do qual somos parte. A percepção “moderna” hegemônica europeia se fundamenta na percepção de um “indivíduo” que não integra a natureza e que percebe esta enquanto recurso natural, que deve ser explorado para a satisfação das necessidades e desejos deste indivíduo racional e superior a todo o resto. O direito e todo o aparelho estatal da Austrália, onde se passa o filme, é construído a partir da percepção de mundo do invasor, e, entre os

invasores, dos proprietários, e, entre os proprietários, dos grandes proprietários. A lógica dual, binária e hegemônica se reproduz em diversas escalas: o invasor europeu sobre o selvagem aborígene; o proprietário sobre o trabalhador e assim por diante, chegando até a família. O direito moderno reproduz em todas as instâncias a lógica do “nós x eles”.

O representante da empresa acompanhado de um advogado tenta um acordo, (fundado no direito do invasor) logicamente sem sucesso, pois ignora a cultura e a espiritualidade do invadido. Com toda a educação, simpatia e correção, a empresa leva a questão ao Judiciário, que, obviamente, só poderia decidir a favor da empresa, pois o direito utilizado para “solução” do conflito é o direito de uma parte, e não um direito construído consensualmente por todas as partes envolvidas. Neste filme, assistimos este Judiciário como uma máquina processadora de legitimidade: quem venceria o processo já estava previamente estabelecido antes deste ser instaurado, mas a existência do processo, dos depoimentos, das provas, do recurso, funcionou como um elemento de “legitimação” para se tomar e explorar as terras dos aborígenes, que tiveram sua oportunidade formal de se defender no processo, fazendo provas e argumentando, e agora devem se subordinar ao Estado, que disse o direito. Trata-se de um processo “pseudo legitimador”, que extingue “culpas” e destrói o outro sem solução de conflitos, mas com a imposição permanente de um direito de um sobre os outros.

## **Partidos, parlamentos e eleições: a máquina processadora de legitimidades “democráticas” majoritárias de decisões minoritárias**

123

Como funciona a democracia representativa majoritária? *Roma Locuta, Causa Finita*. Voltamos à fórmula estrutural do sistema do direito moderno: “nós x eles”, como um processo de competição permanente, no qual o vencedor proclamado interrompe aquela competição específica. Uma pergunta: qual a disposição para o debate na democracia concorrencial majoritária? Existe a possibilidade de consensos ou a lógica concorrencial impede o diálogo?

Vejamos. No processo eleitoral, as partes envolvidas se filiam a partidos políticos com programas e ideologia definida (o que cada vez existe menos). Cada partido, cada parte terá seus argumentos construídos em um espaço interno democrático no partido, no qual poderia ser possível construir consensos sobre as questões de políticas públicas as mais diversas. É necessário constatar até que ponto estes partidos têm uma estrutura interna de debate que permita a construção de consensos, ou se, ao contrário, as decisões também são tomadas pela lógica majoritária que é concorrencial e impede (dificulta) consensos. Vamos descobrir que, nos partidos, que ainda constroem sua ideologia político-partidária por meios dialógicos, a decisão ocorre por meio do voto majoritário, o que inviabiliza (dificulta) o consenso. Entretanto, a maior parte dos partidos políticos neste início de século XXI, não guarda mais coerência político-ideológica, o que resulta em um pragmatismo sem ética de busca do poder pelo poder.

Continuando a lógica da democracia representativa majoritária, estes partidos que construíram suas propostas, políticas públicas e ideologias se apresentam para as eleições, para então o “povo” escolher (*Roma Locuta*) e a controvérsia, expressa na busca pela vitória nas eleições, acabe (*Causa Finita*), com a proclamação da vontade da maioria. Neste momento, a minoria (insatisfeita) se submete à maioria, sempre dividida, pois se constitui também majoritária em processos internos que reproduzem o mesmo mecanismo. Percebemos que este processo inviabiliza qualquer possibilidade de consenso, pois, desde o início, o que se busca é a vitória: do partido, do projeto de lei, do melhor argumento (?).

Melhor argumento? Será que o parlamento funciona com a lógica da vitória do melhor argumento? Qual é o melhor argumento? Depois de eleito o governo e de eleitos os parlamentares, o governo continua funcionando da mesma maneira: *Roma Locuta, Causa Finita*. Para que o governo governe, este necessita de maioria parlamentar (ou maiorias) para que aprove seus projetos, sua lei orçamentária, seu plano de governo. Continuamos, portanto, no nível parlamentar com a mesma busca da vitória. O sistema concorrencial continua inviabilizando qualquer possibilidade de construção de consenso. Vamos acreditar, por enquanto, que os argumentos expostos e contrapostos no parlamento sairão vitoriosos no parlamento na medida que estes são melhores ou piores ou que a discussão no parlamento ocorre em torno de argumentos racionais.

Vejam que já abandonamos qualquer debate intercultural e que a argumentação acima se desenvolve sob a lógica hegemônica de quem diz o que é direito. Os partidos políticos, em geral, não trazem uma outra perspectiva ou alternativa à lógica moderna, representando, durante boa parte do século XX, a controvérsia entre direita e esquerda, conceitos modernos que se fundam na lógica moderna europeia binária (o centro será o terceiro incluído ou uma farsa política?). O pluralismo partidário poderia sugerir uma possibilidade de superação do pensamento binário na política moderna, o que não ocorreu por força da lógica majoritária e a divisão entre situação (governo) e oposição.

No parlamento, os representantes, quando discutem o projeto de lei, de reforma legal ou constitucional, argumentam a partir de seu partido político, visando à vitória de seu projeto. São sempre parciais, esta é a ideia. Será que este processo permite que, neste debate, um escute o outro? Haverá efetivamente a possibilidade de diálogo? Há uma comunicação possível? Quando a pessoa que argumenta vai para um debate com a intenção de vencer o outro, esta pessoa estará aberta para ser convencida ou todo argumento do outro será recebido para ser imediatamente desmontado?

A lógica concorrencial tende ao totalitarismo. No final, só restará o “melhor” e o “derrotado” tende ao ocultamento, um esquecimento provisório. Claro que, se observarmos o funcionamento dos parlamentos contemporâneos nas Américas ou na Europa, perceberemos que, em muitos casos, não se trata de uma concorrência de argumentos, de vitória de melhores argumentos, mas de um mercado como espaço de negociação a partir de posições de força, sustentada por interesses corporativos fora do parlamento. Em outras palavras, o problema da lógica concorrencial que inviabiliza o consenso e o risco de que a vitória do melhor argumento oculte o argumento derrotado foi superado pela

criação de espaços de negociação que não se fundam em argumentos racionais, mas na força e no poder de negociação em um mercado político determinado por interesses preponderantemente econômicos.

## **Desocultamento, modernidade e Estado**

Vivemos um momento de desocultamento. A modernidade, fundada sobre um projeto de hegemonia europeia, encontra-se em crise radical e toda a diversidade ocultada começa a ser revelada e se rebela de forma, em muitos casos, difusa.

Embora a crise se aprofunde, os governos do “norte” (colonizador, “desenvolvido”) ainda insistem nos mesmos discursos e práticas excludentes para solucionar problemas que são da essência desta modernidade. Estes problemas só serão superados com a construção de uma outra sociedade, uma outra economia, uma outra forma de fazer política e democracia, fundadas em outros valores, sustentados pela diversidade não hegemônica, tanto como direito individual como também direito coletivo.

A modernidade se funda (assim como todo o aparato criado para viabilizar o projeto moderno) na negação da diferença e da diversidade, tanto em uma perspectiva individual como coletiva. O Estado moderno necessita da uniformização de valores, de comportamentos, precisa padronizar as pessoas, para viabilizar o seu projeto de um poder hegemônico, centralizado, capaz de oferecer segurança e previsibilidade para os que construíram o Estado e o direito modernos: os nobres, os burgueses e o rei. Esta aliança está em pé até agora. Um bom exemplo podemos encontrar na cobertura, pela imprensa, da posse do novos monarcas na Europa em 2013. Uma Europa em crise, desemprego por toda parte, e famílias reais de vários lugares do mundo se encontrando em uma festa de casamento enquanto os grandes proprietários (banqueiros empresários) se entopem de ganhar dinheiro, mantendo o povo distraído com a festa da nacionalidade (bem moderna) simbolizada pela fantasia do poder “real” e pelo sucesso dos empreendedores burgueses, em meio à falência de uma sociedade individualista, egoísta e estruturalmente, radicalmente, desigual.

Alguns pontos nucleares da modernidade devem ser compreendidos: o projeto moderno é hegemônico (sempre haverá um grupo hegemônico e diversos grupos excluídos, subalternizados, ocultados); o projeto moderno é uniformizador, no qual os considerados mais diferentes serão expulsos (mortos, torturados, presos ou jogados na miséria) e os menos diferentes serão uniformizados; o projeto moderno se funda na lógica “nós” (superiores, civilizados, europeus) versus “eles” (selvagens, bárbaros, índios, africanos, muçulmanos, judeus, mulheres, inferiores, incivilizados, preguiçosos, etc).

A invasão da América (que será chamada assim pelo invasor, a partir do nome de um invasor), marca o início do genocídio do mais diferente, que é considerado selvagem, menos gente, meia gente, sem alma, ou com meia alma, que, por isto, pode ser morto, escravizado, torturado. O mecanismo “nós versus eles” se funda em uma lógica narcisista: “sou melhor porque não sou o outro inferior ou, sou espanhol, sou europeu, uma vez que não sou selvagem, bárbaro, infiel, índio, negro ou muçulmano.” Importante lembrar que a lógica hegemônica narcisista ocorre na formação dos Estados modernos, nos quais um grupo se sobrepõe ao

outro: o castelhano sobre os bascos, catalães, galegos, valencianos na Espanha moderna, criando o espanhol; ou ingleses sobre celtas galeses, escoceses ou irlandeses, em um processo de ocultamento interno violento. Esta hegemonia se repete ainda internamente, fruto da construção da economia moderna capitalista, no qual, entre o grupo étnico hegemônico, ou entre o novo grupo inventado, na nova nacionalidade (franceses, portugueses ou espanhóis, por exemplo), existem proprietários, empresários, ricos e de sucesso e, de outro lado, empregados, trabalhadores, subordinados (ou na expressão norte-americana: perdedores).

Portanto, a lógica moderna se reproduz de forma circular autorreferencial indefinidamente e assim será enquanto não rompermos com a sociedade moderna, europeia, ocidental, hegemônica: na invasão da América, encontramos um grupo de pessoas que se autodenominam civilizados, que se consideram mais do que o resto do mundo e ocultam a diversidade (o outro inferior); na formação do Estado moderno, um grupo étnico interno se considera mais do que outro grupo (como nos exemplos citados de Espanha e Reino Unido) e ocultam e proíbem os outros de viverem suas diferenças em relação ao grupo hegemônico que impõe seus valores; no grupo hegemônico também existem aqueles que se consideram mais do que outros (o proprietário em relação ao trabalhador no capitalismo moderno); chegando esta lógica na escola, nas relações sociais até na relação familiar, no qual o homem é considerado no decorrer dos 500 anos modernos ocidentais (inclusive pelo direito moderno, no Brasil, formalmente, até 1988) como mais do que a mulher.

A compreensão do pensamento binário presente na lógica “nós” versus “eles” é fundamental para entendermos e superarmos a modernidade na qual estamos mergulhados até a cabeça. Este dispositivo moderno sustenta todas as relações sociais e econômicas e, enquanto não compreendermos isto, não sairemos deste círculo infinito de violência e exclusão.

Continuamos matando o outro selvagem, sem alma, menos gente, bárbaro, considerado inferior pelo grupo hegemônico. O dispositivo “nós versus eles” está dentro de nossa cabeça. É preciso romper com a modernidade e desocultar a diversidade, criando uma sociedade não hegemônica, sem “nós” ou “eles”; sem “civilizados” ou “incivilizados”; sem proprietários e empregados.

No processo de construção desta sociedade moderna, intrinsecamente (porque não tem como esta sociedade moderna ser de outro jeito) desigual e opressora, como já demonstrado, é necessário construir justificativas, para que as pessoas possam aceitar passivamente o seu papel social, inclusive para que oprimidos aceitem fazer o papel de cães de guarda do sistema, protegendo os opressores. Para isto é necessário criar um aparato ideológico capaz de construir as explicações “lógicas” da desigualdade e sua “legitimidade”, o que podemos chamar de aparato (ou aparelhos) ideológicos do Estado moderno. Louis Althusser<sup>5</sup> irá desenvolver esta ideia (no século XX), e hoje, entre outros importantes pensadores, encontramos Slavoj Žizek<sup>6</sup>, que nos ajuda a compreender a ideologia

<sup>5</sup> ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado – Nota sobre os aparelhos ideológicos do estado*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 2. ed.

<sup>6</sup> ŽIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real*, Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo editorial, 2003.

como mecanismo de encobrimento, que aparece de forma bem sistematizada pela primeira vez com Karl Marx<sup>7</sup> (no século XIX).

Portanto, para que este poder opressor, uniformizador e excludente se efetive, ele precisa criar justificativas (que serão, é claro, mentirosas ou ideológicas no sentido negativo). Sem isto, as pessoas (uma boa parte) não aceitariam passivamente serem subordinadas e excluídas, vivendo em um sistema econômico, social e cultural violento, que é contra as pessoas que, em grande número, o defendem. As pessoas prejudicadas por este sistema defendem este sistema e são mesmo capazes de matar e torturar para defender este sistema e aqueles que se beneficiam dele.

Um destes importantes aparelhos ideológicos do Estado é a escola moderna. Ela é criada para uniformizar. Ora, a escola moderna é uma grande descoberta da modernidade para formar pessoas que pensem do mesmo jeito e que aceitem passivamente o sistema como natural (como o único possível) e pior (como justo). Ou seja, os que têm mais merecem ter mais. Esta escola moderna irá uniformizar comportamentos e valores e negará a diversidade de forma permanente, simbolicamente (todas as crianças em uniformes, pensando do mesmo jeito, com o mesmo cabelo e o mesmo comportamento) assim como em sua estrutura de funcionamento com hierarquia, normas herméticas, horários fechados, disciplinas fragmentadas. Existem ainda escolas diferenciadas para classes sociais diferentes: uma escola para “nós” onde as crianças aprenderam a comandar, mandar, liderar; uma escola para os “nós” e “eles”, onde estes aprenderão a obedecer os de cima e mandar nos de baixo (a improvável classe média, essencialmente uma mentira histórica que cumpre bem sua função); e ainda a escola para “eles”, que aprenderão a obedecer e saberão muito bem porque estão obedecendo.

Este Estado moderno precisa criar mecanismos para reproduzir as pessoas que ocuparão os espaços para o funcionamento e reprodução do sistema, logo, teremos universidades que produzem conhecimentos; universidades que reproduzem o conhecimento e forma técnicos que se acham superiores mas não aprendem a pensar; e, cursos técnicos nos quais as pessoas não precisam pensar, filosofar, saber muito do mundo que os cerca, mas, aprendem bem a fazer a máquina funcionar.

Além dos aparelhos ideológicos que garantem a reprodução do sistema e explicam por que o sistema é assim, deixando as pessoas acomodadas em seu “mundinho” e, ainda, recrutando cães de guarda dispostos a morrer pelos legítimos iluminados do sistema, é necessário todo um aparelho repressor, pronto para funcionar contra aqueles que escaparam, de alguma forma, consciente ou inconscientemente do sistema ideológico, ou, ainda, para punir aqueles que o sistema não deu conta de incluir em alguma das funções. Ora, sempre existem os excedentes do sistema que já cumpriram a função de mão de obra reserva (o que é hoje é desnecessário), assim como, neste sistema moderno, sempre existem os excedentes destinados aos presídios e manicômios, assim como, cada vez mais, os miseráveis, que não servem nem para ser explorados.

Assim, o cerco se fecha para “eles”: se não uniformizado pela escola, será reprimido pelos aparelhos repressivos. O problema, no Brasil contemporâneo (e

<sup>7</sup> MARX, Karl. *A ideologia alemã – Feurbach – A contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista* - Marx e Engels, Editora Martin Claret, 2006.

a contemporaneidade é moderna para o Ocidente), é que o sistema que deveria aparecer em momentos distintos de forma distinta, uniformizando o pensamento e criando fiéis seguidores de sua falsa “legitimidade” para alguns e punindo e retirando de circulação os outros que escaparam da “ideologia”, atua de forma simultânea e sufocante para os de baixo, criando mais violência e ameaçando implodir o sistema moderno de “ideologia” e “repressão”. O Brasil vive nesta segunda década do século XXI uma fúria punitiva de viés “fascista” que ameaça destruir o próprio sistema moderno, não pela sua superação por um sistema includente, mas pelo caos que surgirá pela impossibilidade do Estado dar conta de fiscalizar e punir todos aqueles “criminosos” que surgem da desigualdade e da criminalização de novos comportamentos. Cada vez mais temos mais crimes o que tornou todos os brasileiros criminosos. Não tem escapatória. Ao não mais diferenciar um “nós” (que não comete crime por que faz as leis – os ricos); o “nós e eles” simultâneo (a classe média que não comete crime porque sustenta numericamente o “nós”) dos que facilmente cometem crime pela sua própria existência (pois são tratados como bandidos pela criminalização da pobreza e dos movimentos sociais que reivindicam direitos), o sistema ameaça entrar em colapso.

Talvez aí seja importante entender, dentro de um pensamento sistêmico, porque o sistema admite concessões (permissões) que ajudam a diminuir a pressão que ocorre ao aumentar a intolerância contra determinadas condutas. Ao criminalizar mais, fiscalizar mais, controlar mais e punir e encarcerar mais, assistimos um movimento simultâneo de permissões de comportamentos que não eram permitidos, criando uma possibilidade de escape da pressão que se exerce do outro lado. Neste ponto é necessário refletir e investigar o que tem sido, cada vez mais proibido e como passou a ser permitido. Planejado ou não, fundado ou não em uma estratégia de poder, o fato é que o sistema tem se comportado desta maneira: ao lado da criminalização da pobreza e dos movimentos sociais, direitos que eram negados, e grupos que eram radicalmente excluídos recebem agora uma autorização de *jouissance*. Recebem permissão (e não direitos) para gozar. O gozo principal está expresso na sociedade de hiperconsumo de tudo e todos. Tudo é permanentemente consumido e consumível, de objetos a pessoas. Tudo é rapidamente consumível, o que gera o enorme mal-estar contemporâneo.

## Proibir de um lado e permitir de outro

Um estudo que necessita ser feito deve ter como objetivo a compreensão de como o sistema reage à pressão crescente decorrente do aumento da criminalização sobre determinados comportamentos e um aumento sufocante dos mecanismos de controle (ideológico e tecnológico) sobre as pessoas, com o aumento das permissões de gozo. Em outras palavras, precisamos investigar quais são os comportamentos cada vez mais proibidos e, em contrapartida, quais são as permissões concedidas para diminuir a pressão sobre o aumento de controle e repressão.

Slavoj Zizek, nos traz Jean-Claude Milner:



“Jean-Claude Milner sabe muito bem que o *establishment* conseguiu desfazer todas as consequências ameaçadoras de 1968 pela incorporação do chamado ‘espírito de 68’, voltando-o, assim, contra o verdadeiro âmago da revolta. As exigências de novos direitos (que causariam uma verdadeira redistribuição de poder) foram atendidas, mas apenas à guisa de ‘permissões’ - a ‘sociedade permissiva’ é exatamente aquela que amplia o alcance do que os sujeitos têm permissão de fazer sem, na verdade, lhes dar poder adicional. (...) É o que acontece como direito ao divórcio, ao aborto, ao casamento gay e assim por diante; são todas permissões mascaradas de direitos; não mudam em nada a distribuição de poder.”

Zizek cita Jean-Claude Milner<sup>8</sup>:

“Os que detém o poder conhecem muito bem a diferença entre direito e permissão. Talvez não saibam articular em conceitos, mas a prática esclareceu muito. Um direito, em sentido estrito, oferece acesso ao exercício de um poder em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder, em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder de quem outorga; não aumenta o poder daquele que obtém a permissão. Torna a vida mais fácil, o que não é pouca coisa”<sup>9</sup>

A partir destas ideias, podemos refletir sobre o “sucesso” (depende para quem) da democracia liberal representativa e as operações constantes que este sistema tem feito de conversão de direitos, fruto de lutas, em permissões que esvaziam e desmobilizam estas lutas por poder em uma acomodação decorrente de uma aparente vitória pelo recebimento de permissões para atuar, fazer e até mesmo ser feliz, desde que não se perturbe aqueles que exercem o poder naquilo que lhes é essencial: a manutenção do poder em suas vertentes econômica, cultural, militar e especialmente ideológica (que se conecta e sustenta as outras vertentes).

O capitalismo tem sido capaz de, até o momento, resignificar os símbolos e discursos de rebeldia e luta em consumo. Assim os movimentos Hippie e Punk foram limitado aos símbolos de rebeldia controlados, nos quais as calças rasgadas já vêm rasgadas de fábrica e os cabelos são pintados com tintas facilmente removíveis; Che Guevara é vendido na Champs Elisée e os pichadores e grafiteiros expõem no Museu de Arte de São Paulo. Tudo é incorporado, domado e pasteurizado. A “diversidade” está em uma praça de alimentação de shopping center ou no Epcot Center, onde é possível comer comidas de diversos lugares do mundo com um sabor e tempero adaptados ao nosso paladar. Da mesma forma funciona a democracia parlamentar (democracia liberal ou liberal-social representativa e majoritária). As opções são limitadas e os partidos políticos, da esquerda “radical” à direita “democrática”, se parecem com a diversidade de comidas com tempero parecido dos shopping centers.

<sup>8</sup> MILNER Jean-Claude, *L'arrogance du présent: regards sur une décennie, 1965-1975* (Paris, Grasset, 2009), p. 233.

<sup>9</sup> Esta tradução não é a mesma constante do livro de Slavoj Zizek (Primeiro como tragédia, depois como farsa; Editora Boitempo, São Paulo, p. 58) mas é feita pelo autor a partir do texto de Jean-Claude Milner no livro *La arrogancia del presente - miradas sobre una década: 1965-1975*, 1. ed., Manantial: Buenos Aires, 2010.

Escolher entre esquerda e direita, especialmente nas “democracias” “ocidentais” da Europa e EUA (ou Canadá e Austrália) dá no mesmo. Muda o marketing, as caras e as roupas, muda a embalagem, mas o conteúdo é muito semelhante.

Este aparato “democrático” representativo, parlamentar e partidário processa permanentemente as insatisfações, lutas, reivindicações, como uma grande máquina de empacotar alimentos ou enlatar peixes e feijoadas. Esta absorção das reivindicações de poder democrático, transformando-as em permissões bondosas do poder “democrático” representativo, desmobiliza e perpetua as desigualdades e violências inerentes à modernidade e, logo, ao capitalismo, sua principal criação.

As democracias liberais (sociais) representativas majoritárias se transformaram em processadores de reivindicações, esvaziando o poder popular. Os direitos, a conquista do poder pelo povo se transformou em permissões de *jouissance*<sup>10</sup>. Aquele bife à milanesa especial (assim como o pão de queijo), diferente, delicioso feito em casa, com o sabor único da vovó, agora é industrializado: nós não mais fazemos, mas podemos comer à hora que quisermos. Igual o suco de laranja caseiro, industrializado, que vem com “gominhos” e com “carinho” de “verdade”.

O problema da *jouissance* é que ela se tornou obrigatória na cultura consumista contemporânea (que é também moderna). Se posso aproveitar de alguma coisa, experimento isto como uma obrigação de não perder a oportunidade de gozar. Daí tanta depressão em uma sociedade fundada no gozo, no prazer e no consumo: uma sociedade do desespero.

A diferença entre conquistar um direito e uma permissão ocorre nas relações de poder e não, necessariamente, na existência ou não de determinados processos formais institucionalizados. Em outras palavras, a democracia representativa pode ser meio (isto é uma exceção à regra) de conquista de poder e de direitos, e isto os exemplos da América do Sul têm nos demonstrado. As transformações constitucionais na Venezuela, Equador e Bolívia têm representado ganho de poder para aqueles que foram historicamente aliados deste durante séculos.

A questão essencial que ocorre nas democracias liberais representativas (e os países acima citados não se enquadram mais neste conceito), é, em que medida, a luta por direitos resulta em ganho de poder ou, ao contrário, como tem ocorrido com muita frequência, em ganho da possibilidade de aproveitar, usufruir, sem efetivamente uma transferência de poder de quem concede, permite, para quem é o permitido e concedido. Uma coisa é a pessoa poder usufruir de uma permissão de exercício de um direito. O poder continua com quem permite. Outra coisa é conquistar este direito para si, o que implica que quem detinha este poder de conceder ou não, não mais o detém. Trata-se neste caso de uma mudança de mãos do poder. O que podemos perceber, e precisamos ter atenção, é para o fato de que, a recente e precária “democracia” representativa, pode ser precária enquanto instrumento efetivamente de democracia, mas cumpre muito bem, com efetividade e competência a sua função de manter o poder nas mãos de sempre, ou, em outras palavras, mudar para manter as coisas como estão.

Percebendo que esta, já precária democracia, é apenas tolerada para quem detém o poder moderno, são comuns as rupturas. Toda vez que esta democracia

<sup>10</sup> No sentido de aproveitar de um direito; aproveitar um prazer de forma contínua.

serve como canal de conquista de poder daqueles que não tinham, assistimos uma ruptura, muito comum: Brasil (1964 e as várias e constantes tentativas de golpes e pequenos golpes diários); Chile (1973); as ditaduras da Argentina e Uruguai na década de 1970; a tentativa de golpe contra Hugo Chaves em 2001; o golpe em Honduras e, em 2012, o golpe parlamentar no Paraguai são alguns exemplos.

Assim, após o constitucionalismo liberal não democrático, a conquista da democracia representativa vem acompanhada dos constantes golpes que geram ditaduras e totalitarismo.

A relação de poder nestas duas formas alternativas de manutenção de poder no Estado moderno ocorre de formas distintas. Enquanto o poder nas democracias liberais sociais representativas permanece nas mesmas mãos por meio de permissões, nas ditaduras e totalitarismos ocorre uma submissão que funciona em forma de concessões ou permissões paternalistas, atendendo aos pedidos do povo infantilizado (nas ditaduras) ou da total submissão ideológica, no totalitarismo, no qual o poder concede, mesmo não havendo possibilidade do pedido. No totalitarismo, o poder, além de criar o que os submetidos vão desejar, ele responde quando quer, sem pedido, àquela demanda que este poder criou no sujeito (subjetivado pelo poder).

Portanto, temos nestas duas estruturas de poder, formas de submissão agressivas. A primeira, um ditador paternalista, pode ou não atender aos pedidos aceitáveis, punindo os pedidos inaceitáveis. Esta submissão se funda em relações de amor e ódio à figura do poder encarnada no líder. O totalitarismo é mais sofisticado: o poder atende às demandas ocultas do povo, que são direcionadas aos interesses daqueles que efetivamente detém o poder. Neste Estado, o poder é total e age todo o tempo. Não há concessões dialógicas ou racionais. O poder é real, brutal, mas age a partir das demandas ocultas do povo, que são manipuladas e redirecionadas.

Diferente de submissões (ditaduras e totalitarismos) e de permissões (“democracia” representativa majoritária), um espaço de conquista de direitos não hegemônicos significa que o poder é dividido, compartilhado. Trata-se da construção de um espaço comum, no qual o direito comum é construído por meio da construção de consensos, sempre provisórios, nunca hegemônicos e raramente majoritários (o que acontece na Bolívia, no Estado Plurinacional).

## **Alternativas: a superação do pensamento binário**

Não há possibilidade de consenso quando a minha satisfação depende da insatisfação de outro. Não é possível uma democracia efetiva consensual no sistema capitalista e as contradições binárias inerentes a este sistema. Consensos nestes sistemas, que envolvam questões socioeconômicas serão sempre ideológicos (falsos) e os consensos realizados em outros campos tendem a sofrer distorções ideológicas negativas.

A lógica moderna fundada no pensamento binário sustenta a modernidade. Uma armadilha que precisa ser superada.

O novo constitucionalismo democrático na América Latina, especialmente as Constituições da Bolívia e do Equador, aparece como uma alternativa de superação das engrenagens uniformizadoras do Estado moderno, assim como fundamento

para a construção de um outro sistema mundo superando este, construído a partir da hegemonia “ocidental” moderna. No lugar de uma democracia meramente representativa e majoritária concorrencial é construída a alternativa de uma democracia consensual fundada na busca do consenso na solução dos conflitos e na construção de políticas públicas. No lugar de um Judiciário que funciona de forma imperial, dizendo o direito ao caso concreto, a busca permanente da mediação por meio da construção de consensos provisórios e sempre democráticos, que objetivem o equilíbrio ou o restabelecimento do equilíbrio perdido com o conflito.

Para que seja possível a construção de uma democracia consensual e de espaços “comuns”, de um direito “comum”, é necessário que algumas dicotomias naturalizadas sejam historicamente superadas, como, por exemplo: capital versus trabalho.

Quais são as dicotomias necessárias?

Claro que não vamos responder esta pergunta agora. Podemos apenas provocar afirmando que, mesmo as dicotomias que parecem naturais, como dia e noite, claro e escuro, são simplificações falsas e construções arbitrárias culturais. Não há um dia e uma noite mas um permanente processo de transformação das condições de clima e luminosidade que se rebelam ao contar matemático das horas, minutos e segundos. Não há um claro e um escuro, mas um processo permanente de mudança de luminosidade. Sobre a falsidade da dicotomia ideologicamente (no sentido negativo e positivo do termo) naturalizada de homem e mulher sugiro a leitura de Judith Butler.<sup>11</sup> Não vamos desenvolver estas ideias agora. Isto exigiria muitas páginas e muitas palavras. Seria um livro inteiro. O que queremos sugerir como reflexão nestas palavras finais, neste texto, é que as dicotomias que são naturalizadas, não são naturais, e mais, que devemos superar este pensamento dicotômico binário para viabilizar consensos democráticos e a superação de uma sociedade e economia excludentes. A superação da exclusão não se dá pela inclusão, mas pela superação da dicotomia exclusão versus inclusão. Uma sociedade sem excluídos será uma sociedade sem incluídos. A mesma lógica pode ser aplicada em outras dicotomias: pobres e ricos; capital e trabalho; bem e mal; “nós versus eles”; civilizado e incivilizado. Estas dicotomias não são naturais, não são necessárias, e de sua extinção depende a construção de uma alternativa ao violento mundo moderno.

---

<sup>11</sup> BUTLER, Judith. *El género en disputa - el feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona, Buenos Aires, México: Editora Paidós, Cuarta impresión, marzo 2011.

# Justiça ambiental e o etnodesenvolvimento

---

Elida Séguin<sup>1</sup>

## Resumo

Desde a década de 80, se discute a Justiça Ambiental como forma de serem partilhados equitativamente os ônus do desenvolvimento. As questões relacionadas à etnicidade inserem-se nas discussões mundiais sobre direitos humanos. Este artigo propõe uma análise da correlação entre Justiça Ambiental e etnodesenvolvimento, perpassando pela sustentabilidade e direitos humanos. É perceptível que as questões étnicas associadas à ideia de sustentabilidade ambiental em terras indígenas são vistas como obstáculo ao crescimento econômico, o que equivale a condenar este grupo a viver na Idade da Pedra, sem as vantagens e a dignidade que o desenvolvimento proporciona.

A premente necessidade daqueles povos utilizarem os recursos naturais existentes em suas terras, não somente em caráter de subsistência, mas também para o desenvolvimento socioeconômico da comunidade, exige um modelo de gestão que garanta a preservação da sua cultura e tradições.

Neste trabalho, analiso o meio ambiente cultural, considerando os aspectos culturais de grupos que compõem a sociedade brasileira e a questão econômica do direito de todos ao desenvolvimento e à dignidade.

Nesse contexto, é possível considerar o etnodesenvolvimento como instrumento de política pública indigenista ligada à seara ambiental, reconhecendo assim a estreita relação entre os índios e os recursos naturais. Conclui-se, por fim, que o etnodesenvolvimento veio romper com um paradigma de injustiça ambiental, demonstrando que é possível alcançar o desenvolvimento de uma comunidade, respeitando as suas diferenças culturais e promover a Justiça Ambiental. Ressalta-se que os objetivos propostos pelo etnodesenvolvimento somente serão atingidos se houver uma efetiva participação indígena nesses projetos, pois as principais reivindicações dessas sociedades são o controle de suas terras e o reconhecimento de sua capacidade de autodeterminação.

**Palavras-chave:** Justiça ambiental desenvolvimento sustentável; etnodesenvolvimento; meio ambiente; direitos humanos.

## Abstrat

Since 80's decade, has been discussing the Environmental Justice, as way to be shared equitably the onus of the development. The questions regarding to ethnicity are included in the global discussions about Human Rights. This article proposes a correlation analysis between Environmental Justice and ethodevelopment, passing through the sustainability and Human Rights. It's notable that the ethnic questions associated of the environmental sustainability idea on Indians lands as seen as obstacle to economic growth, which is equivalent to condemning this group living in the stone age without the advantages and the dignity that development brings.

---

<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); autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

The pressing need for those people use natural resources existing in their lands, not only in character of subsistence, but also to the socioeconomic development of the community, requires a management model that ensures the preservation of their culturetraditions.

In this paper, I analyse the Cultural Environment, considering the cultural groups that make up Brazilian society and economic issue of everyone`s right to development and dignity.

In this context, it is possible to consider the ethnodevelopment as an instrument of public policyrelated to indigenous harvest environment, recognizing the close relationship between the Indians and natural resources.

At last, we concluded that ethnodevelopment broke a paradigm of environmental injustice demonstrating that it is possible to achieve the development of acommunity respecting their cultural differences and promote environmental justice. It is emphasized that the objectives proposed by ethnodevelopment only be achieved if there is an effective indigenous participation in these projects, because the main claims of these societies are the control of their lands and recognition of their ability to self-determination.

**Keywords:** Environmental justice; sustainable development; ethnodevelopment; environment; human rights.

## 134 Introdução

Desde a década de 80 do século passado, a comunidade mundial preocupase com a repartição equitativa dos ônus ambientais do desenvolvimento, tradicionalmente suportados por hipossuficientes econômicos, por minorias ou grupos vulneráveis.

Os direitos humanos, que se originaram do sentimento de solidariedade, ao serem declarados pela primeira vez, em 1948, não previam o meio ambiente ecologicamente equilibrado entre o rol enunciado. A Convenção de Estocolmo, de 1972, colocou o meio ambiente como um direito humano. Numa sequência natural, a Carta de Direitos Humanos de Nairóbi, Quênia, de 1981, no art. 24, assegurou que todos os povos têm direito a um meio físico satisfatório e global, propício a seu desenvolvimento integral, sendo a saúde um bem e direito metaindividual, só plenamente atingido combatendo-se a poluição, que acarreta o surgimento de inúmeras doenças. Este documento menciona, adotando um conceito amplo de saúde, que “toda pessoa tem direito de viver em ambiente sadio e de beneficiar-se dos equipamentos coletivos essenciais”.<sup>2</sup>

Nos dias atuais, os direitos humanos destacam-se no cenário internacional, tanto assim que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, determina que em suas relações internacionais, o Brasil rege-se, entre outros princípios, pela prevalência destes direitos. Lamentavelmente, a Carta Magna não é tão explícita

<sup>2</sup> SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, primeira parte, *in passim*.

quando se refere às relações internas, assim, injustiças ambientais continuam sendo cometidas em nome da preservação ambiental enquanto, quando se trata de grandes interesses econômicos, estes são “flexibilizados”.<sup>3</sup> Direitos humanos e Justiça Ambiental são institutos que devem caminhar de mãos dadas, posto que ambos buscam proporcionar ao ser humano uma vida digna e despida de preconceitos estrábicos.

Inegavelmente, as questões de etnicidade estão ligadas a injustiças ambientais, posto que, em nome da preservação ambiental, condenam-se as comunidades indígenas e as comunidades tradicionais a viverem na Idade da Pedra, sem usufruir dos mais comecinhos confortos proporcionados pela modernidade, como luz elétrica, saneamento e inclusão digital.<sup>4</sup> Os direitos dessas comunidades estão agasalhados pelos direitos humanos e das minorias, como bandeira a ser defendida universalmente, tanto nos países subdesenvolvidos quanto nos desenvolvidos.

As questões étnicas não impedem a sustentabilidade ambiental, sendo factível ocorrer em terras indígenas sem impedir o crescimento econômico.<sup>5</sup> Estão os povos indígenas excluídos da proteção dos direitos humanos? A utilização de recursos naturais existentes em reservas indígenas, preponderantemente em caráter de subsistência, exclui o desenvolvimento socioeconômico da comunidade? No modelo de gestão dos recursos ambientais deve ser garantida a preservação da cultura indígena e suas tradições? É isto que vou analisar, no intuito de desmistificar etnopreconceitos, afastar a injustiça ambiental e permitir a implementação de um regime peculiar de desenvolvimento nas comunidades indígenas, a meu ver perfeitamente factível.

No etnodesenvolvimento, recebe destaque a identidade cultural das comunidades indígenas e o estabelecimento de instrumentos ou programas com o fim precípua de preservá-la. Discute-se a possibilidade das comunidades indígenas alcançarem o desenvolvimento em todos os aspectos, aproveitando as tradições culturais que lhes são peculiares.

## A questão indígena

A Constituição Federal, no art. 231, reconhece aos índios o direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Os indígenas teriam direitos originários sobre as terras que habitam em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais

<sup>3</sup> Um exemplo de flexibilização é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), quando empresas agem de forma contrária aos interesses ambientais, para depois ser ajustada a conduta que deveria estar dentro dos padrões legais desde o início.

<sup>4</sup> Em 2012, foi publicada a determinação de que em processos de licenciamento ambiental, em atividades em terras indígenas estes seriam consultados.

<sup>5</sup> Neste sentido, deve ser registrada a monografia de Mestrado de Eduardo Daniel Lazarte Morón, apresentada às Universidades do Estado do Amazonas e Federal de Roraima, no Mestrado Interinstitucional em Direito Ambiental, sob o título *As implicações jurídicas e socioambientais na criação de município em terra indígena: caso referênciã: Pacaraima/RR*, defendida em 2012. Cabe destacar também o trabalho de Michelle Evangelista Albuquerque Alencar, sob o título *O etnodesenvolvimento como um respeito étnico*, apresentado no mesmo curso, em 2011.

necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições e que se destinam à sua posse permanente. Cabe-lhes apenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, num tratamento diferente ao dispensado aos quilombolas,<sup>6</sup> no art. 68 das Disposições Transitórias, que se reconheceu a titularidade do direito de propriedade. Estas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

A Declaração de Barbados, elaborada durante o Simpósio sobre a Fricção Interétnica na América do Sul, no período de 25 a 30 de janeiro de 1971, trouxe a lume a imprescindibilidade de o Estado garantir amparo específico aos grupos indígenas e regradar as frentes de expansão nacional iniciadas, por volta de 1900, quando o Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN).<sup>7</sup>

A CF garante às comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento dos recursos hídricos, disciplinados pela Lei nº 9.433/1997, dos potenciais energéticos, da pesquisa e da lavra das riquezas minerais serem ouvidas e que a competência para autorizar estes aproveitamentos dependerá do Congresso Nacional, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. A forma como a Constituição afasta a incidência dos §§ 3º e 4º do art. 174,<sup>8</sup> induzindo a crer que, em reservas indígenas, não atuarão cooperativas de garimpeiros, as quais, num passado próximo, tiveram péssima atuação ambiental, em especial em Serra Pelada e Tepequem (RR).

As comunidades indígenas só podem ser removidas de suas terras, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população. No interesse da soberania do País, essa remoção dependerá de prévia deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

O caso da Raposa Serra do Sol, em que arroteiros tiveram que ser retirados da reserva após sua demarcação, está fincada no § 6º do art. 231 da CF, que prevê a nulidade e extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. É feita ressalva quando houver relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, ainda não editada, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.<sup>9</sup> A questão foi

<sup>6</sup> Quilombolas é designação comum aos escravos refugiados em quilombos ou descendentes de escravos negros cujos antepassados no período da escravidão fugiram dos engenhos de cana-de-açúcar, fazendas e pequenas propriedades onde executavam diversos trabalhos braçais para formar pequenos vilarejos chamados de quilombos. Existem mais de duas mil comunidades quilombolas espalhadas pelo território brasileiro, que mantêm-se vivas e atuantes, lutando pelo direito de propriedade de suas terras.

<sup>7</sup> Em 1918, o SPILTN passa a se chamar apenas SPI (Serviço de Proteção aos Índios). A parte referente à “Localização de Trabalhadores Nacionais” é transferida para o Serviço de Povoamento do Solo, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

<sup>8</sup> § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

<sup>9</sup> A demarcação das terras indígenas é regulada pelo Decreto nº 1.775/96. Uma das etapas previstas no procedimento de demarcação é a desocupação da terra por não índios, que deverão ser reassentados (art.



decidida pelo STF determinando a desocupação da terra pelos arroteiros, através da Petição 3.388-4 RORAIMA, em que foi relator o Ministro Carlos Britto.

Para defesa dos direitos indígenas, o art. 232 atribui aos índios, suas comunidades e organizações, legitimidade processual, com obrigatória participação, na forma do art. 84 do CPC, do Ministério Público. Esta participação é ineficaz enquanto o grupo não tiver condições de efetivamente optar. A falta de informação e formação pode induzir que eles sejam enganados facilmente.

As diretrizes delineadas pela Constituição de 1988 forneceram uma nova base para a relação entre sociedade nacional e povos indígenas, mas que, na prática, permanece ainda mais virtual que real. A proteção do conhecimento indígena da diversidade biológica também auxilia a mudança de situação.

## Etnodesenvolvimento

Darcy Ribeiro, em 1957, traçou um panorama dramático da situação indígena no Brasil, em particular da Amazônia brasileira. Com o advento da Constituição de 1988, os índios teriam, magicamente, passado da iminência de extinção ao reconhecimento de seus direitos sobre 12% do território nacional, incluindo mais de 20% da Amazônia.

No censo de 2000, 400 mil habitantes citadinos se declararam índios. O IBGE informou, em censos anteriores, que a população indígena brasileira chegava a 770.000 pessoas, número que divergia das informações da Funai e da Funasa que noticiavam, em 2007, estar este contingente com cerca de 500.000 pessoas.

No Censo 2010, o IBGE acrescentou ao seu questionário pergunta sobre a etnia do entrevistado. A dúvida reside se estas pessoas podem estabelecer um vínculo comunitário direto com o povo indígena que dizem pertencer, em especial ante à recente decisão do STF sobre cotas nas universidades.<sup>10</sup> Muitos brasileiros que se autodeclararam indígenas não sabem dizer de onde vieram e a qual povo pertencem.

Existe um tratamento diferenciado na situação indígena no País. A concentração da assistência internacional na Amazônia faz com que as comunidades fora daquela região estejam em situação muito pior, em termos de conflitos fundiários, abuso de direitos humanos, violência e condições de vida drasticamente empobrecidas.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> do Decreto nº 1775/96) e indenizados pelas as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, § 6º, CF/88). **Raposa-Serra do Sol** é uma área de terra indígena (TI) situada no nordeste de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas. Foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria nº 820/98, posteriormente modificada pela Portaria nº 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15.04.2005 da Presidência da República.

<sup>10</sup> O STF, no processo RE/597285, em que foi relator o Min. Ricardo Lewandowski, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo a constitucionalidade da reserva de vagas nas universidades públicas.

<sup>11</sup> Rodrigo de Azevedo Grünwald, *in* <http://www.ufpe.br/revistaanthropologicas/internas/volume14/Artigo%203.pdf>, aponta como principal problema dos indígenas do Nordeste a falta de demarcação de suas terras.

A ajuda internacional tem prós e contras. É benéfica ao dar visibilidade de más condições de vida dessas comunidades, mas ela produz distorções decorrentes da ausência de gestão para coordenar uma multiplicidade de ações e fontes de financiamento, com objetivos variados e as verdadeiras demandas indígenas. As comunidades ficam na encruzilhada entre o respeito às suas tradições e a tentativa de atender às diretrizes desenhadas pelos “benfeitores”. É também confuso para os doadores estabelecer diretrizes gerais, pois as diversas etnias têm ritos e culturas diferentes. É preciso que índios e doadores percebam e aceitem as intenções mútuas para que ambas as partes fiquem satisfeitas.

Na tentativa de absorção, podem ocorrer suicídios, prostituição e dependência alcoólica, entre outros problemas sociais decorrentes dos choques culturais provocados pela perda da identidade. O melhor é sempre que se proceda às tentativas de inclusão e não de absorção. Naquela, a comunidade indígena terá preservada a sua cultura, evitando choques culturais, com respeito à diferença cultural existente, como é o objetivo do etnodesenvolvimento, posto que o desenvolvimento de comunidades indígenas não pode estar apartado da sua identidade cultural.

O etnodesenvolvimento é uma maneira de garantir o progresso econômico e a preservação ambiental, utilizando o diferencial da sua etnicidade. Para obter sucesso no etnodesenvolvimento é essencial conhecer os hábitos do grupo e estabelecer uma estratégia de aproximação. A preservação cultural<sup>12</sup> e o direito ao desenvolvimento devem desembocar no desenvolvimento sustentável<sup>13</sup> e no etnodesenvolvimento, nova vertente do desenvolvimento, intimamente ligada ao conceito de sustentabilidade ambiental em terras indígenas.

O projeto ou programa de etnodesenvolvimento, para ter sucesso, deve priorizar os interesses das comunidades envolvidas, observando suas reivindicações políticas e necessidades econômicas, mas sem abrir mão da educação, pois é este que promoverá o verdadeiro etnodesenvolvimento.

O desenvolvimento alternativo está voltado para a autossustentação, nos níveis local, nacional e regional, devendo estar fincado, sempre que possível, no uso dos recursos locais quer sejam naturais, técnicos ou humanos (Stavenhagen, 1984, p. 18-19), o que é dificultado pela falta de acesso à informação e à tecnologia.

Nas discussões para elaboração do Pacto de São José da Costa Rica (1981), especialistas pontuaram que o etnodesenvolvimento é “contraponto crítico e

<sup>12</sup> Cultura (do latim *colere*, que significa cultivar) é um conceito de várias acepções, sendo a mais corrente a definição genérica formulada por Edward B. Tylor, segundo a qual cultura é “aquele todo complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros hábitos e aptidões adquiridos pelo homem como membro da sociedade”.

<sup>13</sup> Desenvolvimento Sustentável é um conceito sistêmico que se traduz num modelo de desenvolvimento global que incorpora os aspectos de desenvolvimento ambiental. Foi usado pela primeira vez em 1987, no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada em 1983 pela Assembleia das Nações Unidas. A definição mais usada para o desenvolvimento sustentável é: o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os *habitats* naturais.

alternativo às teorias e ações desenvolvimentistas e etnocidas,” para a visão míope de que as sociedades indígenas e as comunidades tradicionais são obstáculos ao desenvolvimento, o que justificaria o etnocídio.

Antes da preocupação internacional com os direitos humanos, as minorias e os grupos vulneráveis foram vítimas de um tratamento etnocida,<sup>14</sup> no qual o objetivo era a assimilação do grupo e não o respeito à sua cultura, sob a justificativa confortável da irrelevância da sua contribuição para a ciência e dos obstáculos para o “progresso”, numa visão economicocêntrica, em que pese ser reconhecido pela ciência o valor do conhecimento tradicional.<sup>15</sup>

O etnodesenvolvimento e a conversão da diversidade biológica superam este dogma, apontando como o conhecimento tradicional é útil para o desenvolvimento. Os direitos humanos, por sua vez, demonstram as vantagens da diversidade cultural, afastando o preconceito ideológico.

A aplicação do etnodesenvolvimento às políticas públicas indigenistas pressupõe o redimensionamento do tempo produtivo dos grupos indígenas, com a priorização da produção de bens destinados a um mercado que valorize as sociedades indígenas e suas tradições/conhecimentos, bem como as formas de produção que levem em conta a preservação ambiental. Para que o etnodesenvolvimento se torne efetivo é essencial que as comunidades indígenas contem com apoio financeiro em mecanismos de fomento ligados aos novos modelos de gestão da política indigenista, com base no princípio da cooperação que norteia o direito ambiental. Ou seja, para que dê certo e se torne efetivo, o etnodesenvolvimento deve contar com a participação de **todos**.

O surgimento do conceito de etnodesenvolvimento, entre as décadas de 80 e 90, é perfeitamente justificado pelas discussões preparatórias para a Convenção Rio 1992, fincadas no Relatório Brundtland de 1987,<sup>16</sup> que tratou do desenvolvimento sustentável e da diversidade biológica.

Foi a academia, algumas lideranças indígenas e ONG's, que introduziram o termo etnodesenvolvimento, atualmente já incorporado ao discurso de agências governamentais, que defendem o respeito a valores alienígenas, sem imposição de cultura geral, na busca de uma convivência pacífica e produtiva, com o uso sustentável dos recursos naturais por essas populações. Este sistema possibilita alcançar uma sustentabilidade econômica e ambiental em níveis.

Discutem-se analogias e contrates entre o etnodesenvolvimento e as concepções vinculadas ao sucesso econômico. Registre-se que a própria sociedade tradicional vem alterando seus indicadores de ‘progresso’, como aconteceu com o PIB, renda *per capita*, que passou a usar novos parâmetros.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Stavenhagen (1984, p. 33) define etnocídio “como a política de destruição da identidade cultural de um grupo étnico, devendo, assim, ser distinguido dos processos naturais ou espontâneos de aculturação e mudança cultural. [...] As políticas da maioria dos governos latino-americanos, em relação a suas próprias populações indígenas, chamadas de ‘indigenismo’, e apoiadas nas melhores intenções e na terminologia desenvolvimentista, são etnocidas em seu conteúdo e nos resultados.”

<sup>15</sup> A Convenção da Diversidade Biológica, assinada em 1992, durante a Rio 92, e incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais e seu valor econômico.

<sup>16</sup> O documento recebeu este nome em homenagem a Gros Brundtland, então Ministra da Noruega, publicado no Brasil pela Fundação Getúlio Vargas sob o título *Nosso futuro comum*.

<sup>17</sup> O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) mede os avanços de um país com base em três dimensões básicas: esperança de vida ao nascer, educação (alfabetização de adultos e taxa

O diferencial para o etnodesenvolvimento é o envolvimento efetivo da comunidade nessa nova dinâmica, atribuindo-lhe o manejo dos recursos naturais. Mas, apenas o envolvimento não é suficiente se não for acompanhado da imprescindível capacitação do grupo, permitindo o exercício e a continuidade desse processo. O Decreto nº 6.861, de 27 de maio de 2009, com uma visão étnica, ao dispor sobre educação escolar indígena, determina que esta seja organizada com a participação da comunidade, observada a sua territorialidade e respeitando suas necessidades e especificidades. Reconhece-se às escolas indígenas a condição de escolas com normas próprias e diretrizes curriculares específicas, voltadas ao ensino intercultural e bilíngue ou multilíngue, gozando de prerrogativas especiais para organização das atividades escolares, respeitado o fluxo das atividades econômicas, sociais, culturais e religiosas e as especificidades de cada comunidade, independentemente do ano civil.

Neste sentido, em 2009, o Estado de Roraima fez um concurso público<sup>18</sup> para professores indígenas. Após a nomeação, os concursados não foram aceitos pela comunidade indígena, que indicou os seus: todos nativos e poucos falando português. Leiam estas linhas como um depoimento que faço, um conhecimento direto, pois os professores, indicados pela comunidade, ficaram hospedados no mesmo hotel em que eu estava. Entendo que estas indicações contrariam a Constituição Federal, que exige o concurso público para ingresso no serviço público, e os ideais de etnodesenvolvimento, vez que, para inclusão das comunidades, é essencial que os indígenas sejam bilíngues, ou nunca iremos transpor o abismo entre as culturas.

A combinação entre a problemática do desenvolvimento e o reconhecimento da diversidade cultural “introduz um conjunto de novos temas no seio do espaço público dos Estados nacionais”. Seus efeitos são sentidos em dois planos: político e econômico. No primeiro, dando um recorte étnico à autodeterminação dos povos e questionando as noções excludentes de soberania nacional. No segundo, constata-se que as práticas de etnodesenvolvimento tendem a ocupar o lugar de “alternativas” econômicas, particularmente onde a ideologia neoliberal é predominante (Little, 2002, p. 8).

A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como o Estatuto do Índio, seguindo o Código Civil de 1916, considerou os indígenas como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão estatal. Atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio a tutela estatal. Em seu primeiro artigo, a lei estabelece que seu objetivo é “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”.<sup>19</sup>

A CF/88 reconheceu a identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições) das comunidades indígenas, assegurando o direito de permanecerem como índios e explicita, como direito originário (que antecede à criação do Estado), o usufruto das terras que tradicionalmente ocupam, cabendo ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do Estado passa, então, da tutela de pessoas para a tutela de direitos.

---

bruta de matrículas nos níveis primários, secundário e universidade combinados) e o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, determinando que quanto mais próximo de um for o índice, mais alto o desenvolvimento humano.

<sup>18</sup> A exigência de concurso público de provas e títulos vem da Constituição Federal. Apesar dos concursados falarem alguns idiomas indígenas, a comunidade não os aceitou.

<sup>19</sup> Os tribunais tendem a flexibilizar esta “incapacidade” na esfera penal, admitindo a responsabilidade dos indígenas que estiverem aculturados e tenham condições de entender o caráter antissocial de sua conduta.

O meio ambiente interfere e condiciona o ser humano, que vive dentro de uma teia de relações, a que Bronfenbrenner denominou de desenvolvimento contextualizado. Qualquer hipótese de mudança ou integração introduzida nas pessoas, por ambientes ora receptivos ora adversos, está fincada no cotidiano, não devendo ser imposta externamente. Assim, o etnodesenvolvimento não é algo isolado ou instantâneo.

## Tipologia do meio ambiente e a questão cultural

Direito ambiental é um conjunto de regras, princípios, ações governamentais e políticas públicas que busca a harmonização do homem com o meio ambiente. Envolve aspectos naturais; culturais, construídos e do trabalho. Apesar do meio ambiente ser indivisível, sua diversidade dá origem a uma tipologia. Para alguns, uma dicotomia: natural e humano, neste compreendido o cultural, o construído e o do trabalho. A Convenção de Estocolmo fala em meio ambiente natural e meio ambiente artificial.

Mantenho, para fins didáticos, a tipologia de: natural, construído, cultural e do trabalho, considerando que possuem regulamentação própria, com institutos jurídicos diferentes, e que, topograficamente, a Constituição Federal a situou os em oportunidades diferentes (artigos 225; 215/216; 182/183 e 200, respectivamente).

Neste trabalho, analiso, sob a ótica da Justiça Ambiental, o meio ambiente natural, através da sustentabilidade de seus bens, e o meio ambiente cultural, ao considerar aspectos culturais de comunidades indígenas, e a questão econômica, ligada ao desenvolvimento social e econômico.

Meio ambiente cultural é constituído do patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico<sup>20</sup> e cultural que englobam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215 da CF). Inicialmente, a cultura era confundida com o aprimoramento da capacidade de produção intelectual do homem, identificada com a erudição. Assim, só a elite poderia produzir cultura, pessoas simples ou indígenas, sob esta ótica, não teriam cultura, apenas costumes.

No século XVIII, cultura transforma-se no sinônimo de civilização, evolui para a educação recebida pelo homem, englobando as obras, as invenções e o avanço tecnológico. Posteriormente, o termo cultura abrangeu também as relações humanas, tornando-se sinônimo de história e transformou-se num repositório de aspectos sociojurídicos de uma comunidade.

O Pacto Social de 1988 modificou o conceito de cultura, que deixa de ser produzida apenas pela educação formal, tornando o conceito mais abrangente, agasalhando bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras,

<sup>20</sup> Espeleologia (do latim *spelaeum*, do grego *σπηλαιον*, “caverna”) é a ciência que estuda as cavidades naturais e outros fenômenos cársticos, nas vertentes da sua formação, constituição, características físicas, formas de vida, e sua evolução ao longo do tempo.

objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Pela leitura do *caput* do art. 216 poder-se-ia imaginar que todos os bens culturais ficaram automaticamente protegidos. Contudo, este artigo não é autoaplicável, ou seja, necessita de lei que viabilize sua aplicação, que não está prevista na CF, como a identificação do bem nem a forma de proteção. Claro que o Decreto-Lei nº 25/1937, que regulamenta o tombamento, foi plenamente recepcionado pela nova ordem constitucional, mas é insuficiente para a proteção deste patrimônio.

O § 1º do art. 216 da CF prevê como forma de proteção cultural o inventário, o registro, a vigilância, o tombamento e a desapropriação, abrindo ainda a possibilidade de outras formas de acautelamento e preservação sem discriminar quais sejam, deixando que os Estados e Municípios exerçam sua criatividade na matéria ao adotarem os institutos que sejam mais apropriados a cada região ou local.

Vale consignar que a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata de crimes ambientais, não distingue a forma de proteção para tipificar como crime o dano a bens culturais sejam qual for a esfera de proteção, se administrativa, se judicial ou decorrente de lei. Mas, protege apenas os bens materiais, não tipificando qualquer crime contra bens imateriais.

## Justiça ambiental

O desenvolvimento sustentável e o respeito à cultura de etnias vêm ao encontro dos princípios da Justiça Ambiental. O provérbio que “a corda sempre arrebenta na parte mais fraca” parece ter sido aplicado, por muito tempo, para determinar que segmento social suporta os ônus ambientais.

A busca pela equidade era a principal reivindicação do movimento de Justiça Ambiental, pleiteando a isonomia de acesso aos bens ambientais disponíveis, para fruição racional. Como dimensão substantiva, tinha-se que os ônus decorrentes do desenvolvimento econômico, especialmente os alcançados de forma irresponsável por agentes públicos e empresários, deveriam ser preferencialmente eliminados ou, pelo menos, suportados igualmente por toda a coletividade, enfatizando o controle social e a participação dos segmentos afetados pelas ações/omissões governamentais. Na prática, verifica-se que são os grupos vulneráveis e as minorias de pouca ou nenhuma representatividade política ou financeira, por questões de discriminação religiosa, étnica ou econômica, que suportam o maior fardo ambiental. A Justiça Ambiental contesta a ineficácia da legislação ambiental que deixa de alcançar todas as camadas sociais, marginalizando, ainda mais, comunidades já excluídas economicamente.

Nos EEUU ressurgiu a discussão ambiental, no início da década de 1980, com leis sobre poluição atmosférica e hídrica: “*Clean Air Act*” e “*Clean Water Act*”. Em 1982, o movimento de “Racismo Ambiental” identificou a desigualdade de ações governamentais através do repúdio à instalação de aterros de resíduos perigosos próximos a bairros residenciais de negros e protestou que tais medidas trariam benefícios à classe média em detrimento das comunidades vizinhas aos empreendimentos que pertenciam a grupos desfavorecidos e a minorias raciais.

Lamentavelmente, as minorias e os grupos vulneráveis, como os indígenas e os hipossuficientes financeiros, são afetados desproporcionalmente pelas ações/omissões das ações governamentais. Eles estão mais expostos a danos à saúde e, em geral, são os que têm menor acesso à água potável, ao saneamento básico, aos serviços públicos eficientes e à segurança fundiária. Por este motivo, é necessário garantir que efetivamente possam participar das decisões que os afetem e pleitear medidas compensatórias pelos gravames que suportam, numa forma efetiva de controle social.

O resultado da pesquisa da *Environmental Protection Agency* (EPA) norte-americana sobre a distribuição de riscos ambientais foi decisivo para o movimento. A investigação, apesar da dificuldade em estabelecer a correlação entre patologias e os danos ambientais pela falta/negação de dados, constatou diferenças nas taxas de doença/morte e na exposição a determinados poluentes conforme critérios socioeconômicos e raciais. O que eram reivindicações contra o “racismo ambiental” (*environmental racism*) passou à “justiça ambiental” (*environmental justice*) quando o Governo Federal Norte-americano, na década seguinte, determinou que todas as agências federais considerassem a Justiça Ambiental nos seus processos de decisão.

O professor Robert Bullard construiu sua doutrina a partir da vivência das injustiças e exclusões e é considerado o “pai” da Justiça Ambiental. A consciência da origem do sofrimento que partilhavam provocou uma transformação no grupo vitimizado, que passou a adotar uma postura pró-ativa e exigir papel significativo nos processos de tomada de decisões.

Em 1991, a Cúpula dos Povos de Cor pela Justiça Ambiental (*First National People of Color Environmental Leadership Summit*), realizada em Washington, divulgou a Declaração dos Princípios de Justiça Ambiental. Na década de 90, o movimento adquiriu uma dimensão planetária e intergeracional. Em 2003, durante o workshop “*Improving Environmental Justice in Central and Eastern Europe*”, foram analisadas as injustiças cometidas por regimes comunistas que priorizavam o desenvolvimento.

Leis, atos de gestão e políticas públicas, norteados pelo “tráfego de influência”, distinguem os diversos segmentos sociais na alocação de recursos ou na instalação de equipamento/mobiliário urbano, apesar dos recursos serem oriundos de arrecadação entre contribuintes sem vínculo com a questão. Além da distribuição dos benefícios, riscos e gravames, a Justiça Ambiental possui um viés de cidadania, tirando do papel as políticas públicas ambientais, preservando a saúde do cidadão, diminuindo diferenças sociais e promovendo a inclusão social, o que é perfeitamente aplicável ao etnodesenvolvimento.

O Brasil nasceu sob a égide da injustiça social e econômica, visto por Portugal como um “fornecedor” de matérias primas, com um sistema de exploração e de destituição da dignidade dos trabalhadores escravizados, o que ainda se perpetua.

Aqui os exemplos de injustiça ambiental são muitos e sempre graves, como o Césio de Goiânia ou a Cidade dos Meninos em Duque de Caxias. Desabamentos nas cidades do Rio de Janeiro (Nova Friburgo, Petrópolis e Teresópolis), em geral por falta de saneamento básico (drenagem) são constantes nos meses de dezembro e janeiro, quando há grande precipitação pluviométrica. As hipóteses indígenas são muitas, no dia a dia, mas difíceis de indicar pelo silêncio da mídia em torno do tema, salvo quando há mortes de não indígenas, o que reforça a ideia de que a etnia é violenta e selvagem e não merecedora de apoio financeiro para o seu desenvolvimento.

A Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), criada em 2001, incentiva ações que articulem as lutas ambientais com as por justiça social. No Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói/RJ de 24 a 27 de setembro de 2001, foram formuladas denúncias sobre a dimensão ambiental das desigualdades econômicas e sociais existentes nos países representados, concluindo-se que a injustiça ambiental caracteriza o modelo de desenvolvimento dominante no Brasil, em especial quando fala-se em meio ambiente do trabalho.

A RBJA destaca a necessidade de assegurar a isonomia e a isogoria, sem distinção de etnia, raça ou classe, com acesso justo e equitativo aos recursos ambientais do País. Para tanto, é essencial o acesso às informações relevantes para a proteção de riscos ambientais. A facilitação para a participação popular e a constituição de organizações populares auxilia a construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.<sup>21</sup>

Existem danos, decorrentes da flexibilização de normas, que produzem vantagens apenas para um pequeno grupo de pessoas em detrimento de uma comunidade, como aconteceu na demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, reserva contínua, mas com a colocação de diversas etnias, algumas tradicionalmente inimigas.

## Direito das minorias

Impossível dissociar grupos vulneráveis e minorias da luta internacional pelo reconhecimento dos direitos humanos. A angulação do problema é ampla, exsurgindo a indagação: todos são iguais? Acredito que não, que somos plurais e é da desigualdade que surge o direito de resistência, de se opor ao injusto, de lutar para que as diferenças sejam minimizadas e não se aprofundem. Assim, as etnias indígenas são distintas, mas com previsão constitucional de proteção, com direito à inclusão, fugindo-se da simples absorção.

Erroneamente, a designação pode induzir que “minorias” são contingentes quantitativamente insignificantes, como grupos de indivíduos, posto que alguns seguimentos sociais, apontados como minorias, são numericamente significativos.<sup>22</sup> Estes paradoxos são a essência de uma discriminação que não deveria existir.

<sup>21</sup> Considera: “a - assegurem que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; b - asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; c - asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; d - favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.” [http://www.justicaambiental.org.br/\\_justicaambiental/pagina.php?id=229](http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229); acessado em 23/12/2009, às 18 horas.

<sup>22</sup> A questão de gênero é significativa, pois as mulheres já constituem mais da metade da população mundial e são consideradas minoria. O mesmo ocorre com os idosos, quase beirando os 8% da população mundial, e ainda não reconhecidos como grupo com características e interesses próprios.



O texto da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1992 sobre Direitos de Minorias, reiteradamente, sem estabelecer uma definição, faz referência a *persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities* (pessoas que pertencem a uma nacionalidade ou minorias étnicas, religiosas e linguísticas).

Uma definição de minorias, em direito internacional, pode impedir o processo de fixar padrões e excluir os que não tinham sido incluídos na Declaração; a lei tem procedido na realidade sem definições precisas para preservar a flexibilidade, a franqueza e a possibilidade de progresso.

Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não dominância no País onde vivem, como o exemplo indígena. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como mulheres, crianças e idosos. Para alguns, são grupos vulneráveis, postos destituídos de poder, mas guardam a cidadania e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias. Na prática, tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou, no presente estudo, a não nos atermos à diferença existente.

Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que, com certa frequência, eles não têm sequer a noção que estão sendo vítimas de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos. É necessário primeiro despertar a consciência para depois propor posicionamentos de reivindicação de direitos adormecidos.

## O direito de todos ao desenvolvimento

Existe uma preocupação internacional de minimizar as diferenças e estabelecer metas para um crescimento contextualizado, plural e globalizado do ser humano. Busca-se riscar a possibilidade de que um entendimento anacrônico permita que situações nefastas sejam repetidas. A Organização das Nações Unidas (ONU), através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tenta dinamizar o desenvolvimento humano e fomentar o respeito aos direitos humanos, ou seja, o direito de ter direitos. O direito ao desenvolvimento pressupõe à autodeterminação econômica; soberania permanente sobre a riqueza e os recursos naturais e emergentes, interdependência do direito ao desenvolvimento à observância de todos os direitos humanos.

Em outra oportunidade, (Séguin, 2006, p. 133) destaquei que todos os aspectos do direito ao desenvolvimento são indivisíveis e interdependentes, abrangendo os aspectos econômicos, sociais e culturais, sem esquecer os direitos civis e políticos. O direito ao desenvolvimento pressupõe o direito de livre escolha (direito de participação) do sistema econômico-social; situação como o crescimento do desemprego, da pobreza e da fome, a falta de acesso a serviços básicos de saúde e educação, são incompatíveis com o direito ao desenvolvimento.

Já se definiu desenvolvimento como “um processo de aperfeiçoamento em relação a um conjunto de valores” (Colman & Nixon, 1981). Claro que, se mudam

os valores da sociedade, o desenvolvimento deverá se adaptar aos novos padrões. Esta permanente mutação dificulta uma conceituação precisa de desenvolvimento.

No passado, o desenvolvimento confundia-se com o progresso econômico, numa concepção restritiva e sem vinculação socioambiental, vinculado ao grau de industrialização e de crescimento econômico de um grupo. Se o desenvolvimento era sinônimo de uma projeção meramente econômica, é óbvio que valores como cultura e meio ambiente, que poderiam aumentar custos, deviam ser desconsiderados. Esta visão consumista e antiambiental é o oposto do etnodesenvolvimento e do desenvolvimento sustentável. Esta postura pode ser percebida no discurso de Getúlio Vargas, em visita realizada, em 1940, à Amazônia (Davis, 1978, p. 46).<sup>23</sup>

Este conceito de desenvolvimento vinculado a desempenho econômico, num enfoque capitalista e economicocêntrico, apenas aumentava os abismos sociais. O crescimento econômico é um pressuposto do desenvolvimento, mas não seu único enfoque, devendo ser agregados outros valores, como os sociais, culturais, ecológicos e ambientais, etc.

Esta visão míope e restritiva levou países a priorizar a produção de bens para exportação, enquanto necessidades básicas internas do próprio País não eram supridas e atendidas.

É necessário repensar o modelo de crescimento econômico e progresso, para priorizar o atendimento das necessidades da humanidade sem prejuízo das gerações futuras, pois os modelos antigos são insustentáveis, colocando em risco o futuro do planeta.

## Desenvolvimento sustentável

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada pela primeira vez em 1972, em Estocolmo, deu início às negociações de um movimento para o desenvolvimento compatível com a proteção e a preservação ambiental.

A visão tradicional de desenvolvimento desatendia aos anseios sociais e do estado da técnica, provocando uma tendência mundial que defendia um desenvolvimento no qual a figura central é a preservação ambiental e não o lucro. O desenvolvimento sustentável pauta-se no equilíbrio entre os valores econômico, social e ambiental. Benchimol (2001, p. 22) ressalta que o processo de crescimento significa *ficar maior*, enquanto desenvolver expressa o *ficar melhor*. Considera o termo um pleonasmo, “pois enquanto o crescimento econômico implica expansão da produção econômica em termos quantitativos, o desenvolvimento exige sempre mais qualidade: produção maior, porém melhor; mais abundante, menos agressiva, gestão superior da produtividade, incorporando valores extra-econômicos, como os sociais, biológicos, físicos, políticos, sociais e éticos.” ***Desenvolvimento sustentado*** surge como um densificador da preservação ambiental, diferenciando-se do sustentável e dando margem ao surgimento do Princípio do Cuidador/Recebedor e do etnodesenvolvimento.

<sup>23</sup> Discurso de Getúlio Vargas “Não vim à Amazônia com o ponto de vista de um turista, que aqui encontra tantos motivos de espanto e leva consigo impressões profundas. Vim com o propósito de ver possibilidades práticas de pôr em execução um plano para a exploração sistemática da riqueza e do desenvolvimento econômico do grande vale.”

Minimizar os efeitos de atuar que seja ambientalmente prejudicial é dever a que nenhum gestor, público ou privado, pode ou quer se furtar. Os maus gestores são apresentados como poluidores, mas empresas ecoeficientes estão na vanguarda, utilizando-se do marketing ambiental como forma de promoção de seus produtos.

Para Azanha (2002, p. 30), o desenvolvimento sustentável “pretendeu impor limites à escala dos processos de industrialização, qualificando ou reputando como ‘sustentáveis’ apenas os processos industriais e tecnológicos que reinvestem parte da riqueza na reposição e conservação dos recursos naturais.” A nosso ver não é suficiente o reinvestimento de parte da riqueza, este deve ocorrer considerando valores culturais e sociais, que o grupo social entenda importante. Ou seja, não basta o retorno parcial do investimento, se este for feito em algo que seja desimportante para a sociedade.

A Comissão Brundtland definiu o desenvolvimento sustentável como um novo caminho de progresso social e econômico que: “(...) procura atender às aspirações do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro”. Porém, existem obstáculos a superar para atingir o patamar de sustentabilidade, implementando alternativas de gestão, abandonando a tradição de usar os bens naturais como se eles fossem infinitos e inesgotáveis.

A publicação do Relatório, em 1987, trouxe a falsa concepção que os danos ambientais decorrentes da industrialização seriam corrigíveis com o pagamento de taxas de reposição. Esta ideia foi refutada posto ser duvidosa a contabilização dos custos ambientais. Vale consignar que a CF de 1988, no art. 170, subordina a atividade econômica à proteção ambiental. O desenvolvimento sustentável não é uniforme sendo impossível inferir que as necessidades das futuras gerações serão iguais às atuais.

No Brasil, o conceito de desenvolvimento sustentável foi introduzido pela Lei nº 6.803/1980, que dispôs sobre o zoneamento industrial em áreas críticas de poluição. A Lei nº 6.938/81, no art. 2º, fala em “desenvolvimento socioeconômico”.

## Etnodesenvolvimento e sustentabilidade ambiental

O etnodesenvolvimento, segundo Azanha (2002, p. 31), deve priorizar e valorizar:

1. A satisfação de necessidades básicas de pessoas em vez do crescimento econômico;
2. A resolução dos problemas e necessidades locais;
3. O conhecimento e a tradição locais na solução dos problemas;
4. Manter relação equilibrada com o meio ambiente;
5. A autossustentação e a independência de recursos técnicos/pessoais, com atividades mais participativas.

Para atingimento desses objetivos, devem ser utilizados os seguintes parâmetros:

- a) Aumento da escolaridade, tornando os jovens aldeados bilíngues;
- b) Direito ao desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana, com a satisfação do mínimo existencial, inclusive segurança alimentar plenamente atingida;
- c) Geração na aldeia de recursos, de forma sustentável e não predatória, e
- d) Pleno domínio das relações com o Estado e as agências de governo, permitindo que essas relações sejam definidas sem prejuízo para a comunidade indígena e consoante os princípios da legalidade, da isonomia, da eficiência e da transparência.

Inegavelmente, o etnodesenvolvimento é instrumento de política pública indigenista, tornando efetiva a relação entre os índios e os recursos naturais. Aliado a isso, busca-se estabelecer uma visão convergente entre o enfoque da preservação cultural e os costumes dos indígenas e o da proteção do meio ambiente, recorrendo-se a abordagens interdisciplinares, por exemplo, com a antropologia e a ciência ambiental.

Constata-se a necessidade do surgimento de um novo modelo de gestão da política pública indígena, através da inclusão e não da absorção, da garantia ao acesso à educação e à informação e do surgimento de parcerias entre as ações governamentais e o terceiro setor.

A discussão acadêmica impõe um novo modelo de gestão, com a imperiosa reformulação das políticas governamentais indígenas, banindo atitudes oportunistas, antiambientais ou etnocidas. O índio tem que ser visto como possuidor da proteção dos direitos humanos!

As questões indígenas possuem uma especificidade a ser sopesada na busca de soluções, junto com a utilização racional e sustentável do meio ambiente, com ênfase no regionalismo das populações, nas pluralidades étnica e ecológica existentes no Brasil, um País de dimensões continentais.

Para que o etnodesenvolvimento seja efetivo é essencial investir em educação, inclusive ambiental, capacitando o índio a se tornar senhor do seu destino, que ele ainda não é. Ele terá que se capacitar para ser o gestor de seu próprio desenvolvimento.

Gallois (2001, p. 169) destaca as restrições à autogestão, repudiando a terminologia de “proteção” ou a limites à “participação” dos índios na tomada de decisões de seu próprio desenvolvimento, em “condições que não atendem às reivindicações de soberania reclamadas pelos representantes indígenas”.

O etnodesenvolvimento reveste-se de entraves quando existem grupos pluriétnicos numa mesma nação (sociedades etnicamente heterogêneas), uns dominantes e em número maior e outros em minoria. Constatada essa realidade, geralmente surgem conflitos, pois os grupos dominantes tentam controlar as minorias, ou ainda, as minorias brancas acabam prevalecendo em detrimento dos grupos indígenas, que são em número maior. Essa realidade denomina-se etnocracia.<sup>24</sup>

Deve ser ressaltado que o respeito à identidade cultural não se restringe à do grupo dominante, inexistindo o mesmo respeito aos grupos minoritários ou culturas oprimidas no interior dos estados-nações, ou ter-se-á uma minoria dentro de uma minoria. Em geral, o enfrentamento cultural e de direitos humanos é omitido, não tendo a economia e a política sido capazes de solucionar os impasses étnicos. Stavenhagen (1984, p. 24-25) sugere que ignorá-los “representa, não uma omissão, mas um ponto-cego paradigmático,

<sup>24</sup> Neste sentido, Stavenhagen (1984, p. 30-31). “Quando o grupo étnico dominante é, também, a maioria numérica, as relações entre os grupos étnicos definem-se em termos de ‘problemas de minorias’. [...] A maioria branca vive preocupada porque as maiorias (negros, latinos, hispânicos e orientais) podem, realmente, tornar-se uma maioria demográfica no futuro. [...] Em algumas etnocracias, o grupo étnico dominante é uma minoria numérica. Quando isto ocorre na situação colonial clássica, temos o caso nítido de luta de libertação nacional. Mas nem sempre é assim, como demonstra o trágico exemplo contemporâneo da etnocracia da África do Sul. Em algumas sociedades latino-americanas (notavelmente a Bolívia e a Guatemala), o grupo étnico dominante minoritário são os mestiços ou descendentes dos espanhóis, e a maioria são os índios nativos. Os primeiros identificam a nação consigo mesmos, enquanto os últimos questionam cada vez mais o modelo vigente de Estado nacional etnocrático. O conceito de nação tende a rejeitar a ideia de pluralismo étnico.”

pois, certamente, é impossível afirmar que os fenômenos étnicos sejam insignificantes e não mereçam atenção”, como comprovado por inúmeros conflitos sangrentos que a história universal registra, nos quais a questão étnica era central. Na opinião do ilustre autor, “uma possível razão para isto é que os paradigmas da moderna teoria social não incluíram o fator étnico como relevante para as perguntas feitas à realidade.”

Outro enfoque da grande importância está ligado à autonomia dos índios, considerados relativamente incapazes, com suas tradições e saberes desvalorizados, com “a construção de instrumentos que localizem as áreas que melhor asseguram o direito à diferença e se prestam à troca de saberes e/ou de bens entre as sociedades indígenas, os segmentos sociais dominantes e a administração indigenista.” (Souza Lima e Barroso-Hoffmann, 2002, p. 20):

A Declaração da ONU de 1986, sobre o Direito ao Desenvolvimento, concebe o desenvolvimento como uma meta a ser alcançada por meio da participação ativa e livre da população concretizado por intermédio de um processo global, econômico e político, sem demonstrar preocupação com as peculiaridades e a representatividade das comunidades indígenas e outras minorias, pois se sabe que as questões referentes à autodeterminação e à soberania sobre seus territórios e recursos naturais não parecem estar asseguradas.

A dicotomia entre tutela do Estado e autodeterminação dos povos obstaculiza a consecução do etnodesenvolvimento em sua acepção mais ampla.

## Conclusões

O desenvolvimento sustentável só floresce numa democracia participativa, no qual a responsabilidade pela preservação ambiental englobe o Estado, a sociedade organizada e os cidadãos, unidos no objetivo de melhorar a qualidade de vida e preservar os recursos naturais para as futuras gerações.

O direito ao desenvolvimento é um direito humano subjetivo, posto que ninguém pode ser entregue à própria sorte, vivendo na Idade da Pedra quando o mundo já conquistou o espaço sideral.

As etnias indígenas estão sob a proteção dos direitos humanos e não podem ser dissociadas da sustentabilidade ambiental, como foi inicialmente considerado, sendo perfeitamente possível a sua compatibilização, desde que as ações governamentais respeitem os costumes indígenas e fomentem a participação da comunidade em seus destinos, já que o direito ao desenvolvimento pressupõe o direito de livre escolha do sistema econômico-social e a autodeterminação desses povos.

Os recursos naturais existentes em reservas indígenas, resguardadas as características culturais do grupo, devem ser utilizados para fomentar o desenvolvimento socioeconômico da comunidade de forma sustentável.

A adoção e a implementação de políticas públicas ambientais indigenistas, bem como as ações governamentais correlatas a serem desenvolvidas em prol do desenvolvimento e progresso do respectivo grupo étnico, devem zelar pela preservação cultural indígena.

Para viabilizar o etnodesenvolvimento é necessária a adoção de uma política indigenista interativa, com fomento da educação clássica, mas preservando a

cultura étnica, valorizando-se a diversidade cultural quando da implementação de políticas públicas.

O etnodesenvolvimento engloba aspectos interdisciplinares, num modelo que agregue o desenvolvimento da cultura indígena, a preservação do meio ambiente habitado por esses grupos e o domínio do estado da técnica.

Os entraves do etnodesenvolvimento surgem não em decorrência dos seus postulados, mas, principalmente, da equivocada interpretação desse processo pelas entidades governamentais e não governamentais, bem como dos seus dirigentes.

## Referências bibliográficas

- AZANHA, Gilberto. Etnodesenvolvimento, mercado e mecanismos de fomento: possibilidades de desenvolvimento sustentado para as sociedades indígenas no Brasil. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (org). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002, p. 29-37.
- BENCHIMOL, Samuel. *Zênite ecológico e nadir econômico-social: análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia*. Manaus: Valer, 2001.
- CAVALCANTI, Clovis. (org). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez, Fundação Joaquim Nabuco, 1995.
- COLMAN, D; NIXSON, F. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva moderna*. Rio de Janeiro: Campus, 1981.
- DAVIS, Shelton H. *Vítimas de um milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- GALLOIS, Dominique Tilkin. Sociedades indígenas e desenvolvimento: discursos e práticas, para pensar a tolerância. In: GRUPIONI, L. D. B.; VIDAL, L. B.; FISCHMANN, R. (organizadores). *Povos indígenas e tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p.167-188.
- GRÜNEWALD, Rodrigo de Azevedo, <http://www.ufpe.br/revistaanthropologicas/internas/volume14/artigo%203.pdf>
- LITTLE, PAUL E. Etnodesenvolvimento local: autonomia cultural na era do neoliberalismo global. *Campo Grande: Tellus*, ano 2, n. 3, p. 33-52, out.2002
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Garamond, 2000.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada e políticas públicas bases para uma nova política indigenista*. In: Anuário Antropológico/84. Laranjeiras: Edições Tempo Brasileiro Ltda, 1984, p. 11-44.
- SÉGUIN. Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- VERDUM, Ricardo; *Etnodesenvolvimento e Mecanismos de Fomento do Desenvolvimento dos Povos Indígenas*. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (org). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.

# A fundamentação da metafísica dos costumes em *Immanuel Kant* e a promoção da dignidade da pessoa humana

---

Cleyson de Moraes Mello<sup>1</sup>  
Thiago Moreira<sup>2</sup>

## Resumo

Este artigo tem como principal objetivo demonstrar a contribuição de Immanuel Kant à formação do que hoje entendemos como princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, será analisada a crítica feita por Kant à escola filosófica utilitarista capitaneada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Analisar-se-á, ainda, a filosofia moral de Kant no que concerne à ideia de um imperativo categórico, que se alcança com a universalização de máximas e com o tratamento do homem como um fim em si mesmo e não como meio de maximização da felicidade geral. A contribuição da filosofia moral kantiana para elaboração das bases teóricas de um pilar da ciência jurídica, a dignidade da pessoa humana, como pressuposto aberto de sua concretização.

**Palavras-chave:** Kant; moral; dignidade da pessoa humana.

## Abstract

This paper has as main objective to demonstrate the contribution of Immanuel Kant to the formation of what we now treat as a principle of human dignity. Therefore, we will analyze the criticism made by Kant the philosophical school utilitarian captained by Jeremy Bentham and John Stuart Mill. Analyze will also Kant's moral philosophy in relation to the idea of the categorical imperative, which is achieved with the universalization of maxims and treatment of man as an end in itself and not as a means of maximizing the general happiness. The contribution of Kantian moral philosophy for development of theoretical bases of a pillar of legal science, the dignity of the human person, as open assumption of achievement.

**Keywords:** Kant; moral; human dignity.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, UFF, UNIPAC, FAA-FDV, ESA-OAB (Rio de Janeiro e Espírito Santo), 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 do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; 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.

<sup>2</sup> Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC/MG), Juiz de Fora. Ex-estagiário Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 5ª Promotoria de Justiça, Comarca de Juiz de Fora.

## Introdução

*“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.”* (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, art. 1º).

Atualmente não se pode conceber a ideia de um sistema jurídico que não preze pela promoção e manutenção da dignidade da pessoa humana (pelo menos assim deveria ser). Não é por outro motivo que a Constituição de 1988 a proclama como fundamento da República (art. 1º, III, CRFB/88).

Entretanto, a concepção de dignidade da pessoa humana sofreu e sofre mudanças substanciais ao longo do tempo, passando por um conceito que envolve a ideia de um valor intrínseco do ser humano com raízes no pensamento clássico e no ideário cristão, ou por uma concepção constante no pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica que estabelecia a *dignitas* do homem como uma variável proporcional à sua posição social e o grau de reconhecimento que possuía perante a comunidade na qual estava inserido. Tratava-se, portanto, de uma graduação da dignidade, uma estratificação social<sup>3</sup>.

Em especial no século passado, tomando aqui a lição de Hobsbawm<sup>4</sup> que lhe denominou de “breve século XX”, podemos vislumbrar períodos antagônicos (do desprezo à promoção da dignidade da pessoa humana) em um curto espaço de tempo, já que em certo momento a dignidade da pessoa humana foi preterida pela fome desenfreada por poder e dominação, como no caso da Primeira (1914-1918) e Segunda Guerras Mundiais (1939-1945), que massacraram e dizimaram grupos étnicos, causando comoção, terror e incitação ao ódio, declarando a plenos pulmões que certas pessoas eram dotadas de maior “dignidade” ou “valor” do que outras.

Neste mesmo “breve século XX”, podemos ver o limiar, ou melhor, um novo começo de um pensamento filosófico e político que se pauta na valorização do homem e de sua existência, através de práticas que sejam moralmente relevantes e permitam que se tenha uma vida digna que lhe é de direito.

Atualmente, o que norteia o pensamento da comunidade internacional, bem como aos Estados Democráticos de Direito em seu plano interno, é a promoção da dignidade do homem. Mas como promovê-la? Como saber qual prática é moralmente relevante e que respeite a *dignitas*?

Para tanto, necessário se faz saber o que seria moralmente relevante, o certo a se fazer, pensar ou falar.

Nesta seara argumentativa e filosófica, destacamos os pensamentos de duas escolas éticas: a categórica (deontológica) e a consequencialista.

Para o raciocínio moral consequencial, mais valem os resultados que se podem alcançar com um ato do que a intenção nele consubstanciada. Inverso é o raciocínio moral categórico, para o qual relevante é o que concerne à qualidade intrínseca do ato em si, baseado em requisitos morais absolutos, em deveres e direitos categóricos independentes das consequências.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

<sup>4</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos – o breve século XX 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.



Assim, será objeto de nossa análise o raciocínio moral categórico cujo exponencial se encontra em Immanuel Kant, em face dos grandes difusores do raciocínio moral consequencial que encontram no utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill sua maior expressão.

A contribuição da filosofia moral kantiana é de se considerar, já que é no pensamento de Kant que a “doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”<sup>5</sup>.

## O utilitarismo de Bentham e Mill

A doutrina utilitarista foi proposta por Jeremy Bentham (1748-1832) em sua obra *Introdução aos princípios da moral e da legislação* (1789). Nesta obra, Bentham inicia sua argumentação dizendo que a humanidade está sob o governo de dois mestres soberanos: dor e prazer – *pain and pleasure*<sup>6</sup>, sendo estes que nos norteiam sobre o que é certo e o que é errado a se fazer e o que devemos pensar ou dizer.

Para Bentham, o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, fazendo com que o prazer prevaleça sobre a dor. O ato moralmente relevante é aquele que maximiza a utilidade (sendo utilidade, o princípio que define nossas ações, proporcionando prazer e evitando a dor)<sup>7</sup>.

Vale destacar que Bentham era contrário à ideia de direitos naturais, considerando-os algo sem sentido. Como aponta Bobbio, havia nítida oposição ao jusnaturalismo, doutrina tipicamente iluminista. “Na realidade, ele era contrário a essa doutrina somente porque parecia inconciliável com seu empirismo, originando-se da metafísica, fundada num conceito – o da *natureza humana* – não suscetível de um conhecimento experimental.”<sup>8</sup>

Seu pensamento de maximizar o prazer sobre a dor deveria nortear não só o homem comum, do povo, mas também os legisladores, que deveriam elaborar leis que viabilizassem o maior prazer possível ao maior número de pessoas, o que reafirma sua natureza consequencialista. A intenção era maximizar a felicidade (prazer) de um maior número de pessoas. As ações moralmente relevantes e que devem ser os fins do legislador são aquelas que propiciam o maior prazer ou que evitam a dor.

Segundo Bentham, o valor de um prazer era medido na análise de alguns fatores<sup>9</sup>: sua intensidade (*intensity*); sua duração (*duration*); sua certeza ou incerteza (*certainty or uncertainty*) e sua proximidade ou distanciamento em relação ao tempo (*propinquity or remoteness*), mas principalmente sua intensidade

<sup>5</sup> SARLET. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>6</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 14.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 92.

<sup>9</sup> BENTHAM. *Op. cit.*, p. 31.

e duração, que serviam de base no cômputo da felicidade geral, o que a reduzia à sua quantificação (quantidade de prazer).

O fato da necessidade de promover um bem-estar maior para o mais vasto número de pessoas é um dos pontos que provocam mais críticas ao utilitarismo, já que, ao não reconhecer a existência de direitos naturais, pode, em alguns atos, ferir direitos de minorias que não foram atingidas positivamente, ou seja, alguns poderiam ser preteridos ou ter seus direitos individuais sacrificados para o prazer coletivo.

Em resumo, duas críticas eram direcionadas ao utilitarismo nos moldes em que foram postos por Bentham: sua resistência em aceitar a existência de direitos naturais, o que implicava em determinados casos na supressão de direitos individuais (inclusive da dignidade) e a redução do prazer e da dor em uma única escala (somente se importando com sua duração e intensidade), ou seja, prazer é prazer e dor é dor, somente variando em duração e intensidade.

John Stuart Mill (1806-1873), revisitando a obra de Bentham, tentou (ainda que em determinados momentos tenha se valido de determinados argumentos que fogem à lógica utilitarista) rebater tais críticas, notadamente, por meio de suas obras intituladas: *Utilitarismo e Sobre a liberdade*.

Sobre a crítica da redução do prazer e da dor a uma só escala, Mill argumenta que existem prazeres mais elevados que outros, podendo ser considerados com base em sua qualidade (e não somente em sua quantidade).

Mill aduz que é totalmente compatível com o princípio da utilidade o reconhecimento do fato de que “alguns tipos de prazer são mais desejáveis e valiosos do que outros”<sup>10</sup>. Sendo absurda para ele a suposição de que, enquanto na avaliação de todas as outras coisas nos baseamos nos critérios de qualidade e quantidade, nas que se referem ao prazer deveríamos depender apenas da quantidade.

De dois prazeres, argumenta Mill: “se houver um ao qual todos ou quase todos aqueles que tiveram a experiência de ambos derem uma preferência decidida, independentemente de sentirem qualquer obrigação moral para o preferir, então será esse o prazer mais desejável”<sup>11</sup>.

Com esta argumentação, Mill afirma a existência de ações que, por mais que proporcionem prazer, devem ser preteridas em face de ações que promovam um bem ou prazer maior, não tão-somente por sua quantidade, mas, também, por sua qualidade intrínseca, o que nos leva à outra crítica feita ao utilitarismo em relação aos direitos individuais.

No que concerne aos direitos individuais, Mill argumenta que a sociedade, o governo, não devem intervir na liberdade do indivíduo a fim de obrigar-lhe a fazer ou abster-se de fazer algo porque irá proporcionar-lhe prazer (ou lhe evitará a dor) ou em razão de conformar seus atos à vontade ou opiniões da maioria. A ação da sociedade na liberdade individual somente seria legítima quando a ação produzida

<sup>10</sup> MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Trad. Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 49.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 49-50.

pelo indivíduo causar prejuízo aos demais. No que concerne apenas a si mesmo, o indivíduo possui independência absoluta em relação ao próprio corpo e à própria mente, sendo o indivíduo soberano<sup>12</sup>.

Este argumento, de certa forma, vai de encontro com o defendido por Bentham, já que, em determinados casos (analisando-se com base nas premissas postas por Bentham), a supressão de direitos individuais de uma minoria poderia maximizar a felicidade de um grupo maior de pessoas e cumpriria o que dispõe o princípio da utilidade.

A defesa dos direitos individuais é uma distinção entre o pensamento de Bentham e Mill. Entretanto, a motivação para tal defesa ainda encontra raízes no princípio da utilidade e da maior felicidade.

Mill defende, dentre outras, a liberdade de expressão sob o fundamento de que sua defesa promoverá o bem-estar da humanidade em longo prazo com base nos seguintes argumentos: *primeiro*, pelo fato de que existe a possibilidade de uma opinião que tenha sido compelida ao silêncio seja dotada de verdade e negá-la seria presumir nossa infalibilidade; *segundo*, ainda que esta verdade que tenha sido compelida ao silêncio seja de fato eivada de erro, poderia conter uma parcela de verdade que completasse a opinião da maioria (que raramente ou nunca possui uma verdade inteira); *terceiro*, mesmo que a opinião da maioria fosse reconhecida como plena, existe a necessidade de que a mesma seja ardentemente contestada para que fortaleça suas bases e não se constitua com um preconceito e, *quarto*, caso não haja contestação da verdade da maioria, poderá se tornar um dogma uma profissão formal, cujas bases se perderiam no tempo, perdendo os efeitos desejados sobre o caráter e a conduta e sendo ineficaz para o bem<sup>13</sup>.

Segundo Michael Sandel, Mill acredita que devemos maximizar a utilidade em longo prazo e não caso a caso. Sendo que o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana, uma vez que “permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livre-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo”<sup>14</sup>.

Para Sandel, a especulação de Mill sobre os efeitos da tutela da liberdade são plausíveis, mas não fornecem uma base moral convincente para os direitos do indivíduo em razão do que “ao basear os direitos individuais em considerações utilitaristas, deixamos de considerar a ideia segundo a qual a violação dos direitos de alguém inflige um mal ao indivíduo, qualquer que seja seu efeito no bem-estar geral”<sup>15</sup>. Sandel questiona, ainda, o fato de que a supressão das liberdades de uma minoria em face de uma maioria opressora seria uma injustiça com aqueles, independentemente dos efeitos sociais maléficis que poderiam produzir ao longo do tempo<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>14</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 65.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

Assim, ainda que Mill tenha lançado bases mais humanas e abertas ao utilitarismo, não atribuiu ao homem, indivíduo, uma dignidade intrínseca dissociada de sua utilidade para promoção da maior felicidade ao maior número de pessoas, reafirmando as bases de um raciocínio moral consequencialista.

## A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant – O imperativo categórico

Em desacordo com a ética utilitarista, tanto de Bentham, quanto de Mill, temos em Immanuel Kant uma base para a análise da dignidade humana como algo imanente ao homem, intrínseco.

Immanuel Kant utilizando da clássica divisão da antiga filosofia grega em três ciências: física, ética e lógica, nos remete ao estudo das denominadas leis da liberdade estudadas pela ciência da ética, ou como denomina: filosofia dos costumes.

Trata-se também de uma filosofia pura, já que não parte de estudos empíricos, mas sim de um estudo sistematizado de princípios *a priori*, este, circunscrito a objetos determinados do entendimento, o que se denomina metafísica, e no estudo em questão ligado à ética pelo que se denomina metafísica dos costumes.

Em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), Kant propõe um modelo de estudo da filosofia moral de forma pura, integralmente expurgada de todo e qualquer processo empírico, experimental ou prático (o que pertenceria à antropologia), pelo que o princípio da obrigação moral não deveria ser buscado na natureza do homem ou nas condições em que se encontra (limitados ao plano no qual se localizam, mundo), ao contrário, deveria ser visto somente *a priori* com fulcro na razão pura.

E é com base nos conceitos da razão pura que Kant encontra o vetor de sua argumentação, na qual a filosofia pura dos costumes leva ao conhecimento de princípios que existem *a priori* a despeito de qual processo empírico que determinada pessoa esteja inserida.

Nas palavras de Immanuel Kant, uma metafísica dos costumes – *Metaphysik der Sitten* – “é, pois, indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem *a priori* na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda a sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exato julgamento”<sup>17</sup>.

Para Kant, não basta que uma ação seja conforme a lei moral – *sittliche gesetz* – para que seja considerada moralmente boa, é necessário que esta ação tenha sido praticada por amor à lei moral. Pensar de outra forma seria transformar aquela ação em um ato incerto e incongruente.

Existem atos que, se praticados em conformidade com a lei moral, produzem bons resultados, mas, para Kant, isto não implica dizer que o ato tenha sido moralmente relevante. O motivo ou motivação dos atos tem grande relevância na

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 16.



nenhum verdadeiro valor moral, mas vai emparelhar com outras inclinações, por exemplo o amor das honras que, quando por feliz acaso topa aquilo que efetivamente é de interesse geral e conforme ao dever, é consequentemente honroso e merece louvor e estímulo, mas não estima; pois à sua máxima falta o conteúdo moral que manda que tais ações se pratiquem, não por inclinação, mas por dever”<sup>21</sup>.

Se uma ação é praticada sem inclinação – *neigung* –, simplesmente por dever – *pflicht*, esta ação possui valor moral. O valor moral da ação “não reside, portanto, no efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio da ação que precise de pedir o seu móbil a este efeito esperado”<sup>22</sup>. Como dito, um ato não deveria ser praticado por medo de suas consequências ou por querer alcançá-las, mas por simples dever.

Para Kant, somente o ser racional possui vontade, sendo que a representação de um princípio objetivo, enquanto força obrigatória para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão) e a fórmula do mandamento chama-se imperativo<sup>23</sup>.

Todo imperativo exprime uma ordem através do verbo dever – *sollen* – e “mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjetiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação)”<sup>24</sup>. Os imperativos são fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva de um ser racional, como, por exemplo, a vontade humana<sup>25</sup>. O imperativo nos diz qual das ações possíveis seria boa, representando a regra prática em relação a uma vontade.

Os imperativos podem ser hipotéticos ou categóricos, sendo esta a distinção das maneiras pelas quais a razão pode comandar nossa vontade. Hipotéticos seriam aqueles de ordem instrumental, sempre ligados a uma finalidade, ou seja, condicionais<sup>26</sup>. Categóricos<sup>27</sup> são aqueles que estão distanciados de uma condição, incondicionais, categóricos no sentido de que deve prevalecer em qualquer circunstância.

Sintetiza Kant<sup>28</sup> que, se uma ação for boa apenas como um meio para atingir uma determinada coisa, o imperativo será hipotético. Se a ação for boa em si e, por conseguinte, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo será categórico.

Ao conceituar o imperativo categórico, Kant apresenta a fórmula que contém a proposição que, por si só, possa ser um imperativo categórico, um mandamento absoluto.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> “Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)”. *Ibid.*, p. 50.

<sup>27</sup> “O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”. *Ibid.*, p. 50.

<sup>28</sup> *Ibid.*



chamam coisas. O homem, por sua vez, ser racional, pessoa, é distinto na natureza já como fim em si mesmo “quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito).”<sup>34</sup>

Kant argumenta sobre o caráter insubstituível do homem ao aduzir que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”<sup>35</sup>.

Ao aduzir que o arbítrio (*willkür*), está limitado ao respeito ao valor intrínseco, absoluto do homem, Kant lança bases para a conceituação da dignidade humana. De fato, Kant liga de forma coerente o conceito de dignidade ao de autonomia, que chama de livre agir.

O homem, neste entendimento, não pode ser utilizado como meio para a consecução de vontade alheias (sendo um mero objeto), se transformado em coisa. A racionalidade do homem é o fator distintivo e que lhe proporciona um valor absoluto que perfaz sua dignidade.

Daí a ponderação sobre a necessidade de um imperativo categórico e um princípio prático que respeite o homem como um fim, um princípio objetivo da vontade que sirva de lei prática universal, sendo seu fundamento deste princípio: A natureza racional existe como fim em si.<sup>36</sup>

“É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é, portanto, simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade.”<sup>37</sup>

O imperativo prático, leciona Kant, será: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>38</sup>.

Kant delimita com base no imperativo prático a conformação das ações para que possuam valor moral, consignando tanto ações que dizem respeito ao homem consigo mesmo, quanto ações que tocam às ações do homem com a humanidade nas relações intersubjetivas.

Assim, uma pessoa que, mesmo diante de uma extrema penúria, pensa em suicidar-se, não age de acordo com o imperativo prático, descumpre seu dever

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*



necessário para consigo mesmo, já que não se viu como um fim em si mesmo, somente como um meio de conservar até o fim de sua vida uma situação que possa suportar. "Portanto, não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar."<sup>39</sup>

De igual forma, quem mente sobre uma proposta realizada com outra pessoa descumpra o imperativo prático, servindo-se do outro como simples meio para realização de seus arbítrios. "Mais claramente ainda dá na vista esta colisão com o princípio de humanidade em outros homens quando tomamos para exemplos ataques à liberdade ou à propriedade alheias. Porque então é evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das pessoas dos outros simplesmente como meios".

O homem, segundo Kant, não é uma coisa, um objeto, sendo que todas as ações devem sempre respeitar a dignidade do homem, que é imanente a ele mesmo (incondicional), é um valor absoluto que não está à disposição nem do próprio homem consigo mesmo, nem dele com outrem. A moralidade é a única condição que faz do homem um fim em si mesmo, fornecendo-lhe não um valor relativo, um preço, mas um valor íntimo (intrínseco), isto é uma dignidade.<sup>40</sup>

O imperativo prático influencia a conceituação de dignidade da pessoa humana ainda hoje, sendo a contribuição de Immanuel Kant imprescindível para a compreensão do valor atribuído à humanidade e o respeito à mesma como dever moral.

## A concepção da dignidade da pessoa humana revisitada

Ao estatuir a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República (art. 1º, III CRFB/88), a Constituição de 1988 demonstra uma mudança de paradigma em nosso ordenamento jurídico, sendo fruto de um movimento que permite a reestruturação do direito como um todo, mais amplo e mais aberto à concretização de suas normas fundamentais. Daí os princípios tomarem uma posição de destaque na hermenêutica jurídica.

A tendência de se elaborar um sistema jurídico atemporal, neutro axiologicamente e engessado, é coibida, sob pena da reificação do direito, onde o intérprete (aqui entendido não só aquele que interpreta e aplica a lei, mas aquele que vive a norma) é mero servo da lei, não podendo adequá-la às mudanças sociais.

Tal como o direito, o conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito estanque. É um conceito aberto e propenso às alterações provocadas pelo dinamismo da vida social, estando intrinsecamente ligada à existência do homem.

E é neste contexto que o conceito do princípio da dignidade humana deve ser revisitado para que seja entendido como um preceito aberto de concretização da dignidade do homem (uma vida digna), um novo *locus* hermenêutico.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 77.

No processo de revisitação do conceito e compreensão de dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva aponta que esta “não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”<sup>41</sup>.

Para a professora Cristina Queiroz:

“Este conceito de ‘dignidade’ sofreu igualmente uma evolução. Não se refere ao indivíduo desenraizado da abstração 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 idéia 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>42</sup>.

A dignidade da pessoa humana foi elevada a princípio constitucional que, em conjunto com os demais princípios e normas de forma harmônica, rege todo o ordenamento jurídico. O seu reconhecimento como princípio, na lição de Fladimir Jerônimo Belinati Martins, traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um “parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado”<sup>43</sup>.

Entretanto, cumpre ressaltar que deve sempre haver a harmonização do princípio da dignidade da pessoa humana com os outros princípios, já que não possuem hierarquia entre si. Destaca-se, ainda, que, como princípio, a dignidade da pessoa humana pode ser concretizada em maior ou menor grau de acordo com o caso concreto, pelo que não é absoluto.

Sobre o tema, Robert Alexy leciona que os princípios são mandamentos de otimização, são espécies normativas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, pois podem ser satisfeitos em graus variados<sup>44</sup>.

A dignidade da pessoa humana como visto é imanente ao ser, um atributo que é anterior ao próprio ordenamento jurídico. Pela dignidade humana,

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

<sup>42</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 19-20.

<sup>43</sup> MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

podemos e devemos nos referir à pessoa não como ser abstrato e sim considerá-la concretamente, sendo o respeito à sua dignidade um vetor de todo o ato que se refira ao homem, seja no âmbito público ou privado, e que pode ser concretizada em maior ou menor grau.

A dignidade humana, não obstante ser um atributo que exige uma configuração normativa aberta, necessita de um mínimo referencial, ou melhor, um núcleo essencial que sirva de norte para todo o intérprete quando se deparar com um caso concreto.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>45</sup>, a dignidade da pessoa humana possui um conteúdo jurídico-normativo que deve ser reconhecido e reclama “uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional”.

Sarlet ainda argumenta que isto não significa que “consoante apontam algumas vozes críticas, se deva renunciar pura e simplesmente à busca de uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e nem que se deva abandonar a tarefa permanente de construção de um conceito que possa servir de referencial para a concretização”<sup>46</sup>.

Assim, a dignidade não existe somente na medida em que é reconhecida pelo direito<sup>47</sup>, o que nos destina ao dever de promovê-la e tutelá-la na maior das possibilidades.

## Conclusão

Nos Estados Democráticos de Direito, vemos a dignidade da pessoa humana como um vetor para todo e qualquer ato, seja ele pertinente à esfera pública ou privada. As disposições que a ela se vinculam irradiam em nossos ordenamentos, determinando que tal seja satisfeita na maior medida possível, tendo em vista suas características principiológicas.

Entretanto, nem sempre se teve um parâmetro seguro, ou melhor, bases argumentativas sólidas para a concepção do que podemos chamar de dignidade humana.

De desprezada a objeto de graduação em razão de posição social; de violada a promovida a fundamento de uma ordem constitucional; a *dignitas* sempre permeou os anseios do homem não obstante ser de difícil concepção.

Nesta busca de realizar o bem-estar do homem, de saber o que seria ou não um ato moralmente relevante que daria azo à dignidade humana, lembramos do raciocínio moral consequencial e do raciocínio moral categórico. Pelo raciocínio moral consequencial, a relevância moral de um ato se encontra em suas consequências, o que o contrapõe ao raciocínio moral categórico, cuja relevância moral do ato se encontra na qualidade intrínseca do ato em si, independentemente de suas consequências.

<sup>45</sup> SARLET. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 50.

Encontramos Immanuel Kant como maior expoente do pensamento categórico, para quem o homem é dotado de uma dignidade intrínseca, sendo que sua existência possui valor absoluto.

Argumenta Kant que o homem não pode ser utilizado meramente como um meio para uso arbitrário de uma vontade ou outra. O homem existe como um fim em si mesmo.

É certo que o pensamento moral categórico e metafísico de Immanuel Kant sofreu e sofre críticas. Entretanto, inegável é que seu pensamento gerou uma mudança de paradigmas substancial no pensamento filosófico acerca da dignidade humana.

Para Kant, todo pensamento que se quer dizer moral ou, ainda, legisladores ou própria legislação que tenha esta intenção (de ser moralmente aceitável até mesmo de respeitar a dignidade da pessoa humana) não deve buscar no homem um mero meio de promover ou maximizar o bem-estar de outras pessoas (ou do maior número possível de pessoas), levando em conta tão-somente as consequências do ato. Existe um anteparo, um valor intrínseco ao homem: a dignidade, pela qual o homem é um fim em si mesmo, tendo em sua existência um valor tão relevante quanto o de qualquer outro homem, sendo que, todo ato que lhe seja dirigido deverá respeitá-la.

Tal como o direito, o conceito de dignidade da pessoa humana não é estanque, é um conceito aberto, propenso às alterações provocadas pelo dinamismo da vida social, estando intrinsecamente ligado à existência do homem.

Assim, em Kant, encontramos a dignidade como um limite para atuação estatal, para a atuação do próprio homem em suas relações privadas e até consigo mesmo, algo inerente a todo homem, que não o distingue de outros homens, pelo contrário, os torna iguais.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 92.
- HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos – o breve século XX – 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Utilitarismo*. Trad. Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 65.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

# Estado de natureza: das origens pré-modernas a Robert Nozick<sup>1</sup>

Antonio Augusto Madureira de Pinho<sup>2</sup>

## Resumo

O objetivo deste artigo é expor a história do conceito de estado de natureza, considerando suas primeiras formulações na segunda escolástica, bem como suas reformulações operadas pelo pensamento político contemporâneo. Procuramos destacar como este conceito sofre duas inflexões básicas no pensamento moderno: a primeira, com Thomas Hobbes, e a segunda, com I. Kant. Assim, sublinhamos que as premissas antropológicas, adotadas por Hobbes, levam-no a conceber o estado de natureza como estado de guerra e a despojar a lei e o direito natural de todo e qualquer significado moral. Estas consequências, conforme sublinhamos, foram refutadas ou reafirmadas pelos teóricos do pacto ou contrato social que lhe sucederam. Do mesmo modo, assinalamos que, a partir de I. Kant, as teorias do pacto mais contemporâneas abrem mão de seus fundamentos antropológicos (com exceção de R. Nozick) e se assentam em bases racionais mais abstratas (J. Rawls).

**Palavras-chave:** Contrato social; “estado de natureza”; a lei e os direitos naturais.

## Abstract

The aim of this paper is to present the history of the concept of ‘state of nature’, considering its early formulations in the second scholasticism as well as the reformulations put in place by the contemporary political thought. We intend to highlight how this concept suffers from two basic inflections in the modern thinking: the first, with Thomas Hobbes and the second with I. Kant. Thus, we emphasize that the anthropological premises, adopted by Hobbes, led him to conceive the ‘state of nature’ as a ‘state of war’ and to deprive law and natural rights of any moral meaning. These consequences, as we pointed out previously, were refuted or ratified by the theorists of covenant or social contract that came after the authors quoted above. Similarly, we stress that since I. Kant, the most contemporary covenant theories, forego their anthropological fundamentals (except for R. Nozick) in order to rest on more abstract rational foundations (J. Rawls).

**Keywords:** social contract; ‘state of nature’; law and natural rights.

## Características gerais

O estado de natureza, com seu correlato pacto ou contrato social, é uma daquelas noções em torno das quais se estrutura um novo modo de pensar a política, típico da idade moderna, cuja especificidade consiste em explicar a gênese da sociedade civil e

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado originalmente no *Dicionário de filosofia política*, coordenado pelos professores Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Culeton (São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 2010).

<sup>2</sup> O autor é professor de Filosofia Jurídica e Política da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e de Teoria do Estado da Faculdade de Direito do Centro de Estudos Superiores de Valença (CESVA-FAA)

do Estado, assim como justificar, racionalmente, suas instituições políticas e sociais, tendo como objeto e ponto de partida a análise da natureza do indivíduo humano.

Nesse contexto, estado de natureza é a hipótese teórica sobre a qual repousa a teoria do pacto, cujo objetivo tácito é o de responder a seguinte questão: como seriam os comportamentos dos indivíduos humanos em sociedade sem as leis e as instituições jurídico-políticas para lhes imporem deveres e obrigações? Em outras palavras: o que seria dos homens, indivíduos racionais, se estivessem, no convívio social, ao abandono de suas paixões, desejos e apetites?

Evidentemente, essas questões não são respondidas da mesma maneira pelos filósofos que sobre elas se debruçam. Entretanto, de um modo geral, eles aceitam determinadas premissas e pressupostos: a premissa comumente aceita é a de que os indivíduos no estado de natureza estão em situação de igualdade e possuem uma liberdade natural que deve ser preservada ou limitada pela sociedade civil, segundo os imperativos de ordem pública e paz social. Do mesmo modo, um pressuposto subscrito pela maioria dos teóricos do pacto é o de que o estado de natureza não é um fato histórico, empírico, ainda que, como hipótese teórica, possa ser ilustrado por acontecimentos ou fatos históricos, como as guerras religiosas do século XVII entre católicos e protestantes, por exemplo.

Em todo caso, o estado de natureza é comumente descrito pelos diversos teóricos da política seja como estado de guerra, seja como estado de paz relativa.

## Teorias

Os embates intelectuais sobre as origens e os limites do poder político no limiar do período moderno, mais precisamente, com o ressurgimento do tomismo no século XVI, conforme as análises de Quentin Skinner, ensejaram as primeiras concepções do estado de natureza, quando se pretendeu refutar a tese herética, para os tomistas, segundo a qual “o estabelecimento da sociedade política é diretamente ordenado por Deus”. A instituição das repúblicas seculares por seus cidadãos só podia ter como finalidade a realização de objetivos mundanos. Portanto, ao recusarem existência natural à sociedade política, estes teóricos foram levados a admitir a existência de um “estado natural” imaginário, quase sempre dissociado da fórmula do “contrato social”, cujo valor heurístico é inegável. O teólogo jesuíta Luis de Molina (1535-1600), por exemplo, não somente emprega o termo *statu naturae*, bem como o conceitua, ao descrevê-lo como sendo o momento no qual o homem se encontra, após cometer o pecado original e antes de constituir a sociedade política. A principal tese dos tomistas, segundo Skinner, é aquela que define o estado de natureza a partir de três características essenciais: a liberdade, a igualdade e a independência. Assim, outro teólogo jesuíta, Francisco Suárez (1548-1617), ao considerar os homens no estado de natureza, muito embora os defina como seres livres e racionais, não os considera capazes de constituir uma sociedade política, a menos que configurem, moralmente, no próprio estado de natureza, uma totalidade singular e unificada compreendida por Suárez como um corpo místico.

Foi Thomas Hobbes (1588-1679) um dos primeiros teóricos modernos do pacto ou contrato social a caracterizar o estado de natureza a partir da análise da natureza do indivíduo humano, construindo, em bases antropológicas, sua teoria sistemática da política. Sendo o indivíduo humano, para Hobbes, constituído por um instinto

de autopreservação, *conatus*, consubstanciado pela combinação de seus movimentos vitais com os animais, ele define o direito natural (*jus naturale*) como “a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento ou razão lhe indique como meios adequados a esse fim”. O poder, segundo o filósofo, ou é natural ou é instrumental. No primeiro caso, refere-se à “eminência das faculdades do corpo ou do espírito”; no segundo, aos poderes que se adquirem mediante o poder natural ou ao acaso, como a riqueza e a reputação, por exemplo. Ora, considerando a igualdade natural de capacidades, defendida por Hobbes, segundo a qual os homens são tão iguais quanto possível, os ingredientes que designam o estado de natureza como uma situação de conflito, luta ou guerra já podem ser identificados. A igualdade de capacidade gerando a igualdade de expectativas, já que todos têm a esperança de atingir seu fim, de realizar seus objetivos, assinala a competição pela riqueza, visando seja a conservação ou o deleite, pois nem sempre os homens podem desfrutar a mesma coisa, como sendo a primeira causa de discórdia. Da competição entre os homens, segue-se a desconfiança entre eles como a segunda causa de discórdia atribuída à natureza humana. A glória, a reputação ou a luta pelo reconhecimento é a terceira causa dos conflitos. Assim, se a combinação explosiva da razão com as paixões humanas é o que explica as lutas e os conflitos no estado de natureza, é também através dela que se torna possível compreender a superação desse estado de guerra ou de conflito. No âmbito das paixões, portanto, é o medo da morte que leva o homem a sair do estado de natureza e a submeter-se ao poder absoluto do Estado; no âmbito da razão, esta possibilidade já estava inscrita, desde o início, na natureza do indivíduo humano, pois como faculdade instrumental e calculadora, a razão é o elemento normativo que prescreve ao homem a buscar a paz e segui-la, instituindo, assim, a primeira lei de natureza (*lex naturalis*).

A teoria de Hobbes é uma das mais importantes teorias do estado de natureza e do pacto social, não apenas porque reformula as modernas concepções de lei e direito natural elaboradas, originalmente, pelo jurista holandês Hugo Grotius (1583-1645), mas também porque os pensadores posteriores tiveram que se posicionar em face dela, seja incorporando alguns de seus elementos, para lhe modificar o sentido, ou seja para refutá-la inteiramente. O significado moral do direito e da lei natural é substituído, assim, por um significado físico e biológico, em que a faculdade de agir e a norma obrigatória da ação são interpretadas em função do poder de autopreservação e de seu exercício, isto é, do direito à vida.

Radicalizando esta tendência do pensamento hobesiano a ponto de subvertê-la, Espinosa (1632-1677) redefine as relações entre estado de natureza e estado civil. Em carta ao seu amigo Jarig Jelles, Espinosa aponta o que o diferencia de Hobbes, afirmando que ele conserva “o direito natural sempre bem resguardado” e considera “que em qualquer cidade o magistrado supremo só tem direito sobre os súditos na medida exata em que seu poder sobre eles supere o deles, como sempre ocorre no estado natural”. Ou seja: o direito (ou poder) que um indivíduo pode ter sobre outro, tornando-o *alterius jûris*, é devido ao fato de seu poder (ou direito) suplantar o de outro e isso ocorre, segundo Espinosa, basicamente, em duas situações: ou quando o indivíduo é preso ou quando, motivado pelos sentimentos de esperança e medo, delega a alguém o poder de comandar

suas próprias ações. Não há aqui, segundo Alexandre Matheron, verdadeiramente, transferência nem alienação de direitos, já que essa transferência é apenas imaginária, pois a potência física de existir e agir do indivíduo é inalienável: tão logo os sentimentos de esperança e medo se modifiquem, cessam as causas da obediência. É isso que significa, nos termos enigmáticos da correspondência a Jelles, “conservar o direito natural bem guardado”. Como não há transferência nem alienação de direitos, não se pode reivindicar a existência do pacto social como fundamento da sociedade civil ou do Estado. Espinosa abandona o conceito de pacto em seu *Tratado Político*, já que o direito natural permanece no estado de sociedade o que é no estado de natureza.

Outra forma de reação às teses de Hobbes consiste em negar a premissa sobre a qual assenta sua teoria do pacto e do estado de natureza, a saber: a de que o estado de natureza é um estado de guerra. Assim, são dignos de nota os conceitos do jurista alemão Samuel Pufendorf (1632-1694), que defende, segundo Norberto Bobbio, um estado de natureza pacífico, distinguindo-o em estado puro, que nunca existiu, do limitado, circunscrito a determinadas situações históricas..”.

Dentre as mais influentes teorias a negar a premissa hobesiana do estado de natureza como um estado de guerra estão as teorias de J. Locke (1632-1704) e J.Jacques Rousseau (1712-1778). No *Segundo tratado sobre o governo civil*, Locke se expressa em termos contundentes, ao que parece contra Hobbes, sem, no entanto, citá-lo, ao assinalar a diferença entre estado de natureza e estado de guerra.

Eis aí a clara *diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra*, os quais, por mais que alguns homens os tenham confundido, tão distantes estão um do outro quanto um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, maldade, violência e mútua destruição.

Esta declaração, entretanto, não esconde a preocupação do filósofo inglês - provavelmente sob a influência de seu conterrâneo contra quem se insurgia-, em ver o estado de natureza degenerar em estado de guerra. Alguns intérpretes de Locke chamam atenção para os termos quase hobesianos em que, no início do capítulo IX desta mesma obra, ao apontar as razões pelas quais o homem é levado a sair do estado de natureza, Locke refere-se ao exercício precário de seus direitos neste estado, “constantemente exposto à violação por parte dos outros”, o que configura uma condição, na qual o homem, “conquanto livre, é repleto de temores e perigos constantes”. Talvez por isso ele identifique, em diversas passagens de sua obra, o estado de natureza com anarquia.

A distinção entre estado de natureza e estado de guerra ou anarquia, do mesmo modo que aquela que se refere ao estado de natureza como hipótese racional ou fato histórico, torna-se relevante apenas quando se tem em conta o significado que a lei natural readquire no estado de natureza, como lei moral, resgatando a tradição do pensamento moderno que remonta à Grotius, interrompida por Hobbes e Espinosa, para ser, finalmente, resgatada por Locke e Rousseau.

A lei natural, segundo Locke, que governa o estado de natureza, tem sua razão de ser na igualdade e liberdade dos homens. Prescreve a autopreservação do indivíduo humano e, ao mesmo tempo, a preservação do resto da humanidade, segundo os ditames da justiça natural, que protege a vida, a saúde, a liberdade e as posses de cada qual. Assim, a lei natural confere ao estado de natureza seu caráter pré-político, mas não pré-social, sendo que a sociabilidade natural do homem no estado de natureza é concebida pelo filósofo como um fato histórico, seguindo, em certo sentido, os passos de Pufendorf.



Para J.Jacques Rousseau, a sociabilidade humana apenas insinua-se no estado de natureza, caracterizado pelo filósofo como um estado que “não mais existe, ...nunca existiu e... provavelmente não existirá”. Esta fórmula enigmática resulta de seu método hipotético conjetural, elaborado e desenvolvido no *Discurso sobre a origem e fundamento da desigualdade entre os homens*, o qual pretende ser a aplicação do método hipotético-dedutivo a fatos de experiência, com objetivo de reconstruir, de modo ficcional, a história da humanidade. Nesta obra, portanto, ao definir o homem no estado de natureza, Rousseau destaca o relativo isolamento vivido por ele neste estado, salientando a prevalência dos instintos sobre a razão, que aí se manifesta, apenas, embrionariamente, como faculdade virtual. Assim, o amor de si e a piedade são dois sentimentos que traduzem as duas principais leis naturais e fundam o mito do bom selvagem. Com a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, instala-se a desigualdade entre os homens, acarretando, como consequência, a criação de seus vícios, de seus sentimentos artificiais (a reputação, por exemplo) e, por fim, a desnaturalização do homem.

Em *O contrato social*, Rousseau descreve esta passagem do estado de natureza para a sociedade civil como algo que produz uma importante mudança na conduta humana, na medida em que o instinto é substituído pela justiça e em que sua ação recebe um caráter moral que não possuía anteriormente. “É somente assim que, segundo o filósofo genebrino, a voz do dever sucede ao impulso físico, o direito ao apetite e o homem passa a consultar mais a razão do que escutar suas inclinações.” Ao pôr na balança os ganhos e as perdas desta passagem, Rousseau é bem claro ao afirmar que, em troca da liberdade natural e de um direito ilimitado que o homem deseja e pode obter, ele ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. A liberdade moral, acrescenta o filósofo genebrino, enquanto uma conquista do homem no estado civil, é o que faz dele senhor de si, isto é, livre, tendo em vista ser capaz de obedecer a lei que prescreve a si mesmo.

O ocaso do contratualismo moderno – consequência provável das críticas de Hegel às teorias do contato social, especialmente a de Hobbes –, foi precedido por uma das últimas e mais relevantes tentativas de elaboração de uma teoria estritamente racional do contrato social. Com efeito, ao aprofundar uma das principais intuições de Rousseau, I. Kant (1724-1804) concebe o pacto civil em um plano normativo, cujo grau de abstração excede todo fundamento antropológico e a fins utilitários. Neste sentido, do direito privado do estado de natureza, equivalente ao direito natural, emerge o postulado do direito público, segundo o qual “tu deves, junto com os outros, sair do estado de natureza para entrar em um estado jurídico.” A ideia de união civil, como ideia *a priori* da razão pura prática, é o princípio regulador da “insociável sociabilidade” humana, já que esta, com a constituição do estado civil, será controlada através da coercibilidade estatal, que garante a liberdade do indivíduo, seu único direito natural.

A influência de Kant no neocontratualismo pode explicar por que as teorias atuais apresentam, de um modo geral, um maior grau de abstração na compreensão de contrato social, reduzindo, com isso, a importância do estado de natureza em suas hipóteses explicativas, já que os pressupostos antropológicos das teorias modernas passam a ser relegados a segundo plano. É assim que ao retomar em outras bases as teorias contratualistas, J. Rawls (1921-2002) afirma, explicitamente, que seu propósito é levar “a um plano superior de abstração a teoria conhecida do contrato

social, como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant.” A parcela de influência que deve ser debitada à Kant na teoria da justiça de Rawls é justo aquela que consiste em estabelecer um procedimento racional para a escolha dos princípios de justiça, no qual os indivíduos humanos, como seres livres e racionais, sob um “véu de ignorância”, ocupariam uma posição original de igualdade, no qual ninguém conheceria seu lugar na sociedade e “sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais.”

A exceção ao que parece ser a regra do contratualismo contemporâneo é Robert Nozick (1938-2002). Na obra *Anarquia, estado e utopia*, Nozick dedica um importante capítulo ao estado de natureza, no qual resgata a filosofia de Locke, em uma perspectiva crítica e uma interpretação livre, para assentar os fundamentos – antropológicos, inclusive –, do Estado-mínimo liberal. Nesta obra, o estado de natureza é descrito, inicialmente, pela ótica da segurança individual, constituindo-se, em seguida, através das associações de proteção, um verdadeiro mercado de segurança coletiva, em que o monopólio de fato da violência apresenta-se como o primeiro esboço do Estado mínimo que, pelo menos em sua formação, independe de um pacto ou contrato social.

## Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. Brasília, UnB, 1997.
- CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral* (2 vols.). Rio Grande do Sul: Unisinos, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. *Política em Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- ESPINOSA, B. *Ética*, São Paulo: Editora Abril Cultural, col. *Os pensadores*.
- \_\_\_\_\_. *Tratado teológico-político*. (tradução portuguesa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1988).
- \_\_\_\_\_. *Tratado político* (tradução francesa: *Traité politique*. Paris: Éditions Replique, 1979).
- \_\_\_\_\_. *Correspondências* (tradução francesa: *Lettres*, Paris: Garnier-Flamarion, 1966).
- GROTIUS, H. *O direito da guerra e da paz* (tradução francesa: *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, 2 vol, traduction de Jean Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984).
- HOBBES, Th. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural (col.: *Os pensadores*), 1979.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes.
- LAZZERI, Christian. *Droit, pouvoir et liberté*. Paris: PUF, 1998.
- LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- MATEUCCI, Nicola. *Contratualismo*, em *Dicionário de política*, 2 vols (org.: Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Pasquino, Gianfranco). Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- MATHERON, A. *Individu et communauté chez Spinoza*. Paris: Éditions de Minuit, 1988.
- MOUREAU, P.-F. *Hobbes. Philosophie, science, religion*. Paris: PUF (coll.: *Philosophies*), 1989.
- NOZICK, R. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Contratualismo*, em *Dicionário de filosofia do direito* (org. Vicente Paulo Barreto). São Leopoldo e Rio de Janeiro: editoras Unisinos e Renovar, 2006.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROUSSEAU, J.Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamento da desigualdade entre os homens* (tradução de Lourdes Santos Machado, introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado). São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Do contrato social*, Idem.
- SKINNER, Q. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

# Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick

Neimar Roberto de Souza e Silva<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem como objeto o estudo do pensamento jurídico de Neil MacCormick sobre a concepção do direito e algumas de suas características, como, também, a sua relação com a moralidade e a prática argumentativa. Objetiva esclarecer, de forma concisa, o contexto histórico do desenvolvimento de sua teoria e o papel que atribui à argumentação jurídica nas decisões concernentes a casos complexos. Sem pretensão de abordar com profundidade o tema, este trabalho se destina àqueles que queiram encetar seus estudos no campo da teoria integradora do direito de MacCormick.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica; pós-positivismo jurídico; Neil MacCormick.

## Abstract

The present work has as its object the study of the legal thought of Neil MacCormick on the design of the law and some of its features, as well as its relation with morality and argumentative practice. It aims to clarify the historical context of the development of his theory and the role it assigns to the legal reasoning in decisions related to complex cases, in a concise way. With no claim to address in depth its topic, this work is for those ones who want to start their studies in the field of integrative law theory of MacCormick's

**Keywords:** Legal arguments; legal post-positivism; Neil MacCormick.

## Para além do positivismo jurídico

No contexto histórico da ascensão e afirmação política da burguesia e do liberalismo econômico, a doutrina do positivismo jurídico surge em oposição ao jusnaturalismo, que defendia a ideia de justiça<sup>2</sup> como condicionante de validade do direito posto. Isto porque a sociedade, cada vez mais plural e heterogênea, não admitia a imposição de um fundamento material arbitrário para o direito. A ideia de justiça, sendo um produto cultural, não conferia a objetividade tão necessária a um direito que se mostrasse eficiente em garantir segurança e estabilidade ao desenvolvimento daquela sociedade.

A tese positivista sustenta que não há conexão necessária entre direito, moral e política, embora reconheça a possibilidade de conteúdo extrajurídico, como valores morais, por exemplo, na norma jurídica. Para ela, o direito deve ser axiologicamente neutro, não cabendo a consideração, portanto, do valor de justiça como critério de sua validade, como defendiam os jusnaturalistas. O fundamento de sua validade deve ser formal.

<sup>1</sup> Professor de Direito Civil e Filosofia do Direito da FDV; Advogado especialista em Direito Civil e mestrando em Direito pela UNIPAC/JF. Contato: prof.neimar@hotmail.com.

<sup>2</sup> Esta ideia de justiça, tomada como valor universal, eterno e imutável, sofreu mutações quanto ao seu fundamento. Citamos, como exemplo, na Antiguidade, o cosmos (Grécia) e os *Mores* (Roma); no período medieval, Deus; e, na idade moderna, a razão.

Outro aspecto do juspositivismo é que, por não se vincular a *standards* morais, ele prescinde de uma teoria prescritiva, ocupada em dizer como deve ser o direito, o que faz sentido, pois, ao prescrever o direito corre-se o risco de se cair no campo da axiologia, o que soaria como uma incoerência, haja vista os postulados da neutralidade e da objetividade. Daí, o porquê de se limitar a uma teoria descritiva (a de dizer como o direito é).

Os críticos do juspositivismo afirmam que este, ao dissociar a moralidade do direito, pode instrumentalizar, juridicamente, ideologias totalitárias e injustas, como já ocorreu em relação ao Estado Nazista, por exemplo. Por não caber ao jurista considerações de ordem zetética ao *direito objetivo*, limitando-se ele à verificação de critérios de validade e competência, o raciocínio próprio do positivismo jurídico é o lógico-dedutivo. O juiz deve dizer o direito com base na subsunção dos fatos à norma vigente. Assim, como afirma Alyson Mascaró:

[...] o exarcebado positivismo do jurista rendeu críticas em momentos extremos. No Nazismo, quando as leis de Hitler eram aplicadas pelo simples fato de serem formalmente válidas, sem que o jurista tenha se sentido minimamente desconfortável com elas, a subsunção, como procedimento universal, revelava os limites éticos e sociais das normas jurídicas<sup>3</sup>.

O problema da solução dos *casos difíceis*<sup>4</sup> descortina outras fragilidades da teoria positivista, quais sejam: 1) a questão da completude do ordenamento jurídico no caso de lacunas normativas; e 2) a discricionariedade das decisões judiciais.

A respeito do primeiro caso, famoso é o debate Hart – Dworkin, onde este último critica o pensamento do autor da obra *The Concept of Law* (1961), entre outras coisas, pelo fato de este conceber o direito enquanto regras reconhecidas por sua origem, não explicando como princípios poderiam ser identificados mediante regras de reconhecimento, e, principalmente, o relevante papel que desempenham como normas que tornam possível a integridade do direito.

Quanto à discricionariedade dos juízes, Kelsen entende a decisão jurídica como um ato de vontade e, assim sendo, que não necessita de uma conclusão lógica derivada de certos argumentos, pois decisões são tomadas e não deduzidas. Já, em Hart, a textura aberta do direito forçosamente admite o juiz como criador do direito<sup>5</sup>. Ambos os posicionamentos mereceram duras críticas dos autores pós-positivistas, uma vez que os juízes devem julgar conforme o ordenamento jurídico preexistente e, no caso de ausência de regras claras, com base nos princípios jurídicos vigentes no sistema. Desta forma, não há que se falar em poder discricionário dos juízes.

Por não darem conta do pluralismo e da complexidade da sociedade pós-moderna, os postulados do positivismo jurídico entram em crise, dando espaço a teorias jurídicas que criticam o pretensão racionalismo das decisões judiciais (irracionalismo ou voluntarismo, em) e outras que admitem a racionalidade na

<sup>3</sup> MASCARÓ, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*, p. 186.

<sup>4</sup> Aqui entendidos como aqueles onde não há uma lei ou um precedente pelo qual claramente se possa deduzir a decisão judicial.

<sup>5</sup> Curiosamente, o positivismo jurídico se afirmou com a Escola da Exegese, no séc. XIX, com o propósito de garantir as conquistas políticas liberais, advindas com as revoluções burguesas, limitando o arbítrio dos magistrados.

aplicação do direito, mas criticam o método lógico-dedutivo como instrumento eficaz para a solução de casos difíceis.

Deste modo, surge, nos meados do séc. XX, a tópica de Viehweg, que resgata o raciocínio jurídico distintivo na Antiguidade e na Idade Média, onde o processo decisório parte do problema (fato) e não da norma (como uma premissa maior). Então, com base em um processo argumentativo, procura-se extrair uma justa solução do caso decidendo a partir dos *topoi*, isto é, lugares jurídicos comuns, “pontos retóricos de partida”, como *boa-fé, autonomia, soberania*, etc.<sup>6</sup>

Seguindo-se a Viehweg, Chaïm Perelman reabilita a retórica, ao perceber que a filosofia cartesiana da evidência não se mostra tão eficaz no campo complexo das relações humanas. Ao revisitar Aristóteles, propõe um alargamento da razão, trazendo o raciocínio prático como elemento fundamental para realização do direito. A retórica, como processo argumentativo, preconiza um acordo prévio entre interlocutores (orador e auditório) a respeito do real (verdade) ou do preferível (verossimilhança). Na sua base está a renúncia à violência<sup>7</sup>.

Muitos outros jusfilósofos prosseguiram na tentativa de formular uma teoria jurídica que admitisse uma construção racional do direito e, também, ética, no contexto do Estado Democrático de Direito. Podemos citar alguns deles, como Jürgen Habermas, que concebe a livre e crítica comunicação (ação comunicativa) como uma *razão comunicativa*, que supera o modelo racional do iluminismo. A noção de intersubjetividade recoloca a relevância do conteúdo ético no discurso jurídico, que deve ser fruto do consenso de uma comunidade; Ronald Dworkin, e seu ultrarracionalismo, que nos traz a ideia de integridade do direito e a importância da atitude interpretativa que permite ao juiz enxergar a melhor luz da norma jurídica; Robert Alexy, que, ao lado de Neil MacCormick, nos fornece uma teoria argumentativa para o direito, preocupada com a questão da correção das decisões judiciais.

MacCormick<sup>8</sup>, num primeiro momento, alinha-se a Hart, seu ex-professor, contra as investidas de Dworkin. Com o amadurecimento de seu pensamento, se

<sup>6</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas*, p. 46 - 48.

<sup>7</sup> BRUNO, Vânia. “O Fundamento do Direito em Chaïm Perelman”. In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito. Estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*, p. 243.

<sup>8</sup> Donald Neil MacCormick, escocês nascido em Glasgow, em 27 de maio de 1947, e falecido em 5 de abril de 2009, foi um notável jurista que se destacou tanto na academia quanto na carreira política.

Estudou Filosofia e Literatura Inglesa na Universidade de Glasgow, e Direito em Oxford, onde foi aluno de Herbert L. A. Hart. Atuou por 36 anos como Regius Professor de Public Law e de Law of Nature and Nations na Universidade de Edimburgo, na Escócia. Condecorado com vários títulos honoríficos, destacando-se o de “Cavaleiro”, recebido em 2001, coroou sua trajetória acadêmica com grandes obras, entre as quais se destacam o famoso quarteto (Law, State and Practical Reason): *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (1999); *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (2005); *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (2007) e *Practical Reason in Law and Morality* (2008). No Brasil, foi muito difundida a obra *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), traduzida como *Argumentação jurídica e teoria do direito* (2006).

Como político, não cursou uma carreira menos virtuosa, chegando a Membro do Parlamento Europeu entre 1999 e 2004.

distancia do mestre e se firma como um jusfilósofo pós-positivista. Ele próprio ressalta que a visão pós-positivista foi um pressuposto para o desenvolvimento da obra *Rhetoric and The Rule of Law*, de 2005.

Sendo que a noção de pós-positivismo não é unívoca, para o propósito deste trabalho preferimos delimitar *pós-positivismo*, conforme Thomas Bustamante, como um conjunto de teorias jurídicas que: 1) estabelecem limites, em casos extremos, ao conteúdo do direito, por meio dos critérios formais ou institucionais utilizados pelo positivismo; 2) ditam uma relativa obrigação de que as decisões judiciais devem guardar um mínimo ético, reconhecendo-se um “umbral de injustiça” que o *jus positum* não deve ultrapassar; e 3) que, também, considerem o direito como uma prática social argumentativa, e que apenas não sejam descritivas (como as de Kelsen e de Hart), mas prescritiva, haja vista que sua realização (jurídica) deverá ser justificada por uma razão prática<sup>9</sup>.

Desta forma, o pós-positivismo jurídico pode ser considerado como uma criativa síntese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, visto que, embora não aceite a ideia de valores morais objetivos, eternos, universais e imutáveis como condicionantes de validade do ordenamento jurídico, não prescinde de certo grau de moralidade como fator de justificação do direito, pois este, em essência, “apresenta uma disposição à correção moral”<sup>10</sup>.

## Uma teoria do direito

De modo bem simples, podemos entender a norma como um imperativo (seja categórico ou hipotético) que visa ordenar ou prescrever a conduta humana em sociedade. Para Neil MacCormick, o homem é um *usuário de normas*. E, por esta razão, elas se encontram presentes em todas as dimensões da existência social humana.

Há normas que prescrevem comportamentos de trato social, como as que ditam as boas maneiras, como “agradecer, quando favorecido”; ou “vestir-se adequadamente”, etc. Outras ditam comportamentos desejáveis em razão de uma crença religiosa, como “não comer carne vermelha durante a quaresma” (católicos); ou “observar o descanso sagrado aos sábados” (judeus e adventistas do sétimo dia). Também, há normas que dizem respeito a nossas convicções interiores sobre o que seja certo ou errado, independentemente de imposições, como “não mentir”, por exemplo. Quanto a estas últimas, conhecidas como “morais”, filosoficamente temos dois modos de concebê-las: a) um modo teleológico, onde o *dever ser* se fundamenta na finalidade do ato; b) um modo deontológico, onde o *dever ser* vem de um imperativo categórico, um agir pelo dever de assim ter que agir. Este último modo está relacionado com a visão kantiana de dever moral. Resta-nos saber das normas jurídicas.

É prática corrente em nossos cursos de graduação a identificação do direito como *conjunto de normas jurídicas*, ou seja, a sua definição como *ordem normativa coativa*. Tal fato se dá em razão da forte influência do juspositivismo sobre a cultura jurídica brasileira. A partir daí, tendemos a confundir juridicidade com coercibilidade; a pensar no Estado como a fonte material do direito, e a distinguir a norma jurídica das demais em razão de sua coatividade (sanção prefixada) e sua heteronomia.

<sup>9</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 167 - 168.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p 168.

Separa-se direito da moral uma vez que, muito embora ambos ditem normas de conduta, em relação ao primeiro tais normas são-nos exteriores (heterônomas), cabendo-nos a sua observação, sob pena de sanção prefixada e igualmente externa; ao passo que, em relação à moral, as normas são internas (autônomas), e a sanção por sua transgressão ocorre no nível da consciência do sujeito.

MacCormick vê na essencialidade da norma jurídica não apenas o caráter de sua coatividade, mas o fato de sua institucionalidade. Daí que concebe o direito como *ordem normativa institucional*<sup>11 12</sup>.

O direito é uma ciência social aplicada. Por isso, requer além de uma dimensão teórica (que o fundamente e estrutura) outra fática, onde se realize. Ao mesmo tempo em que o direito é (dimensão ontológica), ele deve ser (dimensão ética). No universo humano, nos encontramos não somente com fatos brutos (realidade), mas também com fatos institucionais<sup>13</sup>. E, segundo Searle, são as regras (normas) que nos permitem passar de um fato bruto para um fato institucional. Assim, fatos institucionais apenas existem em sistemas normativos<sup>14</sup>. O direito é um fato cultural, regido por normas (princípios e regras) que nos permitem identificá-lo como tal.

A norma é um preceito de conduta, já vimos. E, quando observamos uma ação comum, orientada sob um senso comum de coisa certa a fazer, estamos diante de uma *ordem normativa*<sup>15</sup>.

O direito é uma espécie de ordem normativa. Qualifica-se como *institucional*, porque é elaborado por autoridades investidas no poder de criar normas (legisladores), e aplicado e interpretado por outras autoridades competentes (administradores públicos e magistrados, por exemplo).

Para MacCormick, o conceito de norma é gênero, que engloba o de regra e princípio. Regras podem ser definidas como *normas explicitamente articuladas*. Possuem, idealmente, uma estrutura dual: fatos operativos (*OF*) e consequências normativas (*NC*)<sup>16</sup>. *OF* são as hipóteses fáticas (previsões de conduta) e *NC* são os preceitos e sanções. Desta feita, as regras atendem ao seguinte esquema: *Sempre que OF, então NC*<sup>17</sup>. Os princípios “dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema estatal ou de alguma ordem normativa análoga”<sup>18</sup>. São extraíveis do sistema jurídico e que têm um papel relevante na fundamentação de decisões onde não há de regras preestabelecidas para o caso, ou quando duas ou mais regras podem ser aplicadas ao mesmo caso.

<sup>11</sup> Esta definição, conforme alerta o próprio MacCormick, não é ostensiva, mas explanatória, ou seja, útil como um adequado ponto de partida para se saber o que é o direito.

<sup>12</sup> MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An essay in legal theory*, p 1.

<sup>13</sup> Se imaginarmos uma pessoa portando um cheque, para além do fato dela estar de posse de um pedaço de papel retangular, timbrado e preenchido por um numeral e uma assinatura (fato bruto), ela compreende a função simbólica e econômica daquele título, e as regras que o regem (fato institucional).

<sup>14</sup> MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política. A dimensão pública da linguagem*, p. 165.

<sup>15</sup> MacCormick, para ilustrar o conceito, cita o fato das filas que se formam espontaneamente num ponto de ônibus (normas de trato social).

<sup>16</sup> *Operative Facts – OF; Normative Consequences (NC)*

<sup>17</sup> Citamos como exemplo o art. 121, do Código Penal Brasileiro:

“Art. 121 Matar alguém:” (fato operativo)

“Pena – reclusão de seis a vinte anos.” (consequência normativa)

<sup>18</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*, p. 251.





Assim, o jurista trata de sistematizar e apontar (prescrever) algumas categorias de argumentos interpretativos, que auxiliam na solução dos aludidos problemas, ao justificar as decisões tomadas. São elas: a) ARGUMENTOS LINGÜÍSTICOS, que buscam interpretar a partir do sentido ordinário ou técnico das palavras utilizadas na linguagem ordinária; b) ARGUMENTOS SISTÊMICOS, que buscam a compreensão aceitável do texto normativo, levando-se em consideração o fato de que ele, por fazer parte, deve ser coerente com o sistema jurídico. Podem ser classificados em: 1) *argumentos de harmonização contextual*, quando os termos problemáticos devem ser interpretados a partir da coerência com o restante da lei ou do conjunto de leis afins; 2) *argumentos a partir de precedentes*, que ditam que se a norma (ou o caso) já se submeteu à interpretação judicial, as futuras questões envolvendo a mesma norma (ou caso) deverão estar de acordo com a interpretação precedente; 3) *argumentos por analogia*, que visam a realizar a integração do direito a partir das soluções dadas a casos similares; 4) *argumentos conceituais*, também conhecidos como lógicos, onde um conceito jurídico doutrinariamente reconhecido, sendo usado, deve ser interpretado sem eu se leva à perda do significado que lhe confere a sua identidade (princípios lógicos da identidade e da nãocontradição); 5) *argumentos a partir de princípios gerais*, onde se um princípio geral for aplicável à norma ou disciplina, as interpretações que deverão ser prestigiadas serão aquelas que estiverem em maior conformidade com tal princípio; 6) *argumentos a partir da história*, são argumentos que procuram levar em conta a historicidade do conteúdo ou propósito da norma; c) ARGUMENTOS TELEOLÓGICOS-AVALIATIVOS, que procuram interpretar o texto a partir de sua finalidade, seus objetivos (*mens legis, mens legislatoris*)<sup>26</sup>.

Salienta o jurista que, no caso de argumentos conflitantes, uma boa solução seria a aplicação da chamada *regra de ouro*<sup>27</sup>, onde os termos da norma devem ser, em regra, aplicados conforme seu sentido ordinário e natural, sem ampliações ou restrições, salvo se o sentido produzido se mostre injusto, contraditório, anômalo ou absurdo<sup>28</sup>.

Para Neil MacCormick, a argumentação é a “atividade de colocar argumentos em favor ou contra alguma coisa”<sup>29</sup>. A argumentação jurídica é uma ramificação da argumentação prática.

A argumentação é uma atividade essencial à prática do direito. Advogados, ao peticionarem, apresentam fatos e normas, os interpretam e argumentam a procedência de suas pretensões. O mesmo ocorre com defensores, procuradores e promotores, e outros operadores do direito. Os magistrados recebem os argumentos e os sopesam com as provas produzidas. Então, fazem subsunção do fato (verdadeiro ou verossímil) à norma. Todavia, argumentam para a justificação da escolha de algumas premissas.

MacCormick é um racionalista, no sentido de defender que os processos decisórios ou formadores do direito devem ser pautados na razão, para a busca da decisão mais justa possível. Ao contrário de Kelsen, ele não concebe a decisão judicial

<sup>26</sup> Ibidem, p. 166 - 174.

<sup>27</sup> Assim designada pelos doutrinadores ingleses e escoceses.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 183 - 184.

<sup>29</sup> Idem, “Argumentation and Interpretation on Law”. In: *Argumentation*, p. 467.

como um ato de vontade. Também se distancia (ainda mais) de Hart por não admitir a de discricionariedade do juiz (mesmo) nas decisões mais difíceis, embora também não compartilhe da visão ultrarracionalista de Dworkin da possibilidade da escolha única, pois admite a possibilidade de diferentes possíveis resultados justos.

Em sua teoria, defende a valia do processo lógico-dedutivo para a justificação das decisões judiciais. Para ele, o raciocínio dedutivo confere aos jurisdicionados a sensação de racionalidade e imparcialidade que se espera de uma decisão judicial. Assim, especialmente em relação a casos de menor complexidade, o juiz não deve abrir mão do silogismo.

A teoria de MacCormick é classificada, por vezes, como *integradora*. Isto se deve ao fato dela admitir a coexistência do raciocínio silogístico com o argumentativo<sup>30</sup>. Todavia, para os chamados casos difíceis, onde há impossibilidade de se enquadrar os elementos estruturais (premissas) do silogismo, o jurista reconhece que o meio mais apropriado de razoar está na argumentação.

Assim, verificam-se dois níveis de justificação no processo decisório. Um primeiro nível, também chamado de *justificação de primeira ordem*, onde a decisão se opera pela conexão das premissas maior (hipótese legal) e menor (fato) e um conclusão lógica (consequência). O segundo nível, chamado de justificação de segunda ordem, ocorre nos casos onde o raciocínio silogístico se mostra insuficiente para justificar a decisão.

MacCormick oferece um caminho pelo qual o magistrado possa optar, entre várias soluções possíveis, por uma que faça sentido tanto para o jurisdicionado quanto para o sistema jurídico. Assim, a justificação de segunda ordem deve passar por critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência.

A *universalidade* tem a ver com a possibilidade de um mesmo argumento ser aplicado a situações idênticas. Seu fundamento é a imparcialidade (generalidade). A *consistência* relaciona-se com o fato de que não deve haver contradição lógica entre as conclusões e outras normas válidas (não contradição). A *coerência* significa que a solução deve estar em harmonia com o sistema jurídico (regras, princípios e valores). Divide-se em *coerência normativa* e *coerência narrativa*. A primeira que significa que as normas somente poderão ser tidas como coerentes se puderem se subsumir a princípios gerais satisfatórios ou pertinentes. É neste diapasão que MacCormick reconhece o relevante papel dos princípios como normas gerais e explicativas do sistema jurídico. A segunda, que diz respeito aos fatos passados (caráter diacrônico). A decisão deve guardar coerência com os fatos narrados. A coerência fática é verificada pela experiência racional, juízos de probabilidade e causalidade. A *consequência*, ou argumento consequencialista, onde se devem avaliar cuidadosamente os efeitos (consequências) da solução argumentativa, uma vez que atendido o critério da universalidade (ou universabilidade), a solução deverá servir de modelo a casos futuros iguais ou similares<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> GUANDALINI JR., Walter. *Da subsunção à argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, p. 157.

<sup>31</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antonio Rezende. *A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Caracterização, limitações, possibilidades*. Novos Estudos Jurídicos, p. 213 - 218.

Enfim, a argumentação jurídica se mostra eficaz na medida em que permite ao julgador decidir, nos casos difíceis, com base nos critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência. Desta forma, não há espaço para a discricionariedade judicial na teoria de Neil MacCormick<sup>32</sup>.

## Conclusão

A doutrina juspositivista, que num primeiro momento do desenvolvimento da economia e sociedade burguesas foi adequada para garantir a segurança jurídica e a estabilidade então supervalorizadas, a partir da segunda metade do séc. XX começa a sofrer duras críticas em razão da possibilidade de (re) moldurar e conferir validade formal a sistemas jurídicos totalitários e injustos, uma vez que é da essência do positivismo jurídico a neutralidade axiológica do direito, isto é, direito e moral são campos dissociados.

Consequentemente, surgem, no campo da jusfilosofia, teorias não apenas descritivas do direito, mas igualmente prescritivas (normativas), que, embora reconheçam o mérito da construção racional do positivismo jurídico e da sua adequação a uma sociedade heterogênea e plural, por não condicionar o direito a valores, impondo a todos uma determinada visão de mundo, postulam que o direito possui alguns limites valorativos, condicionantes de sua validade. Estes limites valorativos se encontram constitucionalmente institucionalizados, na forma de direitos e garantias fundamentais e, no plano internacional, de direitos humanos. Assim, não se pretende um retorno ao jusnaturalismo, mas apenas traçar limites éticos ao direito, que deve se abster de atravessar o umbral da extrema injustiça. É neste contexto que se encontra a teoria jurídica de MacCormick.

Para o jusfilósofo, o direito pode ser compreendido como *ordem normativa institucional*. Para explicar o conceito, o jurista afirma que o homem é um usuário de normas. Estas, quando passam a regular certos atos da vida social, onde a comunidade a assimila como coisa certa a fazer, ela adquire status de ordem normativa, que, após, pode vir a se institucionalizar por meio de uma autoridade competente, ou mesmo ser institucional desde a origem.

O direito é composto por princípios, que são valores operacionalizáveis, de alta abstração e generalidade, que podem ser extraídos a partir da análise (coerência) do sistema jurídico, e que atuam como elementos integradores e essenciais à argumentação. As regras são norma explicitamente articuladas, compostas, em regra, de fatos operativos (hipótese) e consequências normativas (preceito).

O direito, por ser moralmente carregado, possui relativa heteronomia. Significa dizer que, por se pautar em uma racionalidade prática, deve aspirar à justiça, não permitindo graves injustiças.

Em relação à interpretação jurídica, ela pode ser descrita como o ato julgar (formar) o sentido mais razoável da norma (ou dos fatos) quando dela (ou deles) ocorre dúvida sobre dois ou mais sentidos. O problema da interpretação, inerente à atividade jurídica, pode ser solucionado por argumentos interpretativos, quais sejam, linguísticos, sistêmicos ou teleológicos-avaliativos.

<sup>32</sup> GUADALINI JR, Op. cit., p. 160.

A argumentação é relevantemente considerada na obra do jurista, e tem sua principal pertinência aos casos difíceis. A teoria de MacCormick não renuncia ao legado positivista do raciocínio silogístico. Pelo contrário, o considera como uma das mais eficientes formas de justificação das decisões judiciais. Por esta razão também é conhecida como uma teoria integradora do direito, por considerar os dois tipos de raciocínio (dedutivo e argumentativo).

São nos casos considerados difíceis que o raciocínio argumentativo ganha destaque. Assim, o jusfilósofo prescreve uma metodologia para se trilhar o caminho que denomina justificação de segunda ordem: o magistrado deverá observar critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência para a solução argumentativa. Daí, não haver que se falar em poder discricionário do juiz, em tais casos.

Por conclusão, podemos afirmar que a teoria de Neil MacCormick, ainda pouco festejada no Brasil, merece uma maior divulgação entre nós, pois representa um pensamento consentâneo como os valores de uma sociedade plural, que almeja se firmar como democrática.

## Referências bibliográficas

BRUNO, Vânia. “O Fundamento do Direito em Chaïm Perelman”. In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito. Estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008, p. 238 – 248.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

180

GUANDALINI JR., Walter. “Da subsunção à argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, [S.l.], v. 54, Fev. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30734>>. Acesso em 8 de novembro de 2013.

LACERDA, Bruno Amaro. “Direito e moralidade”. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinício Chein (orgs.). *Instituições de direito*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011, p. 15 – 26.

MACCORMICK, Neil. “Argumentation and Interpretation on Law”. In: *Argumentation*, Volume 9, Issue 3, 1995.

\_\_\_\_\_. *Institutions of Law*. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. “The Relative Heteronomy of Law”. In: *European Journal of Philosophy*, Volume 3, Issue 1, 1995.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política. A dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antonio Rezende. “A Noção de Coerência na Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick. Caracterização, limitações, possibilidades”. *Novos estudos jurídicos*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 207-221, out. 2011. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281/2064>>. Acesso em 8 de novembro de 2013. doi:10.14210/nej.v16n2.p207-221.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008.

The University of Edinburgh – School of Law. Professor Sir Donald Neil MacCormick – In Memoriam. Disponível em: <<http://www2.law.ed.ac.uk/neilmaccormick/>>. Acesso em 17 de novembro de 2013.

# El concepto de *calidad institucional* en los discursos presidenciales en la Argentina

---

Jorge O. Bercholc<sup>1</sup>  
Diego J. Bercholc<sup>2</sup>

## Introducción

En el presente artículo comentamos el uso y evolución del concepto *calidad institucional*, a través de los discursos presidenciales de apertura de la Asamblea Legislativa en la Argentina. Los datos que se presentan aquí, surgen de una investigación mayor<sup>3</sup> llevada a cabo para el período 1983-2011, que abarcó todos los períodos presidenciales desde la restauración democrática en el país, hasta el último discurso del 1 de marzo de 2011 emitido por la Presidente Cristina Fernández. El trabajo completo es de próxima publicación.<sup>4</sup>

Los discursos estudiados están prescritos por la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8, y por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la Presidencia. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación ante la Asamblea Legislativa y que inaugura el período anual de sesiones parlamentarias.

## El concepto de *calidad institucional*

El concepto de *calidad institucional* deriva del inglés *governance* que significa, “organización de gobierno” sujeta a regulaciones y mecanismos formales, y también a aquellas regulaciones que se han impuesto por consenso y que han

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

<sup>2</sup> Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Integrante del equipo de investigación.

<sup>3</sup> Proyecto de investigación UBACyT acreditado en el marco de la Programación Científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, con sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

<sup>4</sup> Bercholc Jorge O., Bercholc Diego J., Análisis de contenido de los discursos presidenciales de apertura de las asambleas legislativas en la Argentina (1983-2011), Lajouane, Buenos Aires 2012. (En impresión)

obtenido legitimidad de modo informal. De este modo se incluyen en el análisis político, las novedades que asoman desde la sociedad civil (redes, ONGs) sean cuales fuesen las reivindicaciones esgrimidas.<sup>5</sup>

Según el *Libro Blanco de la Gobernanza*<sup>6</sup>, que la Comisión Europea pergeñó en el año 2001, tratando de establecer reglas para el “buen gobierno” de la Unión Europea, y para superar el llamado “déficit democrático” y la superposición y superabundancia normativa, la “Gobernanza” implica “mejores políticas, mejores regulaciones y mejores resultados”. Según el Libro Blanco es necesario sistematizar mejor el entramado normativo por el que se rige la Unión, tanto desde su estructura formal como desde la perspectiva de una mejor calidad en la formalización del tipo de norma adecuada para la regulación de finalidades concretas. La idea de constitucionalizar Europa responde a este tipo de planteamientos, ya que una organización, con la complejidad a la que se ha llegado, necesita reflexionar acerca de cómo organizar mejor su sistema normativo para adecuarlo a sus actuales necesidades. Esas necesidades abarcan desde las perspectivas politológicas y sociológicas a la superación del déficit democrático, la cuestión de la legitimación, la publicidad y el control (accountability) y la participación.

En el terreno jurídico se refiere a la implementación de una carta de derechos fundamentales, y a la clarificación y ordenamiento de los derechos que ya están presentes en los Tratados, para evitar superposiciones y otorgar transparencia al funcionamiento institucional.<sup>7</sup>

Las definiciones citadas son abarcativas de las dimensiones formales y sustantivas del concepto, dicotomía o binomio conceptual, que también se observa en el análisis de la democracia.

En nuestro país se ha entendido, desde una perspectiva formal-procedimental, que la calidad institucional involucra ciertas cuestiones fundamentales: 1) mecanismo efectivo de división de poderes; 2) rotación en los cargos públicos; 3) publicidad y transparencia de los actos de gobierno; 4) responsabilidad política (accountability) de los gobernantes; 5) respeto de la ley por todos los ciudadanos y por aquellos que tienen las funciones de dirección y administración de la cosa pública; 6) la existencia y vigencia de libertades y derechos individuales; 7) el gobierno de la mayoría y el respeto de las minorías; 8) reglas y procesos claros y transparentes que definan la participación de los ciudadanos; 9) respeto por los gobernantes de la legitimidad popular; 10) la existencia de políticas de Estado. Estos principios abarcan al diseño de las instituciones y de sus reglas y también a los actores del sistema político, esto es, la dirigencia y los ciudadanos.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Definición tomada de Dieter Nohlen en su *Diccionario de Ciencia Política*, Tomo 1, pág. 662.

<sup>6</sup> Se lo puede consultar en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf)

<sup>7</sup> El futuro de Europa y la “gobernanza” europea, Teresa Freixes, Catedrática de derecho constitucional, [http://ec.europa.eu/governance/contrib\\_ied\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/governance/contrib_ied_es.pdf)

<sup>8</sup> Serrafiero, Mario: “Calidad institucional: cuestiones y desafíos”, en *Calidad institucional o decadencia republicana*, AAVV, págs.. 14-16, Lajouane, Buenos Aires, 2007.



- “Señores legisladores: ante las dificultades sociales y económicas que afrontamos, mejorar la calidad institucional es una de nuestras metas principales por todos compartida. La política debe transparentarse y ajustarse en el sentido de reducir sus gastos y sus costos. No es admisible una clase política con privilegios cuando el pueblo pasa privaciones.”
- “... Así lo anuncié en su momento: el ajuste debe hacerlo la política...”
- “¡Que sea la gente la que decida en cuánto tenemos que achicar la política! Gastamos mucho y es hora de empezar a transferir los recursos que sobran en la política para mejorar la calidad de vida de la gente.”

### **Kirchner y la calidad institucional: calidad institucional para todos**

Como ya se ha dicho, el concepto fue sólo enunciado una vez hasta las menciones en los discursos de Kirchner. Este lo ha utilizado en términos restrictivos o procedimentales, cuando se refiere a calidad institucional en relación a los cambios en la Corte Suprema. Pero luego lo hace extensivo, y lo usa en modo ampliado, para referirse a cuestiones del plano económico-social, o cuando sostiene que no pueden disociarse legitimidad (*consenso popular*) y legalidad (*normas positivas vigentes*).

184

Esas referencias de Kirchner se asemejan a las invocaciones democráticas en los inicios de la presidencia de Alfonsín, cuando sostiene, en el discurso de 2007, que: “... no hay mayor *calidad institucional* que poder educarse, poder trabajar, poder comer, poder tener libertad, poder tener respeto a los derechos humanos, poder tener derecho a trabajar, poder tener derecho a soñar...”

Entre ambas enunciaciones pareciera haberse transitado una ruta elíptica. Alfonsín debió restringir sus invocaciones democráticas amplias y sustantivas y revalorizar criterios procedimentales de legitimidad democrática, de los que la ciudadanía carecía, a fin de su consolidación.

Veinte años después, Kirchner en sus discursos presidenciales, sostiene que la calidad institucional, medida sólo en términos procedimentales, no resulta suficiente, como test de eficacia y utilidad, para satisfacer por sí las expectativas y necesidades ciudadanas, que exigen respuestas sustantivas, económicas y sociales. La categoría teórica calidad institucional entonces, no responde sólo a criterios “republicanistas” de frenos, contrapesos y controles, debe, además, expandir la ciudadanía a través de la materialización de los derechos económicos y sociales.

- “La *calidad institucional* supone el pleno apego a las normas, en una Argentina que por momentos aparece ante el mundo como un lugar donde la violación de las leyes no tiene castigo legal ni social. A la Constitución hay que leerla completa. La *seguridad jurídica* debe ser para todos, no sólo para los que tienen poder o dinero.”



- “... ha sido nuestro propósito trabajar decididamente en el mejoramiento de la *calidad institucional* de la República. En ello se inscriben las acciones que concluyeron con la renuncia o remoción de diversos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la designación en esas vacantes por parte del Poder Ejecutivo Nacional de letrados de reconocida solvencia técnica y moral.”
- “... es preciso entender que la *calidad de las instituciones* debe medirse en función de la capacidad que tengan para representar la voluntad popular y construir un estado de derecho. Es preciso decirlo cuando para algunas viejas elites evidentemente las instituciones tienen más calidad cuando más lejos del pueblo se encuentran. No se puede disociar *legitimidad y legalidad, democracia y derecho* se complementan.”
- “... no hay mayor *calidad institucional* que poder educarse, poder trabajar, poder comer, poder tener libertad, poder tener respeto a los derechos humanos, poder tener derecho a trabajar, poder tener derecho a soñar. ¿De qué *calidad institucional* me hablan? ¿De esa Argentina que votaba las leyes que pedía el Fondo, de esa Argentina que condenó a millones de argentinos a la pobreza, de esa Argentina que condenó a nuestros jubilados al hambre permanente, después de haber trabajado una vida, de esa Argentina que trabajó y generó leyes para salvar a los bancos sobre los argentinos? Todos ustedes lo saben y lo saben los argentinos. ¿Esa es la *calidad institucional*? La *calidad institucional* con acuerdos entre amigos para tratar de forzar y salvar intereses de unos pocos contra los intereses de muchos. ¿De qué estamos hablando de *calidad institucional* cuando hablamos, de la Corte Suprema que teníamos o de cómo se movían las corporaciones de jueces, que todavía algunos lo siguen haciendo, esa era la *calidad institucional*?”
- “Una política de derechos humanos se vincula no sólo al respeto a los valores inherentes a la condición humana sino también a una mejora en su *calidad institucional*. Una política de derechos humanos en la Argentina de hoy implica luchar contra otro tipo de amenazas que superan la conquista de los derechos políticos y civiles y nos llevan al campo a los *derechos sociales y económicos*. La *construcción de ciudadanía* será posible en la medida en que se incluya a los excluidos en un proceso de integración social, capaz de garantizar no solamente la *titularidad de los derechos* sino la posibilidad del *ejercicio pleno* por parte del conjunto.”

## **Cristina y la calidad institucional: vetos, división de poderes y decretos de necesidad y urgencia**

Sin hacer mucha mención del concepto de calidad institucional -hemos visto que fue muy citado por Kirchner- Cristina se refirió en forma casi inédita a dos institutos que, si bien se encuentran dentro de las facultades conferidas por la Constitución al poder ejecutivo, siempre despiertan críticas y resquemores, los *vetos* y los *decretos de necesidad y urgencia*, demostrando que fue la presidente

que menor utilización hizo de esos recursos normativos excepcionales de los que dispone el poder ejecutivo.<sup>11</sup>

## Cantidad y frecuencia de decretos de necesidad y urgencia<sup>12</sup>

Menem	1995-1999 (60 meses)	102; <b>20 por año</b>
De la Rúa	1999-2001 (25 meses)	59; <b>29 por año</b>
Duhalde	2002-2003 (17 meses)	154; <b>108 por año</b>
Kirchner	2003-2007 (55 meses)	234; <b>51 por año</b>
Cristina	2007-2009 (18 meses)	7; <b>5 por año</b>

Cristina también dedicó párrafos a la división de poderes y a la judicialización de la política, entendida como intromisiones de la justicia, o atajos que utilizan los políticos para dirimir en la justicia, lo que es competencia de los poderes ejecutivo y legislativo en la propia lucha y debate políticos a desarrollarse en los ámbitos legislativos.

Resulta de interés también observar que, para responder a las críticas, se basó en datos estadísticos a fin de despejar de toda duda y subjetividad a la cuestión. Son los datos estadísticos y empírico-cuantitativos un recurso, de pretendida objetividad y rigor metodológico, que la presidente ha usado en todos sus discursos para enunciados de distintos temas.

- “... numerosos dirigentes políticos, titulares, decían que iba a existir una *vetocracia*, que en fin, que parecía que se venía el mundo abajo. Miren, me tomé el trabajo, yo no en realidad, el Jefe de Gabinete que le encanta los números y todas esas cosas de la computadora, hacer los cálculos y demás, se tomó el trabajo de ver en materia de *vetos*, cómo había sido la historia de los *vetos* en la República Argentina de la democracia. ¿Se acuerdan que me decían que iba a ser *vetocracia*, que yo casi iba a ser *Vetina* casi no Cristina? Bien, déjenme decirles que esta Presidenta en 3 años de gestión proporcionalmente ha hecho *vetos* por el 0,70 por ciento; solamente superada en menor cantidad de *vetos* por el presidente Kirchner, que fue el 0,68, y el período Alfonsín fue el 0,83. El período donde más se *vetó* fue durante el año 2002 que fue de 6.92 *vetos*. Pero además, y como sé que hay una fuerza política muy importante y con representación aquí que tiene el gobierno de la Ciudad, en realidad el récord de récords lo bate el gobierno de la Ciudad con el 9.28 por ciento de *vetos* en la ciudad Capital.

<sup>11</sup> Sobre los DNU y su uso por los presidentes desde 1983 pueden verse: Bercholg Jorge O., La emergencia permanente del Estado democrático y el control parlamentario. El Parlamento frente a la crisis de la representación política, el decisionismo y la delegación legislativa permanente; Serrafiero Mario, Exceptocracia ¿Confin de la democracia?; Leiras Santiago, El Cono Sur y sus líderes durante los años ‘90”; Borzi de Lucía, Máximo Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma constitucional de 1994. Ver listado bibliográfico.

<sup>12</sup> Según Máximo Borzi de Lucía, Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma constitucional de 1994, trabajo publicado en El Dial, del 21.9.09, suplemento de Derecho Público.

- “Yo creo en serio en la *división de poderes*, no me lleno la boca hablando de la *república y de la división de los poderes* y veo luego a legisladores que como no logran tener los votos que necesitan aquí adentro, van y encuentran jueces..., encuentran los jueces que según la Argentina mediática manejamos nosotros que les dan la razón y se introducen en *cuestiones que son estrictamente políticas* y a resolver entre el Poder Ejecutivo y ustedes que son el otro poder político de la República, el que representa a las provincias y al pueblo.”
- “La Argentina real es la del gobierno que dio la Corte de Justicia más independiente del gobierno que se recuerde en toda la historia de la República Argentina. No hay Corte más independiente del Gobierno que esta Corte.”
- “Y en esta Constitución del ‘94, hay *decretos de necesidad y urgencia*. No los puse yo, les aclaro que comparto la figura de los instrumentos de *decretos de necesidad y urgencia*, si no estuviera de acuerdo no los utilizaría, pero también quiero recordarles que de todos los presidentes argentinos, de todos, fui la que menos *decretos de necesidad y urgencia* utilizó. Pero están allí, en la Constitución, son una atribución del Poder Ejecutivo que es el que administra el país en general.”
- “Y también me tocó cuando fui legisladora impulsar la sanción que reglamentara el ejercicio de ese derecho por parte del Poder Ejecutivo para que pudiera haber contralor de ustedes, el Parlamento. Desde 1994, donde antes inclusive de que estuviera en la Constitución se dictaban *decretos de necesidad y urgencia*, desde 1994 hasta el 2006, se dictaron cientos de *decretos de necesidad y urgencia* que ustedes nunca controlaron, nunca. Si hoy pueden controlarlos es porque yo presenté un proyecto como legisladora y obtuve los votos de la mayoría para poder sancionarlo”
- “... lo que debe ser resuelto políticamente, debe ser resuelto en términos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Esto no quita que la Justicia revise un *decreto de necesidad y urgencia*, porque puede ser votado por unanimidad del Cuerpo y la Justicia igual tener derecho a revisarlo porque lesiona algún interés particular de algún derecho constitucional aún cuando sea aprobado por unanimidad del Parlamento.”

## Referências bibliográficas

Ancarola Gerardo et al, Calidad Institucional o Decadencia Republicana, Lajouane, 2007, Buenos Aires.

Bercholz Jorge O., Temas de Teoría del Estado, Editorial La Ley, Agosto 2003, reimpresión mayo de 2005, Buenos Aires.

Bercholz Jorge O., La emergencia permanente del Estado democrático y el control parlamentario. El Parlamento frente a la crisis de la representación política, el decisionismo y la delegación legislativa permanente, en Revista Aragonesa de Administración Pública, número 35, Diciembre de 2009, Zaragoza, España.

Bercholz Jorge O., Bercholz Diego J., Análisis de contenido de los discursos presidenciales de apertura de las asambleas legislativas en la Argentina (1983-2011), Lajouane, Buenos Aires 2012. (En impresión)

Borzi de Lucía Máximo, Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma constitucional de 1994, El Dial 21.9.09, suplemento de Derecho Público.

Discursos Presidenciales a la Asamblea Legislativa, 1983-2011, Dirección de Publicaciones del Senado de la Nación, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires.

Freixes Teresa, El futuro de Europa y la «gobernanza» europea, [http://ec.europa.eu/governance/contrib\\_ied\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/governance/contrib_ied_es.pdf), 2002.

Leiras Santiago, El Cono Sur y sus líderes durante los años '90", Lajouane, 2009, Buenos Aires.

Libro Blanco de la Gobernanza Europea, Comisión Europea, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf), 2001, Bruselas.

Nohlen Dieter, Diccionario de Ciencia Política, 2 Tomos, Editorial Porrúa, México 2006.

Serrafero Mario, Excepcocracia ¿Confín de la democracia?, Lumiere, Buenos Aires, 2005.

# Reverendo a justiça em Sandel: algumas reflexões sobre o liberalismo e as possibilidades de realização da justiça

Ana Paula Teixeira Delgado<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo examinar as relações existentes entre a moral e a filosofia política, por meio da análise da obra *Justiça* de Michael Sandel, que busca, através da observação de algumas teorias sobre justiça, alcançar princípios de justiça aplicáveis em diversas situações concretas, bem como compreender as relações entre princípios morais e princípios de justiça e obter a resposta mais adequada à concepção do que é justo, em sociedades caracterizadas pelo liberalismo, aparentemente incompatível com a realização de justiça.

**Palavras-chave:** Justiça; moral; filosofia política; liberalismo.

## Abstract

The present study aims to examine the relationship between the moral and political philosophy, through the analysis of the work of Michael Sandel *Justice*, which seeks, through the observation of some theories about justice, achieve justice principles applicable in several concrete situations as well as understand the relationship between moral principles and the principles of justice and obtain the most appropriate response to the concept of what is fair, in liberal societies hue, seemingly incompatible with the realization of justice.

**Keywords:** Justice; moral; political philosophy; liberalism.

## Introdução

O liberalismo é um modelo que triunfou em nossa civilização, de modo que é plenamente possível sua realização. Entretanto, cabe indagar se o liberalismo é compatível com a realização da justiça, na medida em que prioriza a liberdade e os direitos individuais em detrimento da busca de uma equanimidade social. Esta é a questão central abordada por Michael Sandel em sua obra *Justiça*.

Na busca por respostas para tal indagação, Sandel parte de situações da vida prática, que estão intrinsecamente ligadas à moral e, por conseguinte, suscitam divergências dentro de nós mesmos, como indivíduos ou como membros de um grupo social.

Diante de tais complexidades, não se pode dissociar a moral da filosofia política. Ao contrário, percebe-se que não há cisão nos domínios da moral e da política<sup>2</sup>, mas um entrelaçamento, de modo que não se pode mais discutir

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UNESA; Mestre em Direito pela UGF; Bacharel em Direito pela UFRJ; Professora da Universidade Estácio de Sá.

<sup>2</sup> Dentro de um paradigma tradicional positivista, que se pretende superar na atualidade, a moral é dissociada do direito e da justiça, por conseguinte as questões advindas dos problemas de razão prática são relegadas a questões de segundo nível, por não poderem ser cientificamente analisadas, o que conduz ao problema da aplicação judicial do direito nos tempos atuais.

a legitimidade do próprio direito e da política, sem quaisquer referências à moral<sup>3</sup>.

A partir dos julgamentos de situações concretas e da análise da celebração dos contratos no mercado, Sandel questiona se é possível chegar a princípios de justiça aplicáveis em todas as situações concretas. Do mesmo modo, observa a formação do raciocínio moral e de como este influencia na ideia de justiça. Para responder a estes questionamentos, o autor analisa diversas teorias sobre justiça – de Immanuel Kant, no século XVIII a John Rawls, no século XX, de modo a melhor compreender as relações entre princípios morais e princípios de justiça e obter a resposta mais adequada à concepção do que é justo.

## Três abordagens de justiça

Para saber se uma sociedade é justa, é necessário analisar como ela distribui as coisas que valoriza, a saber – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias e como distribuir estes bens de maneira correta, dando a cada indivíduo o que lhe é devido.

Partindo desta afirmação, inexoravelmente depara-se com a dificuldade de definir o que é justo, tendo em vista as diferentes formas de se pensar sobre justiça. Diante da perspectiva sobre a qual se pensa a justiça, os critérios de distribuição de bens entrarão em desacordo.

A fim de se obter a resposta mais adequada à concepção do que é justo, Sandel realiza três abordagens de justiça: a abordagem utilitarista, que leva em consideração a maximização do bem-estar da sociedade; a abordagem libertária que liga a justiça à liberdade e ao respeito aos direitos individuais e a abordagem que associa a justiça à virtude e a uma vida boa, explorando de maneira crítica os pontos fortes e fracos das três maneiras de se pensar a justiça, a fim de se chegar a uma concepção mais adequada para o contexto hodierno.

### Abordagem utilitarista

Jeremy Bentham (1734-1832), considerado o maior precursor do utilitarismo, refutava a ideia de direitos naturais, por não ser possível provar historicamente a existência de um contrato social; segundo, porque, mesmo provando-se a realidade do contrato, subsiste a pergunta sobre por que os homens estão obrigados a cumprir compromissos em geral. Em sua opinião, a única resposta possível reside nas vantagens que o contrato proporciona à sociedade.

Diante da óptica utilitarista de Bentham, a obediência ao Estado justifica-se na medida em que contribui mais para a felicidade geral do que a desobediência. Neste sentido, sua concepção possui como pilar a maximização da utilidade, definida como qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a

---

Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos/POZZOLO, Susanna – *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

<sup>3</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. *Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia*. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo Arquivos de direitos humanos. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3-80.

dor ou o sofrimento. A felicidade geral, ou o interesse da comunidade, deve ser entendida como o resultado da soma do bem comum e das dores dos indivíduos, como num cálculo hedonístico.

No esteio deste raciocínio simplista, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, ressaltando a ideia de que todos são governados pelos sentimentos de prazer e dor, e portanto, os conceitos de certo ou errado deles advêm.

Para Bentham, todos os argumentos morais devem se fundamentar na ideia de maximização da felicidade. Ainda que se acredite em alguns deveres e direitos absolutos e categóricos, não haveria base para defendê-los, exceto se respeitá-los maximizasse a felicidade humana.

No tocante às divergências morais que eventualmente se colocassem, estas na realidade equivaleriam a discordâncias referentes à aplicação do princípio utilitarista da maximização do prazer e da minimização da dor. Neste contexto, o princípio da utilidade constituía uma ciência da moral, servindo de base para reformas políticas e sociais, a exemplo da ideia do *Panopticon*, da criação de um reformatório autofinanciável para mendigos e da distribuição dos quartos<sup>4</sup> nas prisões-oficinas; projetos que supostamente tinham por objetivo promover o bem-estar geral, resolvendo problemas que afetam a felicidade social.

Diante das características utilitaristas, algumas críticas podem ser formuladas. Ao examinar-se o projeto utilitarista, infere-se que este é incompatível com os direitos individuais fundamentais, uma vez que, por esta perspectiva, os indivíduos somente possuem importância enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto na sociedade.

Considerando que, de acordo com a lógica utilitarista a moral consiste em pesar custos e benefícios visando à felicidade da população, qualquer medida que inflinja dor intensa a um indivíduo com o desiderato de evitar sofrimento em grande escala seria moralmente aceitável, a exemplo da tortura permitida pelo USA Patriotic Act<sup>5</sup>, de 26 de outubro de 2001, em reação aos ataques de 11 de setembro. Neste sentido, destaca Sandel:

“O argumento em favor da tortura nesse caso começa com o cálculo utilitarista. A tortura inflinge dor ao suspeito, reduzindo muito sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir.”<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Um dos projetos de Bentham para tornar a lei penal mais eficiente foi o *Panopticon*, um presídio com a torre central de inspeção que permitia ao supervisor observar os detentos sem que eles o vissem, sugerindo que ele fosse dirigido por um empresário, que administraria a prisão em troca dos lucros dos trabalhos dos detentos, que trabalhariam 16 horas por dia. O plano de reformatório autofinanciado para mendigos buscava, dentro da ótica utilitarista, promover a felicidade geral da comunidade, já que sua presença nas ruas causava sentimento de dor ou até mesmo de repulsa, caso contrário, o sofrimento do público seria maior do que a infelicidade dos mendigos internados. A distribuição de quartos nas prisões-oficina deveria minimizar o desconforto dos detentos com seus companheiros de cela, de modo que perto de cada grupo de comportamento inconveniente deveria ser colocado um grupo não suscetível àquele comportamento.

<sup>5</sup> Entre as medidas impostas pelo controverso USA Patriotic Act estavam a invasão de lares, espionagem de cidadãos, interrogações e torturas de possíveis suspeitos de espionagem ou terrorismo, sem direito a defesa ou julgamento

<sup>6</sup> SANDEL, Michael. *JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa*. São Paulo: Civilização Brasileira. 2012, p. 52

Assim, como o exemplo da tortura, diversas outras situações em que os interesses da comunidade são priorizados em detrimento da dignidade do indivíduo poderiam ser abordados e, de acordo com o olhar utilitarista, tais medidas somente seriam refutadas do ponto de vista prático se a medida imposta não resultar em utilidade coletiva. Desta maneira, a despeito da imposição da violação, se o benefício coletivo não for alcançado, não haverá utilidade, o que não justificará a medida, o que reflete também uma ausência de preocupação com as normas fundamentais de respeito e valorização do ser humano. Por tais razões, constata-se que a empresa utilitarista é incompatível com o paradigma que exsurtiu com o Estado Democrático de Direito forjado pós-45.

## Abordagem libertária

O cerne das teorias liberais situa-se no respeito aos direitos individuais, embora discordem sobre quais direitos são considerados os mais importantes. No que concerne à concepção de justiça, destacam-se os teóricos da equanimidade, os quais defendem diretrizes que corrijam as distorções sociais causadas pelo sistema, garantindo a todos igualdade de oportunidades e os adeptos da escola do *laissez-faire* – os chamados *libertários* – que acreditam que a justiça, em síntese, consiste em respeitar o livre mercado e as escolhas feitas por pessoas capazes.

De acordo com a teoria libertária, somente o Estado mínimo que faça cumprir contratos, que proteja a propriedade e zele pela paz, sem qualquer interferência na economia e na ordem social, é moralmente justificável. Os argumentos libertários pautam-se no repúdio ao paternalismo estatal e às leis que protegem as pessoas de si mesmas, uma vez que não têm o direito de ditar a que riscos os indivíduos – livres e iguais – podem submeter seu corpo e sua vida.

Os libertários refutam ainda o uso da coercitividade da lei para impor as convicções morais da maioria, além de serem contra a redistribuição de rendas e riquezas imposta pela lei, o que reflete violação da liberdade individual e constitui até mesmo uma forma de roubo, conforme registra Sandel:

“O Estado não tem mais direito de forçar o contribuinte abastado a apoiar os programas sociais para o pobre do que um ladrão benevolente de roubar o dinheiro do rico para distribuí-lo entre desfavorecidos”<sup>7</sup>

Neste sentido, de acordo com a reivindicação libertária, o indivíduo é o único dono de si mesmo e de seu trabalho. Por esta razão, deve ter direito aos seus frutos. Na medida em que o Estado impõe taxações à renda do indivíduo torna-se parcialmente proprietária do trabalho dele e de seus frutos e, nesta linha de raciocínio, verifica-se uma sequência lógica entre taxação, trabalho forçado e escravidão, uma vez que o Estado se apossa do que o indivíduo recebe, se apossa da sua força de trabalho e lhe nega a posse de si mesmo.

Constata-se, deste modo, que, para a teoria libertária, a necessidade alheia não é superior ao direito fundamental de realizar o que bem entender, o que traduz uma visão que também não se coaduna com uma interpretação de um ordenamento jurídico construído para tender às necessidades de um mundo que emergiu após a Segunda Guerra Mundial, fundamentado em um paradigma de matiz ético-filosófica.

<sup>7</sup> CF. SANDEL, Michael. Op. cit., p. 80.





“Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa.<sup>8</sup>”

Neste aspecto, corrobora-se a crítica de Rawls à realização da justiça segundo a meritocracia, uma vez que a noção de mérito é porosa e variável, pois há fatores arbitrários do ponto de vista moral, cujos créditos não podemos reivindicar. Segundo Rawls, as virtudes e habilidades consideradas relevantes dependem das qualidades às quais as sociedades em uma determinada época conferem maior valor<sup>9</sup>.

Deste modo, Rawls conclui que a concepção meritocrática de justiça é falha, tendo em vista que fundamenta a distribuição de direitos em fatores moralmente arbitrários, tal qual a concepção libertária, e registra:

“Uma vez que somos influenciados tanto pelas contingências sociais quanto pelas oportunidades naturais na determinação da distribuição de direitos, poderemos ser prejudicados pela influência de uma ou de outra. Do ponto de vista moral, ambas parecem igualmente arbitrárias.<sup>10</sup>”

Apesar das críticas de Rawls à concepção de justiça baseada na virtude, observa-se que as discussões sobre direitos e justiça nesta perspectiva estão invariavelmente ligadas à discussão sobre o propósito das instituições e sobre as virtudes que valorizam e compensam<sup>11</sup>. Assim, a medida de aferição de justiça é a identificação do *têlos* e da(s) virtude(s) que deve(m) ser honrada(s) e compensada(s), perspectiva que pode ser utilizada para aferição de outras situações fáticas permeadas por discussões morais, a exemplo das ações afirmativas em Universidades.

## O papel dos mercados e os ideais de justiça

### O “Livre” mercado e a equidade

O livre mercado é uma característica de Estados liberais e fundamenta-se sobre a tradição individualista do respeito à liberdade e à autonomia da vontade. Tal

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 199.

<sup>9</sup> RAWLS, John. *Teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.

<sup>10</sup> Ibid, seção 12.

<sup>11</sup> Sandel destaca o Caso Casey Martin como exemplo da aplicação da concepção de justiça de Aristóteles pela Suprema Corte norte-americana. Casey Martin, um golfista com dificuldades congênitas de locomoção, processou a Associação de Golfistas Profissionais por ter negado o seu pedido de usar um carrinho de golfe no torneio da associação. O caso levou a um debate na Justiça sobre o propósito do golfe e se a capacidade de um jogador de “percorrer o circuito” era essencial para o jogo. A corte decidiu que permitir que Martin utilizasse um carrinho para compensar suas deficiências não alteraria os fundamentos do jogo, uma vez que não possui outro objetivo senão divertir.

concepção parte da ideia de que todos são livres e iguais, ainda que formalmente, para desenvolverem-se no seio das sociedades, cabendo ao Estado não intervir na ordem econômica e social, exceto para salvaguardar as liberdades individuais e para compatibilizá-las ao convívio social<sup>12</sup>.

O livre mercado traz certos dilemas que suscitam conflitos no campo da política e da moral simultaneamente, em especial no que toca à comercialização de direitos, bens e relações que, moralmente, transcendem o poder do dinheiro e as próprias leis do mercado. A defesa de um livre mercado baseia-se em duas perspectivas, quais sejam, bem-estar, defendida pelos utilitaristas e liberdade sem restrições, argumentada pela lógica dos libertários.

Diante do olhar utilitarista, o respeito ao livre mercado representa o bem-estar geral, pois a celebração de contratos e acordos feitos por indivíduos livres propicia a circulação de riquezas nas sociedades, o que maximiza o bem-estar e conduz à felicidade geral.

Para os adeptos da concepção libertária, a defesa dos livres mercados é essencial, uma vez que ao se permitir a realização de trocas voluntárias entre as pessoas, estar-se-ia respeitando a liberdade individual, propiciando uma verdadeira emancipação das pessoas na sociedade. Por este entendimento, qualquer Estado que realize intervenções no mercado é moralmente inaceitável.

Observando-se os argumentos utilitaristas e libertários, constata-se que, a despeito de suas diferenças ideológicas, há um ponto de convergência, qual seja, a ideia de que os indivíduos são livres e iguais. Entretanto, é cediço que não há uma sociedade perfeitamente igualitária, tendo em vista que o sistema capitalista por si só é essencialmente produtor de desigualdades, o que constitui uma de suas características.

Do mesmo modo, questiona-se até que ponto os indivíduos são realmente livres para celebrar acordos em sociedades marcadas por desigualdades. Cabe indagar aí em qual medida o consentimento está sujeito a fatores arbitrários que interfiram nas escolhas individuais, reduzindo a autonomia da vontade na formação de contratos.

Considerando o contexto de desigualdades sociais presentes em sociedades capitalistas, os fatores arbitrários são representados pela inequidade da discriminação de classe e pelo risco de coerção que pairam sobre as pessoas no mercado<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Esta concepção é característica do clássico Estado Liberal formulado no século XVIII. Em que pese o desenvolvimento do Liberalismo ao longo dos séculos, com o fito de adequá-lo ao contexto de cada época, cabe destacar que a tradição individualista do respeito à liberdade e à autonomia da vontade constitui uma característica perene deste tipo de Estado, a despeito de viscerais modificações que ocorreram no sistema capitalista de produção.

<sup>13</sup> Como um dos muitos casos exemplificados por Sandel, destaca-se o alistamento militar facultativo, no qual, a partir de dados concretos baseados na situação escolar e econômica dos voluntários, verifica-se que muitas pessoas acabam servindo o exército voluntário por falta de alternativas no mercado de trabalho, o que se contrapõe à ideia do livre consentimento para realização de escolhas na sociedade.

Analisando-se a lógica do liberalismo, infere-se que todos são juridicamente iguais, todavia, não são asseguradas condições para que os indivíduos possam usufruir da liberdade política e da igualdade civil. Sem que haja oportunidades relativamente iguais entre as pessoas, a liberdade é fictícia e a igualdade é ilusória, ou seja, trata-se tão-somente de uma igualdade formal, não substantiva.

Diante deste quadro, pode-se afirmar que muitas vezes os acordos não resultam diretamente do livre consentimento, mas de necessidades e pressões financeiras, e no caso especial dos contratos de prestação de serviço, das limitações e de faltas de oportunidades no mercado de trabalho. Neste sentido, argui Sandel:

“O risco de coerção paira sempre sobre as escolhas feitas no mercado de trabalho. Qual seria o grau de paridade necessário para garantir que as escolhas do mercado fossem livres, em vez de coercitivas? Até que ponto as desigualdades nas condições de uma sociedade prejudicam a equidade das instituições sociais? Em quais condições o mercado é realmente livre?<sup>14</sup>”

Para responder a estas indagações, tomando-se por base as sociedades que apresentam desigualdades substanciais, evidencia-se que as escolhas não são totalmente livres, uma vez que todos não tiveram acesso às mesmas oportunidades. Estas constatações repercutem, por conseguinte, na consideração de que o mercado não é livre, tampouco os indivíduos são iguais e livres em suas escolhas.

196

Assim, uma vez constatado que o mercado é por si só produtor de desigualdades, que por sua vez interferem nas escolhas individuais, mitiga-se a ideia de que não deve haver qualquer rede de segurança estatal a regulá-lo, com vistas a propiciar condições mais igualitárias de participação na herança social.

Ademais, observando-se sob o ponto de vista das teorias liberais de justiça, constata-se que a justiça constitui uma questão de escolha, pois atribuir direitos implica em deixar que as pessoas escolham papéis que desempenharão livremente na sociedade.

Neste sentido, considerando que, para a teoria política liberal, a noção de justiça associa-se ao direito de os indivíduos escolherem por conta própria seus papéis, corrobora-se o entendimento de que o suposto livre mercado não é justo, uma vez que o próprio consentimento não é fruto de escolhas individuais, mas comprometido pelas iniquidades sociais produzidas pelo sistema, o que não se coaduna com esta perspectiva de justiça.

## Justiça e moralidade dos contratos

A tradição da *Teoria do contrato social*, desenvolvida por Locke, Rousseau e Kant, grosso modo, afirma que os princípios da justiça são objeto de um acordo original. Pessoas escolhem juntas os princípios que assinalam os direitos básicos e os caminhos que determinam a divisão dos benefícios sociais.

<sup>14</sup> SANDEL, Michael. *Justiça*. São Paulo: Civilização Brasileira, p. 109.



As teorias do contrato apresentadas não podem justificar o *status* que ocupam os princípios da justiça, o que faz do contratualismo uma imoralidade. Para o professor de Harvard, o problema da justiça na celebração de um contrato pode ser discutido partindo de duas indagações: O que as partes realmente firmaram no contrato? E, este modelo é realmente justo?

Estas perguntas sugerem a possibilidade de se refletir sobre a moralidade do contrato em termos de duas ideias relacionadas: a ideia de autonomia, que faz do contrato um ato da vontade, baseado no livre consentimento, e a ideia da reciprocidade, que faz do contrato um instrumento de mútuo benefício.

Contudo, a autonomia, como abordado anteriormente, é mitigada por fatores arbitrários, presentes em sociedades desiguais e a reciprocidade é maculada por conveniências e circunstâncias econômicas e sociais, o que revela o fato de os contratos não possuírem uma autosuficiência moral.

O consentimento e a reciprocidade não são assim condições para a moralidade do contrato, tampouco garantem equidade aos acordos. A autonomia da vontade tende a ser suscetível a fatores exógenos de ordem econômica, representados pelas limitações do mercado e pelas necessidades de ordem financeira.

Neste contexto, os acordos não são tão voluntários como se possam parecer. À medida que, em sociedades marcadas pelas desigualdades sociais e pela discriminação de classe, contratos são celebrados por pressões econômicas, a autonomia da vontade transforma-se em coerção implícita, prejudicando a própria noção de equidade das instituições sociais baseada na escolha individual.

As reflexões anteriores conduzem ao questionamento sobre a moralidade de contratos celebrados por pressões financeiras, nos quais são negociados bens e virtudes que, em tese, transcendem as leis do mercado, o que aparentemente é incompatível com a concepção de justiça.

A chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas constitui fato atual e relevante da era atual. Negociar atividades humanas de natureza tão elevada<sup>17</sup> como se fossem objeto de lucro ou instrumento de uso coloca em xeque, ainda que realizados sob risco de coerção econômica, a moralidade e até mesmo a validade dos contratos<sup>18</sup>, que poderiam ser anulados, por objetificarem seres humanos, desprovendo-lhes de dignidade.

<sup>17</sup> Sandel destaca atividades humanas díspares que são objeto de negociação contratual, tais como esterilização remunerada, terceirização da gravidez, barriga de aluguel, servir de cobaia humana em testes de laboratório, combater na Somália e no Afeganistão num contingente militar privado, contrato de aluguel de amigos, leilão de admissão em colégios, pedidos de desculpa e comercialização de sangue, dentre outros casos inusitados Cf. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>18</sup> “Com relação à validade dos contratos, Sandel destaca o caso “Baby M” referente à gravidez de aluguel. Segundo decisão da Suprema Corte norte-americana o contrato de barriga de aluguel foi declarado inválido no referido caso por configurar comércio ilegal de crianças, independentemente da voluntariedade e até mesmo de uma possível vulnerabilidade contratual, já que seu objeto situa-se fora do comércio. Cf. SANDEL, Michael. *Justiça*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012, p. 122.

O ponto principal deste argumento é a noção de que mercadorias pertencem a categorias diferentes e avaliá-las da mesma forma, como se fossem instrumento de lucro ou objeto de uso representa a degradação do ser humano.

Neste sentido, é imperioso destacar a concepção de Kant, maior defensor desta noção. Kant repudia a abordagem utilitarista e a abordagem baseada na valorização da justiça e da vida boa, pois estas não respeitariam a liberdade humana. Kant é um defensor do liberalismo, associando em especial, justiça e moralidade à liberdade.

Aqui, a liberdade transcende a liberdade de mercado, por esta envolver a satisfação de desejos que não escolhemos, os quais se situam fora do domínio da razão. Na perspectiva kantiana, agir livremente é escolher o fim em si, a qual somente os seres humanos podem fazer. Em contrapartida, agir em busca da satisfação do desejo importa em agir como escravo dos próprios apetites.

Por ser dotado de racionalidade, o ser humano é autônomo. A capacidade de raciocinar está intimamente ligada à capacidade de ser livre, e estas capacidades, simultaneamente, tornam o ser humano único e o distinguem dos outros seres. Considerando que o ser humano é dotado de racionalidade e autonomia, deve ser tratado com dignidade e respeito.

Por esta perspectiva, é preciso registrar a diferença entre pessoas – merecedoras de respeito – e objetos – para uso, como distinção fundamental na moralidade dos contratos. Diante deste raciocínio, infere-se que é moralmente errado tratar determinadas atividades – que se situam fora do poder do dinheiro – e pessoas e como meros objetos. Instrumentalizá-las importa em serem tratadas como um fim além de si mesmas, o que é incompatível com a dignidade humana kantiana.

Diante de todos estes argumentos, a noção de justiça decorrente do princípio libertário da posse em si mesmo e da autonomia da vontade para celebração de acordos em sociedade, independentemente da natureza de seu objeto, não pode ser aceita, caso contrário, seres humanos poderiam ser tratados como meros produtos para serem vendidos, desprovidos de seus valores intrínsecos, o que representa o próprio esgotamento do projeto iluminista de sociedade e a ruptura com as tendências racionalistas da modernidade.

## Conclusão

O liberalismo representa o triunfo do individualismo e conduz à concepção de um sujeito anterior aos seus fins e do direito anterior ao bem, de forma que se torna um desafio neste cenário a construção de condições de possibilidade da realização de justiça.

A fim de construir-se uma teoria da justiça mais adequada ao contexto de complexidades atuais, foram realizadas algumas abordagens da justiça, a utilitarista, que baseia direitos em cálculos sobre o que se produzirá maior felicidade; a libertária que liga a justiça à liberdade incondicional e repudia qualquer intervenção estatal e a concepção de justiça ligada à ideia de virtude e de uma vida boa, baseada nos propósitos e nas virtudes que se devem honrar e compensar, destacando-se os pontos fracos de cada uma destas abordagens que pretendem alcançar o ideal de justiça.

Em sociedades liberais, nas quais o contrato é o principal instrumento de circulação de riquezas, questiona-se se este modelo é realmente justo. Uma vez constatado que o mercado é por si só produtor de desigualdades, que por sua vez interferem nas escolhas individuais, mitiga-se a ideia de que não deve haver qualquer rede de segurança estatal a regulá-lo, com vistas a propiciar condições mais igualitárias de participação na herança social.

Do mesmo modo, infere-se que o consentimento e a reciprocidade não são condições para a moralidade do contrato, tampouco garantem equidade aos acordos, uma vez que a autonomia da vontade tende a ser suscetível a fatores exógenos de ordem econômica, representados pelas limitações do mercado e pelas necessidades de ordem financeira.

A reflexão anterior conduz também ao entendimento que a celebração de acordos em sociedade, que tenham por objeto negociar atividades humanas de natureza elevada não podem ser moralmente aceitáveis e, por conseguinte, não serão válidos, pois instrumentalizam indivíduos, negando-lhes respeito e dignidade, contrariando o projeto iluminista da modernidade.

A moral, outrora cindida da noção de direito e de justiça pelo positivismo, atualmente cede lugar às exigências de um direito moralizado, impregnado por valores éticos e morais; não com a finalidade corretiva, mas pelo fato de o próprio direito ter se autonomizado com o advento do paradigma surgido na segunda metade do século passado.

Não se podem dissociar as questões morais do ideal de justiça. A formação dos indivíduos é forjada com base em certas experiências morais, em certas obrigações socialmente reconhecidas (como a solidariedade, por exemplo) e isso exige que sejam reconhecidas certas finalidades que somente a pluralidade pode conservar e, assim, possibilitar a realização da justiça.

## Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- DUARTE, Écio Oto Ramos/POZZOLO, Susanna – *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- HOBBSBAWN, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.
- SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O que o dinheiro não compra*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



# Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição

---

Alfredo Canellas Guilherme da Silva<sup>1</sup>  
Carina Barbosa Gouvêa<sup>2</sup>

## Resumo

Constitucionalismo de transformação vem a ser o traço definidor do nosso tempo, pois governar o empreendimento democrático é partilhar importantes ferramentas que contribuem para o aperfeiçoamento e a proteção dos direitos fundamentais. Este trabalho pretende agregar valor, relatando o processo de transição no modelo brasileiro, fazendo uma análise do que vem a ser o papel do constitucionalismo de transformação no desenvolvimento dos direitos sociais, dentro de uma perspectiva em que o papel do Poder Judiciário será também um agente transformador da realidade social. Como demonstra a narrativa, é possível empreender um Judiciário capaz de ensejar efetividade aos direitos sociais, de forma integradora e que seja revestido dos elementos necessários capazes de fortalecer o diálogo institucional.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo de transformação; transição na matriz brasileira direitos sociais; Poder Judiciário de transformação.

## Abstract

Constitutionalism of transition becomes defining feature of our time, because ruling the democratic project is to share with important tools that contribute to the improvement and protection of fundamental rights. This paper aims to aggregate value when reporting the transition process in the Brazilian model, doing an analysis about rule of constitutionalism of transition in social rights development, within a perspective where judiciary's role is a social reality transformation agent as well. As text shows, it is possible to undertake a judiciary capable to offering effective social rights, in order to be inclusive and coated necessary power to strengthen institutional dialogue.

**Keywords:** Constitutionalism of transition; Brazilian social rights transition matrix; Transformation of judicial power.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito – UGF; Professor de Direito Constitucional – UNESA; Membro do NP-Juris <<http://www.novasperspectivasemjurisdicaconstitucional.com/>>. Contato: professoralfredo@canellas.com.br.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito – UNESA; Pesquisadora Acadêmica; Mestre em Direito – UNESA, Contato: carinagouvea25@gmail.com.



ideológico de um futuro democrático que, acoplados à ação social, fizeram girar a roda da história.<sup>5</sup>

Este trabalho é apresentado em cinco partes: após a introdução, na parte II, demonstra-se o caminho da transição na matriz brasileira, fazendo uma leitura histórica, a partir de 1978, da edição do Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro, evidenciando os efeitos a partir de uma fase de mudança legítima pelas reformas impostas à ordem constitucional, até os dias atuais. A parte III é dedicada à narrativa das transformações e dos ajustes no período de estabilidade, partindo do pressuposto de que não há coesão ou desenvolvimento social sem democracia e adequada estabilidade política.

Prosseguindo, a parte III apresenta o desenvolvimento dos direitos sociais enfrentando a questão que envolve a sua concretização e o paradoxo entre liberdade e igualdade, a partir de seu significado; na parte IV, algumas considerações serão abordadas de modo a permitir uma avaliação do papel do Poder Judiciário como agente de transformação na materialização dos direitos sociais. E, finalmente, na parte V, a conclusão do trabalho.

## O caminho da transição na matriz brasileira

Afirma-se que a redemocratização brasileira vivenciou um poder constituinte de transição, cujo momento inicial se baliza pela edição do Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978, que, ao revogar em massa os atos de banimento de brasileiros, deu início à lenta mudança de regime ditatorial para o democrático.<sup>6</sup> O conteúdo desse Decreto permite identificar a intenção do regime de encetar uma transição por transação – ou conciliada. Isto porque avaliza o entendimento no sentido de que a permanência de brasileiros em situação de banidos deixaria de corresponder ao propósito da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978.

Neste contexto, o verdadeiro motivo que impulsionou a elaboração da referida Emenda se sustentava no processo de retorno à democracia, o que não seria alcançado com a persistência de brasileiros proibidos de retornar ao país. Portanto, vale consignar, o Decreto nº 82.960, de 1978, e não a Lei de Anistia, de 1979,<sup>7</sup> somente editada no ano seguinte, conforme o primeiro ato de transição expedido pelo Regime Militar, exatamente, pela sua aptidão de desviar-se na direção da redemocratização, o que se dá com a extinção do banimento,

<sup>5</sup> “Logo, de modo geral, o movimento histórico nasce do futuro (...) por ação consciente e voluntária realiza no presente um projeto para o futuro”. KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002, p. 349.

<sup>6</sup> A edição no fim do mandato do Pres. General Geisel, governo de 15 de março de 1974 até 15 de março de 1979. No Decreto há justificação de sua edição: “CONSIDERANDO que a permanência do banimento de brasileiros deixaria de corresponder ao propósito da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, a vigorar em 1º de janeiro de 1979”. Decreto nº 82.960, de 29 de dezembro de 1978.

<sup>7</sup> Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

permitindo-se o retorno de brasileiros ao território nacional e impelindo-se o jogo político democrático.<sup>8</sup>

Auxilia expor que, nessa época, o regime autoritário<sup>9</sup> brasileiro vivenciava uma fase na qual se mostrava claudicante e estimulado à negociar a *abertura* com o corpo político civil. Neste estreito da correnteza, além do marco inicial, precisa-se identificar o instante de viragem, momento decisivo do processo da lenta transição brasileira. Chame-se este momento de *ponto de não retorno* – *no returning point*, a partir do qual prevalece *o novo* e as decisões caminham, inarredavelmente, para a legitimação democrática transformativa.

Para Jorge Miranda, tal resignação do regime brasileiro consistiu da eleição do candidato a Presidente da República indicado pela oposição, sendo este “o momento decisivo que assinalou a viragem política fundamental”.<sup>10</sup> Afasta-se, por tudo, a intenção de marcar a Emenda n° 26 à Constituição de 1967/69 ou mesmo a eliminação de legislação de natureza autoritária, como significantes da inflexão de regime ditatorial para o democrático. No Brasil, esta curvatura sobrevém com a posse de Presidente civil, eleito ainda sob a égide do constitucionalismo de transição.<sup>11</sup>

No aspecto normativo, a transição brasileira conviveu com inúmeros atos constitucionais, erigindo-se o que se pode nominar de *bloco constitucional de transição brasileiro* e não uma única norma transicional ou uma singela constituição temporária. Na sua particularidade, a transição brasileira alicerçou-se bastante, na sua fase final, no acúmulo de funções legislativas e constituintes nos mesmos membros do Congresso Nacional. Esta configuração de Congresso Constituinte, no lugar de uma Assembleia Constituinte, reduziu os espaços de atrito<sup>12</sup> entre o poder militar em liquefação e o novo poder democrático em solidificação, o que

<sup>8</sup> O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), distintamente, marca o lapso de “migração da ditadura para a democracia política” pelo advento da lei da anistia. Para o Pleno do STF, “a chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia.(...) É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n° 6.683. A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979”. ADPF 153 / DF – DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 29/04/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>9</sup> Para Cinthia Robert, “os regimes autocráticos, autoritários ou monocráticos caracterizam-se pelo poder político de uma única pessoa”. ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 157.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma Constituição de esperança*. Revista de Direito do Estado. Ano 3 n 9, jan/mar 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma Constituição de esperança*. Revista de Direito do Estado. Ano 3 n 9, jan/mar 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>12</sup> Wachowicz opina no sentido, diametralmente, oposto ao compreender que a “cumulatividade de mandatos”(...) “denotam incompatibilidades”. In: WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional. Perspectiva histórico-Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 86

auxilia o entendimento da transição constitucional brasileira como uma transição de regime por transação.<sup>13</sup>

Questão acicata trata sobre a natureza da Constituição brasileira em vigor. Teitel sustenta seu caráter provisório, *provisional* - e o afirma reunindo-a às demais constituições *transicionais* da América Latina,<sup>14</sup> que serviram para a mediação do regime militar para o civil, sua posição advém da cláusula de revisão constitucional<sup>15</sup> brasileira que representaria falta de consolidação do regime político, não fazendo, segundo a autora, sentido insistir na permanência constitucional, mas o contrário, a sua *transitoriedade*,<sup>16</sup> ou seja, a revisão constitucional brasileira para Teitel demonstra falta de permanência.

A linha argumentativa seguida por Teitel não se contradiz com sua ideia de reconhecer um amplo conceito de transitoriedade, inclusive alcançando o limite das *afinidades*, tudo ao ponto de identificar traço de transição na fase de elaboração da Constituição norte-americana, que serviu de passagem entre a Revolução Norte-americana e a promulgação da sua Constituição, conforme a seguir, *in verbis*:

“A história da elaboração do constitucionalismo dos Estados Unidos guarda algumas afinidades com o constitucionalismo de transição. Essa transição não foi tão dramática, porém, deu-se na passagem de tempo entre a Revolução Americana e a promulgação da Constituição.”<sup>17</sup>

<sup>13</sup> No momento pré-constitucional à Constituição de 1988, Afonso Arino cunhou a expressão “transação para a transição” ainda no contexto de votação de propostas para a Constituição de 1988. In: *Constituição, história, Brasil*, 1987-1988. Brasil. Assembleia Nacional Constituinte (1987). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3510>>. Acesso em 09 de maior de 2012.

<sup>14</sup> Vanice Regina Lírio do Valle aprofunda a análise sobre o papel do Constitucionalismo Latino Americano na promoção das transformações de inclusão social e equidade. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constitucionalismo latino americano: sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade*. Publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n 11. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0BzzZX4fNLqHKdEcXyU1jZGczdk0/edit?pli=1>>. Acesso em 30 de abril de 2013.

<sup>15</sup> Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” *BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>16</sup> “The Brazilian Constitution of 1988 was concededly provisional: After Five years, there was to be constitutional review with an eye to amendment. According to the reigning constitutional model, the provisional nature of the 1988 Brazilian Constitutional defeated a written constitution’s basic purpose: to preserve a distinct vision of state power over time. From a transitional perspective, this critique is inapposite. Where a political regime is not yet consolidate, it makes little sense to insist on constitutional permanence. To the contrary, the constitutional opening may well be contingent upon its transience.” In: TEITEL, Ruti. *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*. 106 Yale L.J. 2009 (1997), p. 2061. Disponível em: <[http://www.nyls.edu/user\\_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf](http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf)>. Acesso em 04 de junho de 2012.

<sup>17</sup> The story of the United State’s constitution making shares some affinities with transitional constitutionalism. This transition was not as dramatic, however, given the passage of time between the American Revolution and the enactment of the Constitution, and the nature of the American transition from limited Monarchy rather than the worst of dictatorships. Idem, p. 2071.

A partir desta nota, pode-se-ia atinar que todas as constituições conformam com o constitucionalismo de transição, basta que se filie à espécie genérica de transição *teiteliana*, ou seja, que se considere no contexto de transição a fase de elaboração da Constituição, mesmo que fundacional.

Noutra fenda, anota-se que sua definição para o constitucionalismo é bastante dilatada, a propósito, o seu parâmetro de investigação consiste na *politéia* aristotélica,<sup>18</sup> contribuindo para a cognição de que optou por um constitucionalismo unicamente material, sem apego à forma.

Em suma, suas conjecturas se voltam em duas direções: a primeira para o largo conceito de transição e, ao mesmo tempo, para um amplo conceito de constitucionalismo. Dito assim, precisa-se ainda considerar que a professora argentina aponta outros dois fundamentos na identificação do constitucionalismo de transição brasileiro, são eles: os limites do Estado de Sítio e do Estado de Defesa, encontrados no artigo 136 (Estado de Defesa) e no artigo 137 (Estado de Sítio) da Constituição, bem como no poder do Presidente da República para editar medidas provisórias – *provisional measures*, conforme o artigo 62, todos da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.<sup>19</sup>

Sobre esses argumentos, adverte-se que as duas fundamentações utilizadas não se alinham com as possibilidades de alteração de regime político. No caso da medida de Defesa e das Medidas de Sítio, comportam cláusulas que, inversamente ao pretendido pela autora, aspiram manter o regime democrático e não atravessar a ponte para à democracia, pois o manejo do direito excepcional não vigora durante regime ditatorial<sup>20</sup>. Acerca da Medida Provisória, aproxima-se a um veículo normativo infraconstitucional equipotente a uma lei ordinária, inábil para modificar o regime político ou fazê-lo decair.

Como se vê, a especificação de um modelo transicional ao constitucionalismo brasileiro em vigor, converge para uma leitura fundada em visão larga de constitucionalismo, somada ao não menos dilatado conceito de transição.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> O objeto de Ruti Teitel I: Aqui constitucionalismo é entendido em sentido lato, não apenas como de direito positivo das constituições escritas, mas como o conjunto de normas fundamentais jurídicas e políticas e práticas que são constitutivos da política, identificada por Aristóteles como a *politéia*, ou, *in verbis*: “Constitutionalism herein is understood broadly, not just as de positive law of written constitutions but as the set of fundamental legal and political norms and practices that are constitutive of polity, indented by Aristotle as the *politéia*.” TEITEL, Ruti. *Transitional justice and the transformation of constitutionalism*. In: DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law. Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 57.

<sup>19</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*. 106 Yale L.J. 2009 (1997), p. 2061. Disponível em: <[http://www.nyls.edu/user\\_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf](http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/15/102/106%20Yale.pdf)>. Acesso em 04 de junho de 2012.

<sup>20</sup> Não faz parte do objetivo tratar com profundidade sobre o “Estado Democrático de Direito Excepcional”, nem apontar os diferentes requisitos fáticos e jurídicos para a decretação do Estado de Defesa ou do Sítio, real ou ficto, que podem implicar na suspensão democrática de alguns direitos fundamentais.

<sup>21</sup> Não se nega que no percurso histórico, contrariamente ao que se deseja e às tendências políticas da pós-modernidade, seja mais uma vez instalado um regime ditatorial no Brasil que exija

Assim sendo, seguindo o pressuposto de que a Constituição brasileira também se caracteriza pela sua natureza de transformação, deve-se reconhecer que este documento normativo colabora para o desenvolvimento social e estabilidade política, correspondentes à realidade que almeja “um regime *consolidado* [estável] com algum nível de participação política”<sup>22</sup>, condições necessárias para a solidificação da liberdade e transformação permanente da sociedade.

Não havendo como estratificar as relações sociais de pessoas que desejam alcançar melhor nível de vida e felicidade, no processo de transformação a liberdade no Brasil e alhures emancipa o fluxo social<sup>23</sup> implicando em uma demanda constante por mudanças. Em outras palavras, o enlaçamento social durante a égide do constitucionalismo de transformação se consolida e se aguça para a disputa da felicidade a ser construída pela transformação, disposta através da concretização dos direitos sociais, os quais, não se nega, dependem do político.<sup>24</sup> Neste plano de ideias, o campo do constitucionalismo de transformação é jurídico-constitucional<sup>25</sup>, econômico e social.

Ainda na análise do Brasil, o início do processo de transformação se deu com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, a partir de então,

---

nova redemocratização... trata-se de possibilidade que foge ao propósito desta investigação. Outrossim, nada que se afirma impede o reconhecimento dos efeitos da inércia do processo transicional sobre a Constituição de 1988, e.g. pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a ordem constitucional do regime militar foi por fim e definitivamente revogada com a entrada em vigor das normas do constitucionalismo tributário promulgadas em 1988, dispõe o Art. 34. do ADCT da Constituição vigente: “O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.” Igualmente, *BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>22</sup> Importante considerar as palavras do Professor José Ribas Vieira que associa a consolidação de um regime “com algum nível de participação política”. Assim, pretende-se compreender o processo permanente de transformação dentro desta ideia de “regime consolidado”o que significa dizer que a participação política não corrompe o regime ao ponto de seu colapso, pelo menos enquanto se mantiver o “regime consolidado”. VIEIRA, José Ribas (Introdução). BASTOS, Aurélio Wander (Coord.). *Benjamin Constant: princípios políticos constitucionais*. Trad. Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 53.

<sup>23</sup> Para a antropologia a realidade concreta a ser estudada, observada, descrita, comparada e classificada é “um fluxo permanente, é um processo: o “processo social”. ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. Ed. Brasiliense, 1991, p. 25.

<sup>24</sup> Há circularidade política, pois a própria democracia incrementa a democracia: “*in constitutional democracies, constitutions empower democracies*.”In: PILDES, Richard H. *Political parties and constitutionalism*. In: DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law. Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 254.

<sup>25</sup> A primazia do jurídico não afasta outras esferas que podem ser consideradas, contextualmente. Registre-se que no caso brasileiro o controle de constitucionalidade admite a mitigação do princípio da supremacia constitucional “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, preceitos tanto da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, quanto da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, abonam este entendimento.





e finalidades ao legislador democrático, fortificando a juridicidade dos direitos sociais e as transformações da sociedade, principalmente durante a estabilidade.

Considerando-se que o constitucionalismo de transformação se movimenta no estado democrático dinamicamente estável, segundo um projeto deontológico de desenvolvimento<sup>32</sup>, a pretensão de um Constitucionalismo de Transformação<sup>33</sup> parte do pressuposto de que não há coesão ou desenvolvimento social sem democracia e adequada estabilidade política, mesmo que dinâmica,<sup>34</sup> ou seja, o processo de transformação constitucional requer um estado de apaziguamento político para o crescimento de outras esferas de participação.

Assim sendo, desconstruídas as principais bases do regime autoritário ou alcançada suficiente estabilidade, entendida como falta de inclinação ao rompimento do regime político-democrático, capacitam-se na sociedade inúmeras extensões de transformação que nascem para aperfeiçoar a ordem econômica e social.

Com efeito, distintos atores e com eles o *homo economicus*, assumem o protagonismo, almejando a concretização de direitos econômicos e sociais, segundo necessidades ditas pela sociedade.

Aponta-se, para o pragmatismo da cidadania real e não retórica, externando um compromisso com o princípio democrático na sua dupla dimensão: representativa, mas também participativa.<sup>35</sup> Os atingidos por tal poder, são potencialmente todas as pessoas constitucionais, enquanto população, formando uma espécie de atos de circulação de atos de legitimação, que nenhum lugar pode ser interrompido. Poder estar a altura diz respeito ainda a democracia de base sendo o povo o destinatário que permanece, na postura de boa vontade, como o fundamento legitimador na duração temporal de uma ordem política cujo núcleo constitucional será preservado, respeitado também pela atuação do Estado.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> “Desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” In: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 10.

<sup>33</sup> O constitucionalismo de transformação é desafiado, continuamente, pela necessidade de compor o movimento com a estabilidade.

<sup>34</sup> Não se pretende induzir a uma compreensão de estabilidade *imóvel*, mas sim um entendimento que compreenda o movimento, bastante próximo ao definido por Heráclito “a realidade como um fluxo contínuo e que nada jamais permanece em repouso por um só momento”. BURNET, John. *A aurora da filosofia grega*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 161.

<sup>35</sup> É de Canotilho a lição de que a democracia participativa compreende “[...] a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle político nas divergências de opiniões, produzir *inputs* democráticos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 286.

<sup>36</sup> MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.

A lógica é aquela segundo a qual o povo, titular originário do poder, não se desonera de seus deveres em relação ao seu exercício pela simples prática da representação; ao contrário, a maturidade democrática haverá de conduzir cada vez mais o detentor original do poder ao centro da formulação das escolhas políticas, pelo uso dos múltiplos mecanismos de ampliação do universo de agentes a influir nessas mesmas opções.

Para o desenvolvimento do constitucionalismo de transformação<sup>37</sup>, exige-se que o gênero humano tenha garantido a liberdade, meio que desperta no corpo social a pressão para criar nas pessoas o desejo de *desenvolvimento*. Segundo Kojève, “ao contrário do conhecimento que mantém o homem em quietude passiva, o desejo torna-o inquieto e leva-o à ação”.<sup>38</sup> Desta forma, a atmosfera democrática com ampla liberdade de informação<sup>39</sup> contamina a sociedade para desejar mudanças de toda ordem, pois o espaço da *ágora* não se contrapõe à esfera do mercado<sup>40</sup>, mas se complementam sob uma Constituição que a sociedade presume dinâmica e durável.

No que concerne à transformação normativa, o ímpeto político aceita a ordem jurídica e *sua forma*. Assim, fatos e normas se mesclam em importância e impõem um processo de aprofundamento da integração social, inicialmente segundo as bases fundadas ainda durante o constitucionalismo de transição, sucedidas pela política ordinária e pela própria ordem constitucional de transformação.

No sistema democrático, o debate enfrenta temas ligados à promoção de direitos fundamentais e à potencialidade do Estado como agente destas transformações.<sup>41</sup> Observa-se na transformação um conjunto de tensões que facilitam o desenvolvimento da sociedade, marcada pelas ações planejadas e não pela ascendência do instinto pragmático.

<sup>37</sup> A dimensão transformativa se localiza na esfera de liberdade ou numa ilha de democracia aberta no seio do regime de força.

<sup>38</sup> KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002, p. 12.

<sup>39</sup> As liberdades se transformam pelo exercício do “jornalismo cívico” que, segundo Paul W. Jamieson, trata-se de um “jornalismo que não se limita a noticiar objetivamente, conservando uma posição de distanciamento perante os sujeitos e os objetos da informação, mas também [não se limita] a promover ativamente o debate público e a estruturar um espaço aberto de discussão e transformação da informação em ação”. KLOURI, Cesar Marcos. *A liberdade de expressão, o jornalismo cívico e os direitos de personalidade ante a inconstitucionalidade da lei de imprensa*. Disponível em: <<http://www.klouri.com.br/artigos.php?n=9>>. Acesso em 02 de julho de 2012. Apud, Jamieson, Paul W. Lost in Translation: Civic Journalism's Applicability to Newspaper Coverage of the U.S. Supreme Court. 1998, 1ss, esp. 3 ss.

<sup>40</sup> Deve-se atentar para a lição de Habermas no sentido de que “embora os mercados possam ser instituídos e supervisionados politicamente, eles seguem uma lógica própria que escapa ao controle estatal”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 131.

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

Desse modo, abroham-se oportunidades na democratização para além dos Poderes Públicos, nos partidos políticos, sindicato e outras associações civis. Todas as relações se alteram para praticar a dialética e cultivar a liberdade. No processo de transformação reluz a evidente importância do registro e publicidade<sup>42</sup> das decisões do Estado que, doravante, concorrem para a facilitação da participação do cidadão nos destinos sociais, nasce um processo circular de alimentação da liberdade e da cidadania.

Todavia, segundo Böckenförde, a liberdade não se potencializa de modo imediato, sua intervenção na sociedade desenvolve-se em passos sucessivos, produzindo-se uma espécie de metamorfose na liberdade individual até a liberdade democrática.<sup>43</sup>

Infere-se que a liberdade política exercida no seio da sociedade dimensiona a grandeza da mudança a ser procurada, ou seja, através da política, vincula-se o agir estatal no viés de promoção da igualdade com dignidade – *dignigualdade*, colocando-a potencialmente ao alcance de todos e arquitetando o estado de solidariedade<sup>44</sup> pelo afastamento de empecilhos externos que antes atalhavam a realização de direitos sociais.

Neste novo plano, iniciam-se transformações sociais que repercutem diretamente nos esquemas de pensamento<sup>45</sup> e, por conseguinte, nas políticas públicas, alterando os perfis e provocando mudanças no modo de agir estatal, advindo, assim, a presunção do cidadão amistoso que merece ser acolhido como pessoa dotada de necessidades materiais imprescindíveis para a *vida boa*. Despontase a importância da intervenção do Estado na área econômica e social.

## O desenvolvimento e os direitos sociais

Não faz parte da natureza humana dividir sua fortuna ou seus bens com os outros, sendo a construção de uma relação alteritária o grande problema a ser solucionado no enfrentamento da questão que envolve a concretização dos

<sup>42</sup> A escrita desde o século IX aC deixa de servir à memória do governante no recesso de seu palácio e tornar-se uma “função de publicidade; vai permitir divulgar, colocar igualmente sob o olhar de todos, os diversos aspectos da vida social e política”. In: VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 38.

<sup>43</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, 2000, p. 78.

<sup>44</sup> Para Habermas, “ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesse próprios, surge também a solidariedade como terceiro fonte de integração social”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 278.

<sup>45</sup> Transforma-se a língua, substitui-se à *imagem* do antigo governante, novas funções sociais surgem *criando difíceis problemas de equilíbrio*. VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 42 e 45.

direitos sociais, pois direitos sociais desvelam com muita intensidade o paradoxo entre a igualdade e a liberdade, notadamente porque o homem, ao se tornar livre, não se torna, necessariamente, altruísta.

Portanto, apenas o socorro à boa vontade humana, enquanto bem absoluto no sentido da fundamentação metafísica kantiana<sup>46</sup>, não surte efeito suficiente para a transformação social. Desta forma, a par da *boa vontade* consistir no único bem que suporta de forma absoluta os direitos sociais num Estado Democrático, a norma moral por si mesma não obriga sua concretização. Por conseguinte, a *boa vontade* das pessoas, sobretudo dos argentários, não se mostra suficiente para realizar o desenvolvimento daqueles que precisam de apoio para a concretização de direitos e cobiçam reduzir suas desigualdades sociais.

Lateralmente, o Estado, ente sem as mesmas aspirações da pessoa humana, interpõe-se entre os necessitados e os bens imprescindíveis à vida digna, somado-se a esta característica estatal o seu poder de normatização, habilita-se a possibilidade para transformar a realidade social.

Desta feita, o Estado se apresenta como *pessoa* privilegiada, capaz de distribuir de bens que, de outra forma, permaneceriam ocultos para todos que, por condições naturais ou econômicas, estão afastados de seu desfrute.

Outrossim, os direitos sociais, diferentemente dos direitos liberais, são plurinucleares, ou seja, são preceitos cuja efetividade<sup>47</sup> se enlaçam a três núcleos: o jurídico, o político e o econômico.<sup>48</sup> São partes de um sistema móvel, no qual há deformidade e não circularidade nuclear, suas funções não mantêm a mesma envergadura, variam em relação a cada destinatário e se submetem às escolhas políticas.

Desta forma, há grande probabilidade de esvaír-se pelo desvio da inefetividade prática, a teoria<sup>49</sup> que almeja defender a existência e/ou a concretização de

<sup>46</sup> Na lição de Kant “não há nada em lugar algum, no mundo e até mesmo fora dele, que se possa pensar como sendo irrestritamente bom, a não ser tão-somente uma *boa vontade*”. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

<sup>47</sup> A efetividade de direitos sociais, muito mais que os direitos liberais, depende da capacidade argumentativa de seus destinatários. Neste sentido, o mais implica mais e o menos implica menos, ou seja, reduzida capacidade argumentativa reduz a realização dos direitos sociais e vice-versa. A mudança para o menos implicar no talvez, depende do grau da intervenção do Estado.

<sup>48</sup> No ano de 1996 os programas de benefícios custaram aos contribuintes norte-americanos a cifra aproximada de um trilhão e quatrocentos bilhões de reais. “Entitlement programs cost the American tax payer \$ 700 billion in 1996”. HOLMES, Stephen. SUNSTAIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999, p. 209.

<sup>49</sup> Sobre a transição da teoria para a prática segue-se o magistério kantiano segundo o qual “chama-se teoria mesmo a um conjunto de regras práticas quando estas regras são pensadas como princípios numa certa universalidade, e aí se abstrai de um grande número de condições as quais, no entanto, tem necessariamente influência sobre a sua aplicação. Inversamente, denomina-se prática não toda a operação, mas apenas a efetuação de um fim conseguida como adesão a certos princípios de conduta representados na sua generalidade. É evidente

direitos sociais pela ação exclusiva de um dos *constructos*: *político, econômico e o jurídico*. Isto porque, enquanto direitos que *dependem de*, os direitos sociais são imperfeitos, suas esferas nucleares precisam estar vivas, ativas e coordenadas para sua materialização, o que somente pode se alcançado pela atuação preponderante da administração pública transformadora e, circunstancialmente, pelo diálogo com os demais poderes.

Por tudo isto, afirma-se, os direitos sociais emanam de direitos políticos em face do Estado e dele são dependentes.

Acrescenta-se, a esfera político-administrativa define os graus máximo e mínimo de materialização desta espécie de direitos, ou seja, a concretização dos direitos sociais limita o insaciável e natural direito das pessoas à acumulação de riqueza, fazendo surgir contendas democráticas na definição do padrão de mediania entre o excesso de alguns e a carência de outros.

No mesmo tom, ao tratar da riqueza, os gregos enfrentaram a atualíssima questão do *descomedimento* ou da má distribuição de bens. Aqueles que possuem mais, ambicionam o dobro. A solução helênica caminhou no delineamento do ideal de *proporção* e do *nada em excesso*. Os antigos valorizaram a proporcionalidade e a *ponderação* – da *sophrosyne* – que tem com o *equilíbrio* e o *justo meio*, não prescindindo de um juiz para aplicação da lei.<sup>50</sup>

Nada diferente ao tempo presente. O chamado *pós-positivismo* (um retorno parcelar às raízes do mundo helênico) remete aos mesmos princípios, hoje sob a vestimenta do devido processo legal substantivo ou do Estado de Direito.<sup>51</sup>

Seja qual for a questão e a solução acerca da proporcionalidade grega ou pós-moderna, ontem e sempre a concretização dos direitos sociais encerra a paz na sociedade e facilita a coesão social, constituindo-se de requisito para a estabilidade dinâmica da ordem política e jurídica, estado necessário para realimentar a transformação da sociedade. Assim é porque a política, por si mesma, não pacífica nem *igualiza* o povo, portanto, há dependência mútua e relação de complementaridade entre os direitos sociais e políticos.

Por sua vez, Amartya Sen argumenta que a oportunidade influencia a realização humana, *in verbis*:

“A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva (...) O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições

---

que entre a teoria e a prática se exige ainda um elemento intermédio de ligação e da transição de uma para a outra (...)”. KANT, Imanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática* (1783). Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 57.

<sup>50</sup> VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 20 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 89/94.

<sup>51</sup> A doutrina costuma associar o princípio da razoabilidade ao devido processo legal e o princípio da proporcionalidade ao Estado Democrático de Direito.



Segundo Langa, o igual acesso aos recursos e serviços básicos não encerra a transformação, posto que nesta a ideia de mudança é constante.

Deve-se anotar que, e.g., há enorme distinção entre o direito liberal de propriedade e o direito social à moradia. Pelo direito liberal pretende-se manter o *status quo*, enquanto que o direito à moradia aspira alcançar a equalização das pessoas em uma sociedade. *Alcançar a equalização* denota movimento, padecendo de inocuidade pretender *absolutizar* um direito distinguido pela progressividade, – movimento, como são os direitos sociais.<sup>55</sup>

Em vista disto, as variáveis de concretização dos direitos sociais devem ser reconhecidas no vértice instável da disposição política, onde a probabilidade de sua concretização não deve ser esquecida, pois da política provém a causa eficaz para as mudanças sociais.

No cenário cronológico, apesar da transformação pelos direitos sociais se intensificar após a estabilização política, ontologicamente estes direitos se apresentam como antecedente à própria transição democrática, pois o bem viver configura a desígnio último de uma sociedade que se pretende justa. Abreviadamente, na lógica cronológica, a transição se manifesta no mundo real antes da transformação, enquanto que, na dimensão metafísica, sucede-se de forma oposta, a transformação antecipa a tese da transição, ou seja, deseja-se a liberdade política para a vida feliz.

Acerca da interpretação<sup>56</sup> dos direitos sociais, merece atenção a estratégia semiótica.<sup>57</sup> Veja-se o texto que, eventualmente, contenha a expressão *era uma vez* importar, com grande probabilidade, numa interpretação de que seja *um conto de fadas*.<sup>58</sup> *Mutatis mutandis*, uma texto constitucional que albergue determinado direito identificado como *social*, será também diferenciado, porque existem convenções estilísticas estabelecidas<sup>59</sup> que marcam, neste caso, um terreno vago e um leque aberto de interpretações, não foi sem razão que

Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

<sup>55</sup> A doutrina que defenda a vedação do retrocesso para os direitos sociais merece ser analisada com bastante cuidado, sob pena de se solidificar direitos à prestação, implicando na redução da capacidade do Estado em oferecer prestações para pessoas mais necessitadas.

<sup>56</sup> As normas e sobretudo as constitucionais elaboradas através de documentos escritos são enquanto textos, concebidos “com a finalidade de fazer com que surjam interpretações”. In: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 100.

<sup>57</sup> Ciência dos signos enquanto “tentativa de identificar os códigos e os mecanismos pelos quais o significado é produzido em várias regiões da vida social. ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 138.

<sup>58</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 76.

<sup>59</sup> Por esta razão, alguns doutrinadores repelem a designação usual *normas programáticas* para os direitos sociais, trata-se de uma expressão que contém uma imagem preconcebida e estereotipada da sua falta de força jurídica.

as normas de direitos sociais<sup>60</sup> foram etiquetadas com o *nome de programáticas [e não contos de fadas]*.

Normas programáticas atraem grande dificuldade ao intérprete na identificação do significado, maior na elaboração de um comando jurisdicional à administração e ao legislador. Deste modo, o texto constitucional ao invés de ser interpretado após atividade intelectual *concretizante* pode, antes disto, ser utilizado pelo hermeneuta inadvertido como instrumento redutor de expectativas. Afinal, o significado é limitado pelo contexto<sup>61</sup> e o dos direitos sociais é formado por diversos núcleos interligados.

Assim sendo, exige-se para a interpretação de direitos sociais elevada gama de informações, sob pena de aumentar-se, desproporcionalmente, a falibilidade interpretativa e do conhecimento<sup>62</sup> que acompanha toda decisão, inclusive a judicial.<sup>63</sup>

## **Em nome dos direitos sociais: o Poder Judiciário de transformação e o ativismo social ou jurisdição de estado de necessidade**

Na origem do movimento de materialização dos direitos sociais, deve-se lembrar se encontra a potência administrativa estatal voltada ao acolhimento daquelas pessoas que não gozam plenamente da faculdade de argumentação junto aos Poderes. Carentes destas capacidades, esvai-se o direito de cada qual à participação efetiva na seara política e disto decorre a perda das vantagens alojadas na esfera econômica, dando-se causa à contundente assimetria nos níveis de reconhecimento social.

Por esta razão, a concretização dos direitos sociais pela administração tem como alvo aqueles que ainda não gozam de amplo acesso ao *ágora (politicamente fracos)* nem à *praça do mercado (economicamente excluídos)*.

<sup>60</sup> Nesta linha, a baixa concretização dos direitos sociais tem, paradoxalmente, com a natureza principialista de alguns destes. Sobre a “teoria principialista dos direitos”, ensina Canotilho: “Os direitos como princípios – permite distinguir entre direitos *prima facie* e direitos definitivos e relativizar a aparente rigidez dos direitos originários sem limites. O preço a pagar pode ser elevado. Se por um lado, os direitos como princípios alicerçam uma metódica de concretização aberta à ponderação e balanceamento segundo o peso específico dos direitos nas circunstâncias concretas, isto é, feito à custa da relativização da força vinculativa dos próprios direitos.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 213.

<sup>61</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 143.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 169/174.

<sup>63</sup> Estamos tratando do princípio da falibilidade da jurisdição (decisão judicial) e não de mutação constitucional. A Constituição brasileira dispôs sobre o princípio em tela no Art. 5º LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.



Urge provocar, a quebra do ciclo assimétrico pela materialização de direitos que valem na modalidade *depende de*, ou seja, direitos discriminadas pela baixa tessitura dos modais deontológicos de proibição e de obrigação, depende da atuação de uma esfera pública compensadora das carências deontológicas. Assim sendo, os direitos sociais são dependentes de políticas públicas, sendo direitos sob probabilidade, submetidos ao planejamento administrativo.

O que ora se trata confirma a ideia de que no constitucionalismo de transformação os juizes estão sob uma constituição e fundamentam suas decisões não apenas referenciando-as à autoridade, mas as ideias e aos valores.<sup>64</sup>

Porém, excepcionalmente, deve-se considerar o Poder Judiciário como Poder determinante para alterar a realidade social, até e inclusive, exercendo o ativismo judicial para transformar a sociedade. Nesta hipótese, a legitimação da decisão do Poder Judiciário encontra seu fundamento no estado de necessidade das pessoas<sup>65</sup> e não na omissão de um ou dos demais poderes políticos eleitos.

Esta visão se afasta do que se admite à primeira vista, ou seja, o argumento da omissão do Poder Executivo e/ou do Legislativo, teses que justificam o ativismo judicial segundo contextos que não evitam a explosão do ativismo experimentado, particularmente, no Brasil.

De forma oposta, por ser mais próxima da dignidade, a argumentação apoiada no estado de necessidade da pessoa, por conter base factual<sup>66</sup> e não jurídica, dificulta o ativismo judicial transformativo.

## Conclusão

Conforme percebido, a redefinição democrática tem uma espécie de compromisso tácito, a instauração de um novo estilo de vida que seja capaz de conjecturar as expectativas humanas na busca de concretização de seus direitos fundamentais. Dentro deste contexto e em vista dos seus mais diferentes resultados, a transição ganha o seu sentido maior: a transformação.

A redemocratização brasileira vivenciou um poder constituinte de transição que durou quase uma década até a construção de um modelo transicional que pode ser comparada a uma leitura fundada numa visão larga de constitucionalismo, somada ao não menos dilatado conceito de transição.

<sup>64</sup> “Under a transformative constitution judges bear the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values”. LANGA. Pius. *Transformative Constitutionalism*. Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

<sup>65</sup> Principalmente porque “quem tem fome tem pressa”, frase criada pelo sociólogo Betinho em 1990, marca da exigência do direito à alimentação e dos programas sociais que o tornam efetivo. A falha ou lesão à dignidade que implique na fome de quem quer que seja, autoriza o ativismo judicial social, afinal, repete-se, para Betinho fome é sinônimo de “pressa”.

<sup>66</sup> O Estado de Necessidade exige base fática e tal comprovação pode servir de contenção objetiva à atuação do Poder Judiciário como legislador ordinário, substituto, no Brasil, de 513 Deputados Federais e 81 Senadores.

A Constituição brasileira se caracteriza pela sua natureza de transformação, uma vez que seus preceitos além de reconhecerem seu conteúdo normativo colaboram para o desenvolvimento social e estabilidade política, correspondentes à realidade que almeja um regime estável com alto nível de participação política, condições que são necessárias para a solidificação da liberdade e transformação permanente da sociedade.

A dinâmica transformadora esbarra efetivamente na revolução social e econômica, cujo objetivo para além da estabilidade política consiste na eminente redução das desigualdades sociais. Consequentemente, a transformação também impõe atenção aos direitos sociais e às medidas extra e jurídicas no plano econômico que influenciam diretamente a melhora das condições de vida.

Assim, no feitiço do desenvolvimento social, o constitucionalismo de transformação se aproxima da ideia de *bloco constitucional dirigente*, fornece um impulso permanente e consagra uma exigência de atuação pelo Estado como agente promotor destes direitos. Observa-se, na transformação, um conjunto de tensões que facilitam o desenvolvimento da sociedade, marcada pelas ações planejadas e não pela ascendência do instinto pragmático.

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos liberais, são plurinucleares, ou seja, são preceitos cuja efetividade se enlaçam a três núcleos: o jurídico, o político e o econômico. São partes de um sistema móvel e suas funções não mantêm a mesma envergadura, variam em relação a cada destinatário e se submetem às escolhas políticas.

Desta feita, para a transformação da realidade social, exorta-se o afastamento do dogmatismo, porque o constitucionalismo transformativo passa a se submeter à probabilidade, característica do planejamento administrativo, função da qual o desenvolvimento social ocorre. Deste modo, os direitos sociais multinucleares, tem prazo incerto para acontecer e não possui termo certo para encerrar, sendo esta a principal característica do ciclo de transformação.

Tudo indica e, o discernimento admite, o enorme privilégio do Poder Executivo para a consecução dos objetivos destes direitos. Porém, excepcionalmente, deve-se considerar o Poder Judiciário como poder determinante para alterar a realidade social, até e inclusive, exercendo o ativismo judicial para transformar a sociedade. Nesta hipótese, a legitimação da decisão do Poder Judiciário encontra seu fundamento se houver adequação de uma matriz que estabeleçam parâmetros que delineiem na construção por agregação.

Caso contrário, implicaria no risco de aumentar-se o abismo social, pela falta de informação técnico-administrativa; esgotar-se o volume orçamentário destinado à realização social; e criar-se o problema de interferência de um poder sobre os demais. Assim, nesta província, a atuação do Poder Executivo transformativo e a suplementar coordenação entre os poderes parece ser a saída frutífera.

## Referências bibliográficas

- ADPF 153 / DF - DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 29/04/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BURNET, John. *A aurora da filosofia grega*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 161.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 286.
- DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Law. Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.
- KANT, Imanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática* (1783). Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.].
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.
- KLOURI, Cesar Marcos. *A Liberdade de expressão, o jornalismo cívico e os direitos de personalidade ante a inconstitucionalidade da lei de imprensa*. Disponível em: <<http://www.klouri.com.br/artigos.php?n=9>>. Acesso em: 02 de julho de 2012. Apud, Jamieson, Paul W. Lost in Translation: Civic Journalism's Applicability to Newspaper Coverage of the U.S. Supreme Court. 1998, 1ss, esp. 3 ss.
- KOJÉVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2002.
- LANGA. Pius. *Transformative Constitutionalism*. Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponível em: <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.
- MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma Constituição de esperança*. Revista de Direito do Estado. Ano 3 n 9, jan/mar 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.
- OQUENDO, Angel R. *Democracia e pluralismo*. Trad. Jacqueline de Souza Gomes e Maria Clara Dias. Rio de Janeiro: De Andréia e Morgado Editores, 2009.
- PORTELLA, Eduardo. *Democracia transitiva*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. AFDUAM 5 (2001), pp. 201-228. Disponível em < <http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/199/2/ArtigoNeoconstitucionalismo-ITE.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2013.



# Evolução histórica do conceito de *pessoa* – enquanto categoria ontológica<sup>1</sup>

---

Rogério Tabet de Almeida<sup>2</sup>

## Resumo

O conceito de pessoa é um dos mais importantes para o direito ocidental. Paradoxalmente, são quase nulos os estudos jurídicos que buscaram, com a devida profundidade, a elucidação histórica e os sucessivos incrementos teóricos acerca da temática. A maioria dos estudiosos parece considerar a ideia como sendo inata, ou seja, a noção de pessoa seria um dado, tendo sempre existido. Indispensável para a resolução dos dilemas no campo do direito na atualidade e para a disciplina referente à proteção jurídica do indivíduo, o presente trabalho se propôs a investigar o conceito do ser pessoa.

**Palavras-chave:** Direito; ontologia; pessoa.

## Abstract

The concept of person is the most important to Western law. Paradoxically, almost zero legal studies that have sought, with appropriate depth, elucidating historical and successive increments Theoretical about the theme. Most scholars consider the idea seems to be innate, ie, the notion of person would be a given, having always existed. Indispensable for the resolution of the dilemmas in the field of Law today and discipline concerning the legal protection of the individual, the present study aims to investigate the concept of personhood.

**Keywords:** Right; ontology; person.

## Introdução

“O que é importante, em termos seculares gerais, não é nossa pertinência à espécie *homo sapiens* como tal, e sim o fato de que somos pessoas”. (ENGELHARDT JR., 2004, p. 175).

---

<sup>1</sup> Artigo extraído da dissertação de mestrado apresentada para junto ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) Juiz de Fora-MG – 2013.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual – FDV/CESVA e Direito do Consumidor – EMERJ/ESA; Mestre em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC – 2013; Professor de Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil e Deontologia; Coordenador dos Núcleos de Prática Jurídica e Trabalho de Conclusão de Curso da FDV/CESVA – 2013. Contato: tabetealmeida@hotmail.com.

No âmbito da linguística, estudos apontam que, nas sociedades ocidentais, é comum a ocorrência de esvaziamento semântico da maioria das palavras. O esvaziamento semântico é associado à própria dicotomia que assegura a evolução da linguagem, conservadorismo/mudança, binômio que expressa os fatores estáticos e dinâmicos da linguagem, assegurando a comunicação entre os seres humanos. (CARVAHLINHOS e ANTUNES, 2007).

Pois bem, o fenômeno parece ter acometido a noção de *pessoa*, que, por difícil de apreensão na sua essencialidade, é hoje carregada de vários conteúdos, muito em função das formulações (jurídicas, políticas e mesmo filosóficas) que se foram construindo ao longo do tempo.

Ao conceito de *pessoa* aplicar-se-ia, então, a máxima de José Oliveira Ascensão, segundo o qual certas expressões e afirmações universalizadas, isto é, que passam à âncora de convergência internacional porque todos as utilizam, de tanto repetidas vão gastando o sentido. “E quando nos interrogamos sobre o que significam verificamos que são fórmulas vazias, afirmações sem conteúdo, porque este se foi esbatendo ao longo dos tempos, das bocas e dos ouvidos”. (ASCENÇÃO, 2008, p. 81).

Por isso, a referência universalizada à *pessoa*, assim como à eminente dignidade da pessoa humana, tratada por Ascensão (2008) em seu estudo, soa a oco, enquanto esvaziada da sua essência.

Este esvaziamento de conteúdo semântico problematiza a existência de referenciais de validade para a construção do conceito de *pessoa* hodiernamente, central no campo do direito – todo direito assenta na *pessoa*.

Daí por que imperiosa a reflexão sobre a evolução deste conceito, considerando-se suas relações com os conceitos de homem e de ser humano, num enfoque antropológico, filosófico e jurídico. A noção de *pessoa* é relativamente recente na evolução da humanidade. De acordo com Ascensão (2008), não a encontramos em nenhuma civilização clássica anterior à civilização greco-cristã. Com ela começamos, portanto, esta breve análise histórica.

## **A noção de *pessoa* na Antiguidade: a valoração na civilização greco-latina**

Segundo Stancioli (2010), embora a investigação sobre a origem etimológica da palavra '*pessoa*', bem como o sentido correto em que foi utilizada no pensamento antigo continue sendo questão aberta no campo das conceituações, seu processo de elaboração nos remete a duas fontes argumentativas.

A primeira delas, em que a definição da personagem representada pelo ator no teatro precede a de *pessoa*, confirma que as antigas civilizações ocidentais não chegaram a atribuir ao termo o mesmo nível de generalidade que os conceitos atuais de '*pessoa*' ou 'indivíduo' comportam, prendendo-se apenas ao campo dos atributos e das funções exteriores.

Como consequência, o termo ‘*pessoa*’ percorrerá diversos territórios semânticos, desde a linguagem teatral, onde provavelmente reside sua origem, passando pela linguagem das profissões, pela gramática, pela retórica e pela linguagem jurídica e teológica, até vir a se fixar na linguagem filosófica. (VAZ, 1992).

Nesse contexto, o conceito etimológico mais difundido da palavra *pessoa* é aquele originário em Boécio, filósofo cristão de formação grega, que aponta sua origem no vocábulo latino ‘*persona*’, cujo sentido geral é de máscara de teatro equipada com uma abertura no entorno da boca, o que permitia ao ator impostar e representar pelo som de sua voz, uma personagem. Neste caso, aceita-se que a derivação de *persona* estaria relacionada ao verbo latino *personare*, que significa soar, passar através da voz do ator, através da *persona*, da máscara.

Com a mesma equivalência, o termo grego ‘*prosôpon*’ (πρόσωπον). Referindo-se às máscaras de representações teatrais, mediante as quais o mesmo ator representava vários papéis distintos, em um contexto em que o alcance filosófico do uso aparecia com maior clareza, *persona* apontaria para algo exterior, precisamente para o papel que o homem vive, “[...] para algo acrescentado ao ser humano”. (RUBIO, 2001, p. 305).

Daí, *prosôpon* passou a designar o próprio papel representado pelo ator e, posteriormente, a significar a função ocupada pelo indivíduo na sociedade, sem vir a significar o indivíduo em si mesmo.<sup>3</sup>

Com efeito, de acordo com Ascensão (2008), o grego interessava-se pela individualidade, ainda que, por outro lado, a considerasse uma imperfeição.

Também o direito teria influenciado na designação do sujeito de direitos pessoais em distinção ao sujeito de direitos reais, ligado às coisas, uma vez que o mesmo homem poderia ter diferentes *personae*, quer dizer, diferentes papéis sociais ou ‘jurídicos’.

Em Roma, por exemplo, apenas os cidadãos tinham direitos *pessoais*, isto é, ‘*pessoa*’ seria apenas o varão, livre e sujeito de deveres e direitos, e não mulheres e crianças. Como um fato do direito romano, Mauss (1974, p. 227-228) observa que:

“A *pessoa* é algo além de um fato de organização, mais do que o nome ou o direito reconhecido a uma personagem e mais do que uma máscara ritual: é um fato fundamental do direito. Em direito, dizem os juristas, nada há além das ‘*personae*’, das ‘*res*’ e das ‘*actiones*’: esse princípio ainda governa as divisões de nossos códigos. [...]. Todos os homens livres de Roma foram cidadãos romanos, todos tiveram a *persona* civil; alguns tornaram-se ‘*personae*’ religiosas; algumas máscaras, nomes e rituais permaneceram ligados a algumas famílias privilegiadas dos colégios religiosos.”

<sup>3</sup> Diga-se que os autores, sobretudo cristãos, preferiram usar a palavra ‘*hypóstasis*’ (um paralelo do latim ‘*substantia*’) ao invés do tradicional *prosôpon*. Contudo, também *hypóstasis* no fundo poderia ser interpretada – pelo menos etimologicamente – como o que ‘estava sob’ (*hypó*) a máscara: no teatro, indicaria então não o ator, mas a personagem que ele representava, simbolizada e identificada com a máscara.

Como segunda fonte argumentativa para a formulação do conceito etimológico de *peessoa*, Stancioli (2010) ressalta, justamente, a grande diferença que há entre ‘máscara’ e ‘*peessoa*’, em seu sentido mais estrito. Conforme salienta, não há uma oposição entre o ‘eu’ verdadeiro e o ‘eu’ mascarado. Pelo contrário, a *peessoa* é o “mais verdadeiro eu” que pode existir, fruto da singularidade do ser humano, em sua plenitude.

Segundo Park, o homem está sempre e em qualquer lugar representando um papel, e é nesses papéis que nos conhecemos uns aos outros, que nos conhecemos a nós mesmos. Na compreensão deste autor:

“Em certo sentido, e na medida em que esta máscara representa a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que nos esforçamos para chegar a viver – esta máscara é o nosso mais verdadeiro eu, aquilo que gostaríamos de ser. Ao final a concepção que temos de nosso papel torna-se uma segunda natureza e parte integral de nossa personalidade. Entramos no mundo como indivíduos, adquirimos um caráter e nos tornamos pessoas.” (STANCIOLI, 2010, p. 31).

Ressaltando-se a noção de *peessoa* como papel social e recuperando-se o lugar da teatralidade, permitindo ao indivíduo orgânico, que é o social, existir, possibilita-se entender melhor o porquê das primeiras acepções da palavra ‘*peessoa*’ ter o significado de máscara.

Ocorre que, nesse contexto, ainda que se refira ao conceito de *peessoa* e à noção mais ou menos clara de indivíduo, à *peessoa* não é reservado nenhum conteúdo ôntico mais preciso, visto que só era reconhecido por causa dos papéis que desempenhava na sociedade, pois nada mais era do que um elemento do mundo material e, sendo assim, sujeito a todos os constrangimentos sociais.

Gonçalves (2008, p. 23) afirma, nesse sentido, que a verdadeira utilidade do conceito de *peessoa* está, antes de mais nada, na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. “A sua individualidade revela-se, neste contexto, um papel, uma máscara viva no palco do mundo, mas não mais do que isso”. Esta é, aliás, uma crítica que faz Ascensão (2008) à visão da *peessoa* no século XX, que, de acordo com ele, é substituída pela ideia de humanidade, deixando de atender ao homem concreto.

Tentando responder por que a filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico da *peessoa*, Gonçalves (2008) argumenta que a resposta parecer estar na enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais em face da visão monista da realidade. Até porque, na cultura arcaica grega, a existência humana se harmonizava com a organização geral do cosmos, pois não havia separação entre o conhecimento físico e a reflexão sobre os valores relativos à dinâmica do mundo natural.

Essa concepção, pautada numa unidade física e orgânica, não permitia a percepção dos outros homens como existência singular. Desse modo, a percepção



que os gregos detinham da individualidade estava intrinsecamente alinhada à concepção de ser parte de um todo harmonioso, a partir do qual e somente em referência ao qual se podia perceber o indivíduo.

Platão e Aristóteles aplicaram conceitos de substância, natureza e essência ao homem sem se referirem concretamente à *pessoa*. Não obstante, foram eles que inauguraram o período antropológico da filosofia, desenvolvido pelos gregos a partir de uma cosmologia segundo a qual o ser humano é compreendido como a realidade natural mais elevada.

Superada a aceção sociológica da *pessoa*, na qual, primeiramente se desenvolveu a reflexão sobre o homem na sua dimensão exterior, “[...] uma aceção de natureza ontológica para o termo ‘*pessoa*’ começa a ser construída nas disputas trinitárias e cristológicas da Antiguidade”. (HERVADA, 2008. p. 295).

Desvendando o sentido da sua individualidade no seio da humanidade, nesta visão a *pessoa* passa a ter um lado metafísico relacionado a uma alma individual e sua porção espiritual passa a ser um fato reconhecido socialmente, permitindo que o conceito de *pessoa* aplicado ao homem, como possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais, com sua conseqüente dignidade, venha ser desenvolvido, como se verá a seguir.

## A *Pessoa* na Teologia Trinária: a antropologia teológica

Foi com o Cristianismo, no seio da filosofia patrística, de evangelização e de defesa da religião cristã, mais tarde aprofundada pelos escolásticos, que se superou a visão monista da realidade e se dotou de conteúdo metafísico o conceito de *pessoa*, no sentido da singularidade substancial ou do princípio último de individualização – a noção filosófica de *pessoa* só foi aperfeiçoada pela Escolástica,<sup>4</sup> estimulada pela necessidade de enquadramento das *pessoas* divinas. (ASCENSÃO, 2008).

Fundamentada nas reflexões cosmológicas gregas, o constructo erigido no século VI dC, define a *pessoa* como indivíduo que subsiste na natureza racional. O pensamento teológico parte de uma verdade revelada, procurando compreendê-la, ilustrá-la e explicá-la racionalmente, deixa o homem de ser objeto e passa a ser sujeito, portador de valores.

Por ser um conceito aprimorado no contexto da reflexão teológico-cristã, o conceito de *pessoa* se encontra ligado a três de suas grandes questões: a natureza da Santíssima Trindade (um Deus ou três Deuses?); a Encarnação do Verbo (Deus ou homem?); e a semelhança ontológica entre o Homem e Deus.

Desejava-se explicar a fé que se tinha em um Deus-Trindade e na Encarnação da segunda *pessoa* dessa Trindade como homem, sem perder sua divindade. O mistério dos três nomes divinos – Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo – conduziu à reelaboração deste conceito.

<sup>4</sup> Denomina-se Escolástica a filosofia predominante ensinada nas escolas da Idade Média – nas catedrais, nas escolas monacais (próximas a abadias) e universidades – no período compreendido entre os séculos XI e XIV.

Durante os séculos IV e V, estas afirmações foram geradoras de controvérsias ideológicas que tinham na sua origem o problema linguístico. Ocorre que no início da elaboração da doutrina trinitária (começo do século III) as palavras *prosôpon* e *persona*, na tentativa de designar aquilo que distingue os Três, foram aplicadas à Trindade no sentido de que o Pai, o Filho e o Espírito Santo eram tão-somente funções, papéis ou até meros modos ou manifestações da substância divina única.

Esse tipo de compreensão, característico de alguns teólogos do século III chamados de “modalistas”,<sup>5</sup> tanto foi condenado como herético pela Igreja, que insistiu na igualdade e na distinção das *pessoas* divinas, quanto não pôs fim à exigência de uma linguagem rigorosa que descrevesse e explicasse a trindade de Deus e a dupla natureza de Cristo, fundamental para a compreensão do conceito de “*pessoa*”, tornando claro que *prosôpon* e *persona*, no sentido explicado, só eram parcialmente adequados para expressar o que a fé cristã confessava a respeito da Trindade. (RUBIO, 2001).

Deve-se a Tertuliano (século II-III) a identificação da palavra grega *prosôpon* ao conceito latino *persona*, próprio do Direito Romano. Para ele, o termo ‘*pessoa*’ exprimia o indivíduo particular a quem se endereça. Não se tratava de um simples personagem, mas da presença efetiva de alguém que existe nele mesmo, de uma realidade individual e distinta, de uma realidade incomunicável. Na sua relação com o outro, a *pessoa* se exprime como um sujeito que diz “eu” em relação a um “tu”. (GONÇALVES, 2008, p. 26).

A Tertuliano se deve, sobretudo, a contribuição de projetar o mistério trinitário no primeiro plano da reflexão teológica, acentuando a distinção da Trindade sem a separação: em Deus há *una substantia, tres personae* (uma única substância, três *pessoas*).

Além disso, foi ele quem usou os termos latinos *substantia*, *persona* e *status* para sanar as confusões modalísticas, sem, contudo, resolver a questão. Isso só virá a ocorrer no momento em que, na teologia cristã, o monismo antigo ceder lugar ao dualismo filosófico – natureza (*physis*) versus *pessoa* (*hypostasis*) (GONÇALVES, 2008). O único Deus se realiza em três “hypostasis”: Pai, Filho e Espírito Santo, que não são modos de expressão, mas constituem a realidade imanente de Deus.

No contexto trinitário, Tertuliano é o primeiro usar a palavra *persona* em relação à Trindade. Nele tem origem a fórmula latina: há *tres personae* em Deus, no sentido de três individualidades distintas. Ele conhecia o grego e também o uso bíblico de *prosôpon* para exprimir o rosto ou voz de Deus. Nesse último sentido, *persona* deixa de expressar o papel social de um homem e passa a significar seu núcleo constitutivo, do qual irá derivar sua inigualável dignidade.

<sup>5</sup> Segundo Stancioli (2010), o Modalismo foi uma das grandes heresias do século III. Seus representantes, de que são exemplos Noeto, Prasea e Sabellio, postulavam o entendimento de que Deus é um só através de diversos modos de manifestação. O Filho é o Pai, enquanto que ele se manifesta a nós. Deus nele mesmo é apenas um só.

Aqui reside o cerne da noção ontológica ou metafísica da *persona*, pela qual as respostas aos problemas assinalados começaram a alinhar-se. A dificuldade antiga em lidar com a individualidade agora se vê superada. *Persona* torna-se a forma especial de ser, a natureza, a universalidade ou essência da realidade. O conceito de *persona* ganha um conteúdo ontológico, torna-se capaz de designar uma realidade ôntica, a qual nem mesmo em Aristóteles, o pensamento clássico logrou identificar.

Foi com Santo Agostinho (século IV-V) que se acentuou a singularidade e a individualidade como notas no conceito de *persona*, sendo sistematizadas as potências da inteligência, da memória e da vontade. Precursor da reflexão sobre a *persona* humana, como subjetividade vivente, Santo Agostinho, em seu tratado “*Da Trindade*”, oferece um primeiro ensaio em que se exprime a subjetividade do *eu*. Deus é o mestre interior cuja *persona* transcendente fala para a *persona* humana.

Já no século V-VI, com Boécio, em quem encontramos uma aguda análise da fronteira e da transição do uso filosófico de *persona* para o uso teológico, consagrou-se a primeira formulação doutrinária da definição de *persona*, que veio a constituir na raiz teórica dos tratamentos posteriores dados a esse conceito: “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” (“diz-se propriamente *persona* a substância individual de natureza racional”). (COMPARATO, 2005, p. 19).

Especificamente no tocante à sua antropologia filosófica, Boécio concebe o ser humano como um composto de corpo mortal e alma imortal. Por uma parte, a alma é forma do corpo e é por ela que o homem é. A alma, porém, não é todo o ser humano, senão só uma parte de sua essência. Nessa perspectiva, Boécio tanto consolidou o vocabulário acerca da *persona* (*prosôpon*), como reafirmou a existência de duas naturezas em uma só *persona*, para Cristo. (STANCIOLI, 2010).

No século XII, Ricardo de São Vitor, com o objetivo de adaptar melhor a definição de *persona* ao dogma trinitário, propõe uma definição mediante a qual transfere o constitutivo de *persona* para o campo existencial, e introduzindo-lhe a ideia da incomunicabilidade e substituindo a expressão “*individua substantia*” por “*incommunicabilis*” e “*singulares existêntia*”: *persona est divinae naturae incommunicabilis existêntia* (*persona* é a existência incomunicável da natureza divina). (GONÇALVES, 2008).

O conceito de *persona* aparece, assim, como realidade ontológica única, fechada, incomunicável, sendo a natureza humana racional singularizada na existência concreta de cada ser *persona* que, pertencendo-se a si mesmo, é autônomo e independente. (GONÇALVES, 2008).

Posteriormente, ainda no século XII, São Tomás de Aquino soube melhor desenvolver a doutrina das relações subsistentes na Trindade, introduzindo as necessárias distinções ao conceito de *persona* desenvolvido por Boécio (que exerceu grande influência no seu pensamento), a fim de evitar a heresia de que em Deus a natureza é *persona*, enquanto natureza.

Para tanto, afirma, de maneira simultânea, a substancialidade da relação *in divinis* por entender que não havia outra forma de se esclarecer o significado das

*personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. (HOGEMANN, 2010).

De acordo com Hogemann (2010, p. 565):

“S. Tomás define *pessoa* como um subsistente indivíduo em alguma natureza racional. *Distinctum subsistens in aliqua natura rationali*. Concebe o significado da ideia de *pessoa* como relação, ou seja, a substancialidade da relação *in divinis*. Para ele, não haveria outra forma de elucidar o significado das *personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. S. Tomás vale-se de Boécio para afirmar que “*pessoa*”, em Deus, significa precisamente relação: “todo atinente às *personas*, significa uma relação”. Além disso, entendia ele que não havia outra forma de se esclarecer o significado das *personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens.”

Assim, a *persona est subsistens in rationalis natura* de São Tomás de Aquino é uma definição na qual já se encontra implícita a noção de sujeito subsistente, na medida em que a substância é aquilo que recebe o ser em si, o qual, por sua vez, confere pelo seu ato um caráter de unidade e totalidade ao sujeito. (GONÇALVES, 2008).

Ora, desta concepção de *pessoa* sobressai o caráter único do ser humano, bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, visto que todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade. (STANCIOLI, 2010).

A consequência antropológica de tal concepção se explicita na medida em que o ser humano não pode ser verdadeiramente *pessoa* a não ser que viva em uma rede de relações fundamentais e de reconhecimento mútuo. Tal perspectiva oferece uma fundamentação na qual a dignidade não está condicionada e não se sujeita às convenções jurídico-sociais, isto é, não depende de fatores externos ao ser humano.

Por isso, a concepção aquiniana de *pessoa* é considerada de fundamental importância para a construção do conceito de *pessoa* na modernidade: permite pensar a *pessoa* a partir daquilo que o homem tem de mais individual, próprio, incomunicável, menos comum e mais singular (*persona como per se uma*). (BRAGATO, 2010).

Segundo Bragato (2010), embora a síntese de São Tomás de Aquino, situada entre a tradição clássica e a teologia cristã, tenha sofrido rupturas nos séculos que se seguiram, é inegável que os pensadores cristãos (com destaque para o próprio Aquino) foram responsáveis não só pelo aprofundamento do conceito de *pessoa*, como pela ressignificação da antropologia subjacente à ideia de *pessoa*.

## O conceito de *pessoa* na filosofia moderna

A mudança de padrões filosóficos ocorrida na Idade Média representou os primeiros passos para o desenvolvimento da noção de *pessoa*.

Até então, na perspectiva clássica e medieval, a *pessoa* humana, embora reconhecida na sua singularidade e dignidade ontológica, não chegou a ser o centro das preocupações: se a influência cristã colocou-a na qualidade de sujeito dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade, o fez por ser ela imagem e semelhança de Deus.

A preocupação não era propriamente o ser humano, mas o próprio cosmos ou, então, Deus. A filosofia preocupava-se com os problemas ligados ao ‘ser’ enquanto ‘ser’ e o conhecimento, por ser de cunho metafísico, impossibilitava a construção de uma teoria do conhecimento. (REALE, 1989).

A partir do século XVI, na natureza e na história, Deus vai perdendo a transparência que tinha para os antigos. O eixo e o centro da humanidade deixam de ser o contexto religioso; as relações entre os homens apresentam-se menos hierarquizadas; não há mais uma orientação central (política, religiosa ou cultural) e novas produções subjetivas são criadas a partir da Renascença, na qual as realidades passam a ser referidas ao ser humano, a começar pelo mundo da natureza. Na qualidade de sujeito, o ser humano destaca-se da natureza e a transcende; inverte-se a relação homem-natureza.

Nesta época descobre-se a subjetividade. A antropologia da subjetividade nasce, pois, no contexto da filosofia moderna, marcada, essencialmente, pela atitude da dúvida filosófica.

Esta atitude filosófica acarreta, como inevitável consequência, uma alteração do objeto da filosofia: do estudo da ontologia do ser, a filosofia passa a ter por objeto o próprio sujeito cognoscente – o homem, antes e primeiro como um sujeito que conhece. Assim, o conceito de *pessoa* terá de sofrer, necessariamente, uma alteração semântica – a ideia de *persona* perde o seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, na esteira de um crescente avanço da razão técnico-instrumental.

A alteração conceitual é grande: se a reflexão teleológica cristã havia construído uma noção metafísica de *pessoa* e mesmo seu prestígio moral, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico, para identificá-la com uma realidade psíquica, emotiva, subjetiva.

No século XVII, o “eu” de Pascal distingue o Deus dos filósofos do Deus pessoal de Abraão, de Isaac e de Jacó, capaz de invadir a pessoa humana em uma experiência única.

Da mesma forma, o “eu” do *cogito* de Descartes rompe com o modelo tradicional de pensar a unidade do homem mediante forma ou matéria: a filosofia passa de uma reflexão metafísica sobre os objetos para uma reflexão sobre os sujeitos e, portanto, sobre as *peçoas*.

Através do *cogito*, Descartes desenvolve a tese de que o pensamento é simultâneo à existência, não sendo possível pensar e não existir e existir e não pensar – o “eu” como consciência, uma autoconsciência, ao mesmo tempo em que enfraquece ou diminui o reconhecimento do caráter substancial da *pessoa*, acentua a sua natureza de relação, especialmente no que tange à relação do homem consigo mesmo.

Essa nova forma de pensar o mundo deu origem ao racionalismo que, como corrente filosófica, concebe a *pessoa* como ser intelectual capaz de duvidar e de elaborar ideias claras e distintas. A partir daí, a imagem de homem que irá prevalecer na cultura ocidental é a do homem como *pessoa*. A *pessoa* humana passa a ser o centro de todo o saber e também a sua fonte.

O alcance da filosofia cartesiana é inquestionável. A ele se atribuem todas as consequências históricas do rumo técnico-científico que a civilização ocidental tomou a partir do século XVII nos planos social, histórico e político. E não é necessária muita perspicácia para avaliar o quanto o pensamento cartesiano sobre o sujeito contribuiu para a direção histórica que ainda hoje estamos seguindo, sobretudo se consideradas a complementação que essa ideia de subjetividade recebeu posteriormente.

No século XVII, a filosofia iluminista e a enciclopédia francesa se engajaram no caminho dos direitos da *pessoa*, da liberdade individual do pensar e da propriedade privada. A *pessoa* humana passa a ser percebida não só pelo fato de existir, mas também de como ela existe.

Locke propõe uma definição de *pessoa* na qual a construção do “eu” é fruto do processo de conhecimento. Em Locke, *pessoa* é o ser pensante, dotado de razão e reflexão, que pode reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora sobre ela, no presente. (GONÇALVES, 2008).

No século XVIII, os direitos tornam-se efetivamente os valores mais importantes da convivência humana em sociedade. (COMPARATO, 2005). Foi neste século que a civilização dos direitos explodiu. Não por acaso, é conhecido como o século da grande viragem do Ocidente, uma vez que, conforme Ascensão (2008, p. 80):

“[...] a uma sociedade em que a sociedade política apelava aos deveres dos cidadãos sucede-se uma sociedade em que se apela aos direitos. Há uma passagem da comunidade sociopolítica, de comunidade de deveres, para comunidade de direitos e, até, nas formas mais adiantadas, comunidade de direitos sem deveres. Pelo menos, os deveres ocupam um lugar recuado, perante essa categoria nuclear que é representada pelos direitos humanos ou direitos do homem.”

Para tanto, muito contribuíram as formulações de Immanuel Kant. Com ele, a *pessoa* se torna propriamente um conceito filosófico: ultrapassando o pensamento cartesiano, o “eu-*pessoa*” aparecerá em Kant como o “eu” do “dever ser”.

*Pessoa*, então, é aquele sujeito a quem se podem imputar suas próprias ações. Em Kant, o homem possui um valor absoluto que ele detém em vista de sua *pessoa*; enquanto ser racional e, como tal, a *pessoa* é entendida como sujeito autônomo que age segundo a determinação de vontade, não por leis da natureza, mas consoante aos ditames da própria razão pura e também da razão prática, o que lhe possibilita ser livre.

De acordo com Hogemann (2010, p. 567):

Desse modo, ocorre convergência do conceito de liberdade com o de *pessoa*, na medida em que esta é um ser racional e seu agir deriva da vontade pura – ação de causação puramente racional – e consequentemente livre. A autonomia reduz-se à experiência inerente à própria subjetividade do indivíduo como realização de sua humanidade, o que implica o imperativo categórico de Kant no sentido de reconhecer, a partir da identidade de sua própria consciência, a existência da humanidade em si.

Nessa perspectiva, considerar o homem como fim em si é considerar cada homem como uma *pessoa*, isto é, como um valor absoluto e nunca como meio a atingir determinada finalidade. O ser racional identifica-se com a razão e tal como esta, não deve estar subordinado a condições estranhas, a princípios externos.

Compreende-se, assim, que a *pessoa* se distingue de tudo o que, sob o nome de necessidades e de inclinações, constitui aquilo a que se chama individualidade. E por ser insubstituível em sua individualidade, o homem possui dignidade e não um preço. Daí Kant tira a máxima do imperativo moral que deve ordenar a conduta individual ou coletiva do ser humano e que prescreve, ao mesmo tempo, o respeito por si e o respeito pelos outros.<sup>6</sup>

Com Kant, firma-se, enfim, de forma nítida a noção de *pessoa*.

Entre os séculos XIII e XIX, visando a superar o dualismo entre corpo e alma, ainda prevalecente na filosofia, vem à tona a reflexão hegeliana sobre a individualidade.

Conforme salientado em Miguel Reale (1963, p. 103), ao dualismo essencial kantista entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ “[...] contrapõe Hegel a unidade indissolúvel do pensamento com a realidade, de tal modo que o que deve ser não é senão um momento do devir de algo, pois, “aquilo que deve ser é, e, ao mesmo tempo não é”.

Enquanto que Kant concebe o dever-ser como peculiar tão somente à essência e à dignidade do homem, Hegel pensa-o como um momento da “destinação” dos seres em geral. (REALE, 1963).

<sup>6</sup> A principal fraqueza apontada na concepção de Kant, influenciada por seu idealismo, é o fato de estar atrelada a uma filosofia do sujeito ligada a um conceito “pré-social de pessoa”. Esse sujeito puramente individual, “autônomo e privado”, é visto como uma ilusão da ideologia burguesa e do seu jogo de espelhos, em que a um conceito atomista de pessoa corresponde um conceito contratualista e racional de sociedade. (KANT, 2009).

Mas, conforme Reale (1963, p. 194), embora a filosofia postulada por Hegel tenha se esforçado por superar, no plano da racionalidade concreta, a finitude e a infinitude do ser humano, o filósofo não atinge seu intento, “[...] inclusive por tomar como ponto de partida da objetivação ética uma abstração infecunda”, justamente por esvaziar o conceito de *pessoa* de seu conteúdo axiológico, esvaziado de substância.

O resultado dessa “concepção abstrata” da *pessoa* é o sacrifício da subjetividade, como tal, dentro de um contexto que não permite falar de *pessoa* em sentido ôntico.

Portanto, o pensamento kantiano haveria de ainda prevalecer no prenúncio da elaboração do conceito de *pessoa* no século XIX.

## **A *pessoa* nos séculos XIX e XX**

Graças ao pensamento inovador de filósofos como Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, ficou claro que o bem e o mal não se encontravam confinados nos objetos ou ações exteriores à *pessoa*, mas resultam sempre de uma avaliação, isto é, da estima ou preferência que os bens têm na consciência de cada indivíduo, significando uma inter-relação entre sujeito e objeto, no sentido de que cada *pessoa* aprecia algo porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor. (COMPARATO, 2005).

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, também é verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente, o que exige o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores.

“Os bens ou ações humanas não se organizam, apenas, numa oposição primária de valores e contravalores. Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana.” (COMPARATO, 2005, p. 26).

Foi este o eixo do conceito de *pessoa* no século XIX, quarta etapa histórica de nossa compreensão da *pessoa*, que, trazendo ideias valorativas e fundamentos éticos, consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo capaz de dirigir a sua vida em função de suas preferências valorativas, por ser racional e possuir vontade e autonomia. Ou seja, a *pessoa* humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. (COMPARATO, 2005).

Por isso, o Estado do século XIX:



“[...] agrupa indivíduos autônomos, independentes, livres, dotados de igualdade política e jurídica. Como oposição ao Estado absoluto, consagram-se as liberdades e direitos dos indivíduos; estes, de súditos, deveriam ascender ao grau de cidadão. Daí, os valores desse Estado: garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança, da propriedade. O Estado é instrumento de garantia dos direitos individuais, disso decorrendo sua utilidade e necessidade.” (MEDAUAR, 2003, p. 80).

Como anota Ascensão (2008, p. 86), nos quadros do liberalismo que marcou este século, desenvolveu-se o individualismo, propício à propriedade dada à satisfação dos egoísmos individuais, e, em contraponto, movimentos igualmente materialistas, mas de sinal contrário, “[...] conducentes a uma luta de classes”.

Da evolução descrita, temos que há verdade em se afirmar que, na época moderna, o conceito de *pessoa* que era a resposta à pergunta “o que é o homem” tornou-se, verdadeiramente, um termo interrogativo. *Persona* já nada responde quanto à realidade humana, torna-se, antes, uma interrogação acerca do homem.

Em que pese a desconstrução do conceito de *pessoa* ocorrido na Modernidade, fato é que, neste período, foram lançadas as bases do personalismo contemporâneo, presente, especialmente na primeira metade do século XX, quinta e última etapa na elaboração do conceito de *pessoa*, quando entra em cena o pensamento existencialista, segundo o qual cada indivíduo possui identidade inconfundível e singular: o existencialismo acentuou a *pessoa* como única e insubstituível, defendendo a sua unicidade. (COMPARATO, 2005).

De acordo com Comparato (2005, p. 26-27), reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irrepetível da *pessoa* individual.

“Confirmando a visão da filosofia estóica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A *pessoa* não é personagem. A chamada qualificação *pessoal* (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis.”

Em aparente contraste com a afirmação da unicidade da *pessoa* humana (pregada pelo existencialismo), o pensamento filosófico do século XX colocou em foco a realidade essencialmente relacional da vida, implicada, de certa forma, no inter-relacionamento sujeito/objeto.

Para Ortega y Gasset, por exemplo, a realidade foi a *peessoa* imersa no mundo: “*yo soy yo y mi circunstancia*”, entendendo-se como circunstância, no sentido étimo latino, aquilo que envolve e impregna minha vida, e sem o que ela seria propriamente inconcebível. Heidegger, na mesma linha de pensamento, formulou como característica essencial da *peessoa*, o “ser-no-mundo” (*in-der-Welt-sein*), o modo de ser no mundo. (COMPARATO, 2005).

Segundo Comparato (2005), o pensamento filosófico atual, entretanto, retoma as proposições do filósofo renascentista Giovanni Pico Della Mirandola, cujas ideias, aparentemente circunscritas a um período determinado da história do pensamento (o Renascimento), ultrapassam esta perspectiva, alcançando validade atemporal. (LACERDA, 2010).

Em Mirandola, aparece com força o antropocentrismo: o homem está “no meio do mundo” não em um sentido físico ou topográfico, mas em um sentido ontológico, pois a ele estão abertas possibilidades diversas para a sua própria realização.

“Quem está ‘no meio’, afinal, tem mais facilidade para tomar qualquer direção. A existência humana não foi limitada por Deus a um destino único ou a uma só vontade. O homem está no meio para que ele possa escolher a sua direção, o seu caminho próprio, para que ele se torne o que quiser ser.” (LACERDA, 2010, p. 20).

Em Mirandola, deste modo, o homem, que não apenas está no mundo, mas que atua sobre o mundo, é um ser livre (a liberdade é o dom que teria recebido de Deus), árbitro e soberano de si mesmo. Por isso, a razão e a inteligência do homem não possuem exclusivamente um alcance ético, mas também um viés poético (de *poiesis*, produção, fabricação). A natureza humana seria, pois, determinada pelo próprio homem, ou melhor, por cada homem considerado individualmente. (LACERDA, 2010).

Isso o leva a postular que o autoaperfeiçoamento, a capacidade de se tornar, pelo uso da razão, um “animal celeste”, próximo à máxima perfeição, é o que converte o homem em um ser digno, merecedor de respeito por parte dos outros homens. (LACERDA, 2010).

No esteio de Mirandola, a reflexão filosófica atual sobre a *peessoa* acentua a visão da *peessoa* não como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto, inacabado, evolutivo, isto é, mutável, e propriamente “[...] um vir-a-ser, contínuo devir”. (COMPARATO, 2005, p. 31).

“Retomando a ideia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola, Heidegger salienta que ser humano apresenta essa característica singular de um permanente incabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*). Neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua

própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna.” (COMPARATO, 2005, p. 33).

Com igual percepção, Stancioli (2010), entendendo a *pessoa* sob um viés transdisciplinar, alinha-se às reflexões filosóficas atuais que acentuam o caráter mutável da *pessoa*, demonstrado nas continuidades e rupturas da trajetória histórica deste conceito.

Para este autor, o conceito de *pessoa* deve ser investigado em certos elementos que o constituem, quais sejam: corpo, valor e elementos incontornáveis – autonomia, alteridade e dignidade. Segundo tal concepção, a *pessoa* seria um projeto inacabado, em construção intersubjetiva constante, uma vez que “[...] ser *pessoa* significa ser um fluxo de valores em eterna mudança”. (STANCIOLI, 2010, p. 125).

Segundo Comparato (2005), para a teoria jurídica e para o sistema de direitos humanos em particular, as consequências desta que seria a última etapa na elaboração do conceito de *pessoa humana* são muito relevantes, pois o caráter único, insubstituível de cada ser humano, de portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da *pessoa* existe singularmente em todo indivíduo.

## Considerações finais

Com este horizonte, pode-se afirmar que a reflexão sobre a evolução da noção de *pessoa* (aqui levada a cabo em rápido compêndio), chegando à formulação da ideia de *pessoa* na atualidade, que acentua não a pessoa como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto e inacabado, evolutivo e mutável, um vir-a-ser em contínuo *devenir*.

A perspectiva atual de pessoa coloca-a como âncora da noção de dignidade humana, pois apenas a pessoa fornece a razão da dignidade, isto é, apenas a *pessoa* nos dá a razão da dignidade, assim como só ela nos permite apreender as consequências da dignidade.

O desafio que se coloca aos civilistas, pois, é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica: a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis “[...] é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”. (LÔBO, 1999, p. 103).

## Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, José Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*. Revista *Mestrado em Direito*, vol. 8, n. 2, pp. 79-101, Osasco, 2008.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas*. Revista *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 4, n. 13, pp. 78-95, Porto Alegre, outubro/dezembro de 2010.



# A inovação constitucional austríaca e a esfinge de Weimar – revisitando a celeuma Kelsen/Schmitt

Daniel Nunes Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho se dedica ao estudo da disputa teórica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sob o signo do papel de cada um, respectivamente, nas inovações jurídicas da Constituição Austríaca de 1918 e nas lacunas da Constituição de Weimar. Ainda debruçado sobre o referido paradigma, propõe analisar os principais problemas advindos de interpretações de ambos diplomas legais, quais sejam, legalidade, legitimidade democrática e limites. No presente estudo, partimos da problemática advinda da celeuma havida entre ambos juristas sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição. O ponto nevrálgico do referido debate era o prisma da análise da natureza do controle de constitucionalidade, com uma teoria revista pelo Constitucionalismo Austríaco, especificamente, a determinação definitiva da instância a qual caberia a competência de zelar pela Carta Magna.

**Palavras-chave:** Kelsen; Schmitt; Constituição; jurisdição constitucional.

## Abstract

This paper is engaged to the study of theoretical dispute between Hans Kelsen and Carl Schmitt, under the sign of the role of each one of them, respectively, in the legal innovations of the Austrian Constitution of 1918 and the shortcomings of the Weimar Constitution. Still leaning on that paradigm, the paper aims to analyze the main problems arising from interpretations of both pieces of legislation, namely, legality, democratic legitimacy and limits. In the present study we set the problem arising from the uproar that took place between the two jurists about who should be the Guardian of the Constitution. The crux of this debate was the prism of analysis of the nature of judicial review, with a revised theory by Austrian Constitutionalism, specifically, the final determination of the proceedings which would fit the power to enforce the Constitution.

**Keywords:** Kelsen; Schmitt; Constitution; Constitutional Court.

## Introdução

No início da década de 30, por conta da crise econômica e de radicalização política, houve muitos casos de convulsão social na Alemanha. Havia, especialmente, um agitação violenta a ocorrer em algumas áreas da Prússia, principal Estado federado, pesando alegada incapacidade do governo prussiano

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Especialista em História Europeia pela Universiteit Utrecht (Reino dos Países Baixos); Mestrando em Sociologia e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal Fluminense; Professor de Direito na Universidade Veiga (UVA) de Almeida, no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e na Universidade Gama Filho (UGF).

para tratar do assunto. Em 17 de julho de 1932, ocorreu o gatilho para a crise definitiva: “*Altonaer Blutsonntag*” (“Domingo Sangrento de Altona”), um tiroteio entre manifestantes *Sturmabteilung* e comunistas em Altona, que causou a morte de 18 pessoas. Em 20 de julho de 1932, o *Reichspräsident* Paul von Hindenburg emitiu um decreto de emergência que desautorizou o Gabinete do Estado Livre da Prússia, o maior Estado alemão. Preocupava o Governo Federal, então presidido por forças conservadoras, fato de que o Governo da Prússia, dirigido pelo *Ministerpräsident* Otto Braun (social democrata) tinha autoridade sobre a poderosa força policial prussiana, sendo, portanto, uma das últimas forças republicanas. Todavia, sobrepejava uma situação instável do Governo da Prússia: o Governo de coalizão de SPD, DDP e *Zentrum* e tinha perdido sua maioria nas últimas eleições para o Parlamento Regional da Prússia, mas manteve-se no cargo. A oposição, que lutava pelo novo Gabinete, era composta principalmente por comunistas e nacional socialistas, o que fomentou, em parte, os confrontos (DYZENHAUS, 1997b: 123).

O Governo Federal tentou, então, por medidas de exceção, intervir na Prússia. O Estado da Prússia, não resistiu militarmente, para não causar uma guerra civil, mas desafiou o Governo Federal no *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* (antecessor do atual *Bundesverfassungsgericht*). A lide em questão concernia ao artigo 48 da Constituição da República de Weimar, e como o Presidente poderia agir entre os *Länder* (Estados Federados) em Estado de Exceção. Advogou pelo Governo Federal e pelas forças legalistas Carl Schmitt, e pelo Estado da Prússia e Gabinete Social Democrata, Hermann Heller. Hans Kelsen, embora não tenha participado do julgamento, enquanto Diretor da Faculdade de Direito de Köln, publicou análise detalhada do caso em artigo intitulado “*Das Urteil des Staatsgerichtshofs*” argumentando que apenas o Judiciário poderia decretar intervenção no Estado da Prússia. Toda a sua argumentação se baseava na experiência austríaca, a qual ele mesmo havia gerido.

A desavença entre Kelsen e Schmitt seria longa e entraria para a história, sendo de valor para os anais do direito nas obras de Kelsen e Schmitt. Carl Schmitt trouxe a vitória ao Governo Federal, todavia, sua interpretação da Constituição garantiria a tomada do poder pelos nazistas nove meses após o julgamento. (DYZENHAUS, 1997b: 122).

“O debate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve ser o Guardião da Constituição, pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.” (LORENZETTO, 2009: 1925).

## *Dramatis Personae*<sup>2</sup>

Falar do embate intelectual de Kelsen e Schmitt é necessariamente falar da vida de ambos os autores. Isto, pois, desde a juventude, trilharam caminhos que inexoravelmente os colocariam em oposição, além de localizá-los em extremos quase opostos da história intelectual do século XX e da *Iuria* como um todo. Enquanto Kelsen (ou um simulacro simplista de sua obra) prosperou na doutrina e jurisprudência da tradição romano-germânica, Schmitt, por sua relação com o nacional-socialismo, se tornou um *auteur-maudit*, sendo resgatado primeiramente pela Teoria Política e, mais atualmente, pela Teoria do Direito (SCHWAB, 1988: 448). Não podemos olvidar nem a real teoria do mestre austríaco, nem os escritos malditos do jurista alemão. No que concerne a este, podemos dizer que, para bem e para o mal, concordemos ou não com suas conclusões, Schmitt mostrou *verdades* políticas e jurídicas tão importantes e perigosas, que não mais podemos ignorar, pois “abriu estranhas portas, que jamais voltaríamos a fechar”<sup>3</sup>. A obra de Carl Schmitt, apesar de suas abjetas tendências partidárias, possui grande capacidade de interpelação à hodierna letargia liberal e à neutralização do espaço político (LESSA, 2003: 12).

Embora Schmitt não tenha sido um defensor do nacional-socialismo antes de Hitler chegar ao poder, ele se filiou ao *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (Partido Nazista) em 1º de maio de 1933, junto com Martin Heidegger (MACHADO, 2013: 8), que em carta<sup>4</sup> havia convidado o jurista para integrar o partido.

Como nos contos de pactos com Belzebug, Schmitt, após se filiar ao NSDAP, rapidamente ascendeu profissionalmente, tornou-se um intelectual influente no III Reich e passou a ser conhecido como o “*Kronjurist*” do nacional-socialismo. (MEHRING 2009, 304). Nesta função, Schmitt, de maneira aparentemente entusiasmada, dedicou-se a tarefas deveras condenáveis, como a justificação jurídica dos assassinatos dos opositores políticos de Hitler durante a chamada “Noite das Facas Longas” (SCHMITT, 1987: 32) e a purgação da jurisprudência alemã da influência judia (MEHRING, 2009: 358).

Embora tenha se esforçado para mostrar-se verdadeiramente nazista, Schmitt sofreu forte oposição de influentes membros do partido, como Kroellreutter e Eckardt, que apontaram sua posição pretérita avessa ao nacional-socialismo, bem como as denúncias de seu adesismo, feitas por inimizadas que emigraram da Alemanha, como o cientista político de origem judia Waldemar Gurian (MACHADO, 2013: 10). Neste cenário, delinear-se, primeiramente, duas opções para Carl Schmitt: emigrar, ou permanecer e ser levado a campo de

<sup>2</sup> Conforme a expressão utilizada por Francisco Sosa Wagner (2008: 9)

<sup>3</sup> Tradução livre dos versos originais em inglês: “*She opened strange doors that we’d never close again*”. BOWIE, David. “*Scary Monsters and Super Creeps*” In. “*Scary Monsters (And Super Creeps)* - Album”. Londres/Nova Iorque: RCA.1980.

<sup>4</sup> Cf. Felipe Daniel Amorim Machado (2013: 8) a carta foi publicada no periódico acadêmico *Telos*, edição nº 72 de 1987.

concentração. Se a segunda opção era obviamente assustadora, a primeira não seria tão diferente, pois Schmitt havia coletado inimizades suficientes alhures para que fosse preso também em terras estrangeiras. Com o apoio de Goering, o jurista conseguiu permanecer na Alemanha em liberdade, ao custo de seu silêncio no que concernia à política interna do Reich. (MACHADO, 2013: 11).

Debate-se ainda hoje sobre as causas da associação de Schmitt aos nazistas. Alguns autores apontam para uma forte ambição de Schmitt e seu caráter oportunista, sem negar afinidade ideológica (BENDERSKY, 1983: 195). Por outro lado, argumenta-se que a Teoria do Direito antiliberal de Schmitt, bem como seu antisemitismo, o tornaram disposto a apoiar o regime nazista (DYZENHAUS 1997a, 85).

Da mesma geração de Carl Schmitt é Hans Kelsen. Enquanto o jurista alemão desfrutou o sucesso na década de 30, por conta do apoio aos nazistas, Kelsen trilhou caminho oposto.

Com a devida licença à fleuma acadêmica, assevera-se admiração a Hans Kelsen não apenas por ser um grande jurista, mas, sobretudo, pelas suas excepcionais qualidades pessoais que superaram muitos obstáculos e contratempos em uma vida rica em acontecimentos, e desafios, conforme atesta o presente breve esboço biográfico<sup>5</sup>.

Kelsen nasceu em Praga<sup>6</sup>, em 11 de outubro 1881. Com a idade de 3 anos, sua família, de origem germânica, judaica e de classe média, mudou-se para a cosmopolita Viena, onde 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 à 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, como, por exemplo, Alfred Verdross, Erich Voegelin, Alf Ross e Luis Legaz y Lacambra. Juntos, esses intelectuais notáveis formaram o movimento

<sup>5</sup> Tendo em vista a pouca quantidade de trabalhos sistematicamente dedicados à biografia de Hans Kelsen, esta parte do estudo se fundamenta basicamente no livro de Rudolf Aladar Métall (1976) e no artigo de Nicoletta Bersier Ladavac (1998).

<sup>6</sup> Embora nascido em Praga, atualmente capital da República Tcheca, sua família era germânica, e a referida cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro.



cultural conhecido como *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, no qual 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 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 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.

Todavia, atentar-se-á no presente trabalho à parte de sua vida na qual prosperou sua querela com Schmitt, no que concerne ao Guardião da Constituição. Tal discussão entre ambos os juristas se fundamenta epistemologicamente em suas respectivas ontologias, antropologias políticas e concepções específicas quanto ao Estado, democracia e direito.

## A experiência austríaca

A criação da Jurisdição Constitucional remete às transformações políticas havidas no Império Austro-Húngaro. A Corte Imperial de Justiça foi oficialmente introduzida em 1867 por ocasião do *Ausgleich*, que tinha transformado o Império Austríaco na Monarquia Dual Austro-Húngara. O novo órgão governamental exerceria três deveres principais: *Spezialverwaltungsgerichtshof* (a proteção dos direitos políticos dos cidadãos); *Kausalgerichtshof* (resolução de potenciais conflitos entre os *Länder*) e, finalmente, *Kompetenzgerichtshof* (supervisionar os limites dos poderes das autoridades administrativas e judiciais, regionais e estaduais) (BRAUNEDER, 1992: 738-739, apud LAGI, 2012: 275).

Karl Renner, Primeiro Presidente da Primeira República da Áustria, em um discurso à Assembleia Nacional Provisória (autoridade governamental que emergiu após o colapso do Império), realizado em 30 de outubro de 1918, tratou da possibilidade de uma Jurisdição Constitucional:

*“Currently we do not have the possibility of creating a State tribunal with all the guarantees of nonpartisanship and judicial objectivity. We have temporarily entrusted with this function a commission of this Assembly composed of twenty members. [...] Subsequently, in a not too distant future, we will revisit*

*this point and instead of a State tribunal we will have a constitutional court (Verfassungsgerichtshof) which will occupy itself not only with the protection of citizens, but also with State provisions, the freedom to vote, and our public law.*” (Stenographische Protokolle, 1918-1919: 33 apud LAGI, 2012: 276).

Entre novembro e dezembro de 1918, a Chancelaria da nova República procedeu à democratização da antiga Corte Imperial de Justiça bem como a sua adequação ao novo regime, transformando-a paulatinamente em tribunal constitucional. Protagonista e testemunha deste evento significativo foi Hans Kelsen, que, em dezembro de 1918, exarou um memorando instigante intitulado *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (“Projeto para a efetivação de um Tribunal Constitucional”), em que, exatamente como Renner tinha feito, ele invoca a figura de um Tribunal de Justiça dar para legitimar a nova Constituição (LAGI, 2012: 276).

Insta salientar que o termo Tribunal Constitucional não era novidade nos procedimentos fundacionais da República Austríaca. Outro grande pensador que agiu no mesmo sentido foi Jellinek, que, em 1885, publicou um breve ensaio eloquentemente intitulado *Verfassungsgerichtshof für Österreich* (“Corte Constitucional para Áustria”) em que ele conclamava a fundação de um Tribunal Constitucional para impor a divisão de competências entre o Centro e os Länder, ao menos na metade ocidental do Império (*Cisleithania*), administrada pela Legislação de Viena (LAGI, 2012: 276). Todavia, sua defesa do tribunal constitucional foi em função de uma ideologia antiparlamentar e do ponto de vista de uma teoria legal que reconhecia a titularidade do poder soberano como pertencente ao Estado (LAGI, 2012: 276).

No caso de Kelsen, não houve viés antiparlamentar, devido a vários fatores, inclusive o contexto histórico e político com *animus* de mudar a formulação particular de alguns dos principais temas de direito público, conforme Kelsen já havia expressado em sua *Habilitationsschrift*, de 1911, intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (“Principais Problemas da Teoria de Direito Público”). Nesta obra, em debate aberto com o seu mentor Jellinek, Kelsen definiu o parlamento como órgão “do povo” ao invés de “um órgão do Estado”, criticando dois dos pilares da teoria de Jellinek, qual seja, a ideia de que o Estado era o “único produtor da lei”, função a qual Kelsen atribuía ao Parlamento em sua monografia de 1911 (KELSEN, 1911 apud LAGI, 2012: 276).

O mecanismo do *Verfassungsgerichtsbarkeit* formulado por Kelsen está longe de ser mero produto de especulação filosófico-científica. Em várias maneiras, este mecanismo foi a resposta a estímulos específicos e questões históricas e políticas específicas, dentre as quais as opções de forma institucional que a nova Áustria assumiria: Estado unitário e centralizado ou uma república federal, federação ou confederação. Enfim, disputava-se o futuro desenho institucional do país. O primeiro ato legal emitido pela Assembleia Nacional Provisória sancionou a transição da monarquia para uma república democrática fundada no primado do Poder Legislativo, conforme desiderato dos austromarxistas<sup>7</sup>, que, a partir

<sup>7</sup> A cepa austríaca de socialdemocratas.

de 1918, passaram a representar uma das maiores forças na política da Áustria (*Stenographische Protokolle*, 1918-1919: 32-33 apud LAGI, 2012: 276).

“If the Socialists were favorable to a unitary design, the Christian Socialists, the main conservative party, pressed for a federation, interpreting, thus, the reasoning of the Laender. It was immediately clear to all that the unitary and centralized option was not feasible, for which the political problem that arose for the Provisional National Assembly and the political parties that took part in it was to determine how much liberty to grant to the Laender and which competences. The SPÖ (Austrian Social Democracy) understood the first constitutional law as an integral part of a broader political design that envisaged a clear and precise subordination of regions to the Center. From this perspective, one could interpret the law of 14 November 1918 as the “assumption of State authority in the Laender” which recognized the autonomous administration of the regions and municipalities but reaffirmed the existence of a State in which the regions, in fact, held a subordinate position in respect to the Center. This latter aspect was explained in the principle of “Bundesrecht bricht Landesrecht” (the law created by the Center prevails over that of the regions), according to which the laws approved by regional assemblies could only be enacted if ratified by the State Council” (LAGI, 2012: 278-279).

O Tribunal Constitucional foi oficialmente introduzido em 25 de janeiro de 1919, com o fito de arbitrar conflitos de competência, violações de direitos políticos e eventuais litígios entre as instituições centrais e os Länder, conforme Kelsen havia defendido em seu memorando (LAGI, 2012: 279). Todavia, a dedicação de Kelsen ao tema da Jurisdição Constitucional não cessou quando a nova Carta Magna foi promulgada. Em 1920, ele foi indicado para ocupar uma vaga na Corte, antes pertencente a um de seus mestres, Edmund Berntzik, falecido dias antes.

A produção técnica e acadêmica de Kelsen, enquanto na Corte, indicavam o caminho de seu pensamento jusfilosófico a partir de então, sobretudo na questão da Constituição ser hierarquicamente superior a qualquer ato normativo dos Estados Federados. A Constituição foi, portanto, o fundamento supremo do Estado, produto de um processo histórico concreto, de um compromisso entre diversas forças e grupos políticos com suas diversas ideias, interesses e perspectivas.

“It is the indispensable basis of the legal norms that regulate the reciprocal conduct of the members of the State collectivity and, therefore, as well, those legal norms that determine the organs necessary for applying and imposing them, and the mode in which such organs must proceed, definitively, the fundamental structure of the State order” (KELSEN, 1928: 153 apud LAGI, 2012: 285).

No entanto, Kelsen reconheceu que a Constituição não só previa a regulação da formação das demais normas como também materialmente do seu conteúdo, de tal forma que devia o Parlamento dar a devida e cuidadosa consideração para esses mesmos princípios em seu trabalho legislativo.

“The Constitution is, then, not only a procedural rule but also a substantive rule; therefore, a law may be unconstitutional either because of a procedural irregularity related to its creation or because of content contrary to the principles or directives formulated by the constituent, when it exceeds the preset limits” (KELSEN, 1928: 154 *apud* LAGI, 2012: 286).

Tanto formal quanto materialmente, a Constituição deveria ser a principal fundação do Estado, com o fito de garantir sua legitimidade e estabilidade. Sobretudo neste quesito, Kelsen justificava a necessidade precípua para que a guarda desta Constituição ficasse afastada do órgão do qual poderiam emanar atentados legiferantes à ordem constitucional.

“It is therefore not possible to rely on the parliament itself to realize subordination to the constitution. The task of nullifying its unconstitutional acts must be entrusted to a separate organ, independent of it and of any State authority, i.e., a constitutional jurisdiction or tribunal” (KELSEN, 1928: 171-172 *apud* LAGI, 2012: 286).

Para aqueles que viram no Tribunal Constitucional uma restrição grave e perigosa à soberania do Poder Legislativo, Kelsen argumentou que a própria legislação em si é subordinada à Constituição, não havendo, portanto, cerceamento institucional. Durante o processo de criação da Constituição, Kelsen apoiou um paradigma jurídico-científico para a Áustria, tão ardentemente defendido pelos sociais-democratas, inclusive por Renner, por outro lado, em oposição a este mesmo partido, no que diz respeito à proteção da Constituição, criticava um eventual poder excessivo do Parlamento, bem como do Poder Executivo, uma ameaça potencial para a proteção da Constituição. Essa crítica de Kelsen se tornaria fundamentada em fatos, quando da virada autoritária da Áustria sob o comando de Engelbert Dollfuß e o destino trágico da República de Weimar.

## A esfinge de Weimar

A “Constituição do Reich alemão” (“*Verfassung des Deutschen Reichs*”), geralmente conhecida como a “Constituição de Weimar” (“*Weimarer Verfassung*”) foi o que institui na Alemanha, em 1919, uma república democrática e parlamentar. Permaneceu, tecnicamente em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich 1933-1945. O título da Constituição era o mesmo que a Constituição do Império Alemão que a precedeu, permanecendo o nome do Estado Alemão “*Deutsches Reich*” até a adoção da “Lei Fundamental de Bonn”, em 1949.

Uma avaliação da Constituição da Alemanha de Weimar deve começar pelo reconhecimento de que, quando a República de Weimar, foi fundada em 1919,

a Alemanha tinha acabado de sair de quatro anos de guerra devastadora. Muitos dentro do serviço público, as classes abastadas e a elite governante ainda nutriam uma forte afinidade com a eventual restauração da monarquia, e, portanto, se opuseram a qualquer reforma substancial ao sistema parlamentar (SKACH, 2005: 31). Outrossim, a Constituição foi fortemente associada ao Tratado de Versalhes, que obrigou a Alemanha a aceitar a plena responsabilidade pela guerra e, talvez, o que foi ainda mais problemático, compensar as potências aliadas e associadas pelo dano infligido a suas populações civis (SKACH, 2005: 31). Assim, essas restrições internacionais e socioeconômicas, bem como a persistência de forças antidemocráticas, ideologias e diversas clivagens sociais, eram obstáculos na transição da Alemanha para uma democracia plena, e, sem dúvida, complicou a fundação da República (SKACH, 2005: 32). Os efeitos da hiperinflação e da depressão do final dos anos 1920, os pagamentos de indenização aos aliados, e os numerosos erros políticos, conspiraram contra o sistema de Weimar para a duração da República.

Ainda que tenha avançado muito na seara de direitos fundamentais, a Constituição de Weimar nasceu com dois problemas “congenitos” (explorados pelo gabinete de Papen, e, posteriormente, nazistas) que colaboraram para seu fracasso em proteger o *Rechtsstaat* – a) sistema de representatividade proporcional; b) poderes presidenciais.

Um sistema eleitoral justo, com base na proporcionalidade estrita, com a inclusão das mulheres, era uma exigência histórica do *Sozialdemokratische Partei*, desde seu programa de Erfurt de 1891 (FEUCHTWANGER, 1995: 44), e, portanto, tornou-se um componente essencial da Constituição de Weimar. Argumenta-se que o método preciso pelo qual os assentos foram alocados contribuiu para que houvesse incapacidade de criar governos de coalizão, o que foi capitalizado pelos inimigos do sistema de Weimar. A distribuição de cadeiras entre os partidos políticos no *Reichstag* era quase exatamente proporcional ao percentual de votos obtidos por esses partidos nas eleições.

Esta fraqueza do sistema eleitoral foi aproveitada em benefício de extremistas, em especial os nazistas. O próprio Goebels se refere ao aludido sistema e suas consequências como “a estupidez da democracia”.

“The NSDAP derived great advantage from the election of even a dozen or so of its members to the Reichstag and of several score of them to the parliaments of the Lander. These deputies had little interest in the work done by the parliaments to which they belonged. Instead they devoted most of their time to the agitation for their party” (HERMENS, 1972: 228).

Todavia, o problema maior certamente foi o dos poderes presidenciais, os quais foram analisados ostensivamente na celeuma entre Kelsen e Schmitt. O Presidente da República de Weimar possuía amplos poderes constitucionais (funcionava como um *Ersatz*, substituto, do *Kaiser*), o que em grande medida prejudicou a posição do *Reichstag*. Por outro lado, o fracasso em estabelecer coligações majoritárias dentro do *Reichstag*, capazes de tomar decisões importantes,

evidência que a ação presidencial tornou-se eventualmente necessária. No entanto, um outro problema surgiu quando as partes, ao verem a capacidade do Presidente para governar independentemente da legislatura, retiraram-se das posições de responsabilidade, agravando assim os problemas existentes. Argumenta-se que, por causa das limitações mínimas colocadas sobre o gabinete presidencial, era possível mover a República de Weimar distantemente do sistema parlamentar. O constituinte originário entendia, contudo, que a presença do Presidente com amplos poderes traria equilíbrio à balança de poder.

“According to the intention of the Constituent Assembly, the President of the Reich was conceived of as a democratic counterweight of parliamentary omnipotence in order to avoid the excesses of French “absolute parliamentarism”, “inauthentic parliamentarism”. These two authorities, the legislature as well as the President, originate from the same source, that is, from the will of the people. Because of that, we have the guarantee that if the will of one these supreme organs go astray in some direction, the other could correct it. We wind up therefore having, in the person of the President, a counterweight to the omnipotence of the Reichstag.” (Discurso do Deputado Constituinte Ablass *apud* SKACH, 2005: 43)

Dos poderes atribuídos ao cargo de Presidente neste sistema os mais importantes foram os previstos no artigo 48, que autorizava o Presidente a usar a força quando a segurança e a ordem pública são seriamente perturbadas ou ameaçadas de extinção. Este artigo era a grande Esfinge da Constituição de Weimar – ele colocava um questionamento ao intérprete, e a resposta errada poderia causar a destruição da República – “quem *deveria ser* o Guardião da Constituição?”.

## Metonímia constitucional

Carl Schmitt entendia que a modernidade tornava toda unidade ontológica e axiomática, e aparentemente monolítica, em partes representativas em sinédoques, metonímias (MARDER, 2010: 113), o que, para ele, eram abusos deste *Zeitgeist*. Para Schmitt, quando se trata da Constituição, os abusos metonímicos da modernidade são intensificados, ocasionando mistificações ontológicas e históricas. A mais grave ocorre a nível ontológico, podendo tomar feições de uma redução positivista e empirista do direito constitucional. A Constituição (como unidade) e direito constitucional (como conjunto de detalhes e teorias) se prestam tacitamente como equivalentes e confundidos um com o outro (Schmitt, 1996: 68).

Ocorre, por conseguinte, uma sinédoque monstruosa paralela à substituição da legitimidade, em sentido amplo, pela legalidade (MARDER, 2010: 113). Assim como as metonímias de direito e legalismo positivista, o chamado “direito constitucional” significaria uma coleção de estatutos diferentes que atendem à demanda de uma Constituição escrita (Schmitt, 1996: 69).

O conceito formal e positivista de Constituição se apegaria, para Schmitt, a um conjunto fundamental de estatutos escritos, dissolvendo sua unidade existencial

de *pouvoir constituant* em um conglomerado aleatório de detalhes objetivos empiricamente identificáveis (MARDER, 2010: 113). Pode-se argumentar que, em sua crítica, Schmitt não questiona a dicotomia do espírito e da letra do texto e, previsivelmente, prioriza a idealidade da primeira sobre a materialidade do último (MARDER, 2010: 113, 114).

O menosprezo de Schmitt acerca da Constituição escrita, semelhante a uma desconstrução derridiana<sup>8</sup>, detectará o proposital esquecimento do corpo significativo da informação presente na Carta Magna, o qual tem sido repetidamente desconsiderado na história da filosofia ocidental, em especial na modernidade (MARDER, 2010: 113). Schmitt despreza a escrita, mas sim, ele está interessado nas condições existenciais de possibilidade para a produção textual da Constituição, graças à decisão sobre a forma de vida política do Estado e, em geral, o poder decisório da Constituição que é irreduzível, difuso, e empiricamente inacessível. É impossível descobrir o que estrutura a Constituição como uma unidade, sem reduzir, fenomenologicamente, o estatuto escrito fundacional ao estrato da decisão política pressuposta (MARDER, 2010: 113). Para a sua validade como uma regulação normativa, cada estatuto, até mesmo o direito constitucional, em última análise, precisa de uma decisão política, que seria anterior a ela, uma decisão que oriunda de um poder ou autoridade que existe politicamente *a priori* (Schmitt, 1996: 76).

O decisionismo que determina o sentido absoluto da Constituição (e, por extensão, as normas em concordância), segundo Schmitt, é pretérita temporal, lógica, e fenomenologicamente, o que quer dizer que precedente em absoluto à codificação constitucional, funcionando como uma *conditio sine qua non* a positivação, fornecendo a camada existencial para a fundação de estipulações jurídico-legais (MARDER, 2010: 114). O Estado de Direito não poderia julgar a si mesmo, a Constituição, também não, sendo caracterizada como subjetividade política ativa (MARDER, 2010: 114).

Essa metonímia do direito constitucional se espalha até a própria noção de Estado de Direito (*Rechtsstaat*), o qual, por sua vez, obstaculiza o pleno funcionamento do Estado, em detrimento da sociedade, conforme fazia, segundo Schmitt, a Constituição de Weimar.

“Assim, ele [o *Rechtsstaat*] possui um caráter negativo, ao impor ao Estado um não agir, a fim de possibilitar à sociedade se autorregular, desenvolvendo a liberdade pessoal dos cidadãos bem como a propriedade privada. Logo, ele não pode ser caracterizado como uma forma política, ou seja, não é uma decisão. Aqui se percebe o caráter normativo do *Rechtsstaat*, uma vez que ele tenta amenizar o caráter político da Constituição, na medida em que diminui a esfera de atuação estatal, trazendo para o seio da sociedade vários temas antes de responsabilidade do Estado” (MACHADO: 2013: 44).

<sup>8</sup> Trata-se da crítica de Derrida à cultura ocidental, entendida como logocêntrica, isto é, baseada em um racionalismo pretensamente universal. (HILL, 2007: 55).

Schmitt defende sua tese na esfera jurídica, mas também faz proposições ao que critica ao argumentar pela “desmetonimização” do binômio liberal “Constituição/Direito Constitucional” que o sistema de Weimar impôs ao Estado Alemão. Schmitt ancora seu argumento na defesa da Constituição enquanto “unidade política”, “existência política”, ou “vontade política existente”, e assim restitui à Carta Magna seu caráter político, sendo apenas ele o responsável pela unidade e ordem do diploma legal.

“When, conversely, constitutional details overstep their limits and turn into a *synecdoche* for constitutional unity, when the system of law aspires to take over the totality of political existence, the constitution disintegrates, or, at the very least, gradually exhausts itself in everything that springs forth from it. Constitution-making power renders possible the very constitutional arrangement that violates its own conditions of possibility. Faced with this problem, Schmitt resolves to reanimate this dying impulse in a perpetual reconstitution of the political unit “as something emerging, as something always arising anew, and, therefore, in politics as a realm of becoming. Given that, in the absolute sense, the state does not have a constitution, which would be detachable from its political existence, but is its constitution, the recurrent re-activation of the original decision and the state structures it subtends is, simultaneously, a reconstitution of the constitution itself. By “reconstitution,” then, I do not mean an unavoidable change in the basic decision on the form of political life, swapping a monarchist constitution for a liberal-bourgeois once every four year” (MARDER, 2010: 114).

Embora possa, por vezes, parecer advogar pela revisão dos princípios básicos do *Ancien Régime*, na verdade o retorno à decisão política original, que é a “substância da Constituição” (Schmitt, 1996: 78), é o argumento principal em seu desiderato acerca do Guardião da Constituição. O Constitucionalismo de Schmitt é um “caso de política” (MARDER, 2010: 115), de tal sorte que todas as possibilidades decisionistas e políticas estão sempre abertas à eventual autoexpropriação e existência infundada.

## Considerações finais – crise, debate e colapso do constitucionalismo

A questão da Guarda da Constituição em Weimar teve seu capítulo final, conforme supra comentado, após o chamado “Domingo Sangrento de Altona”, todavia, houve precedentes à discussão que se encerraria em 1932.

“No ano de 1925, a República de Weimar vivia um sério momento de instabilidade econômica. O Legislativo não possuía consenso sobre as ações a serem tomadas na contenção da crise, e nem o Executivo, através da Chancelaria do Reich conseguia implementar medidas eficazes à superação do caos. Nesse cenário, o Presidente do *Reichsgericht*, Walter Simons, envia uma carta confidencial ao então Ministro da Justiça,



dizendo que a experiência da Suprema Corte dos EUA mostrou que a revisão judicial poderia ser um controle efetivo da soberania popular. Na esteira da observação de Simons, o *Reichsgericht* prolata um acórdão em 4 de novembro de 1925, no qual afirma sua competência para a declaração de inconstitucionalidade de leis (...). Por outro lado, o *Staatsgerichtshof*, em uma decisão datada de 15 de outubro de 1927, se proclamou o Guardião da Constituição o que significa dizer que suas interpretações sobre questões constitucionais controvertidas eram definitivas. Ele exerceria, portanto, o controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, ou seja, o controle abstrato. Contudo, em dezembro de 1928, o governo do Reich, em uma manobra política, reclamou a guarda da Constituição, não encontrando nenhuma resistência por parte dos juizes do *Staatsgerichtshof*, que, implicitamente, reconheceram sua posição subordinada às decisões constitucionais do governo” (MACHADO: 2013: 69).

Quanto a comparação do *Reichsgericht* com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Schmitt a afasta sob o argumento de que as condições político-históricas são muito diversas entre os dois países (SCHMITT, 1983: 44). Na outra vertente, ou seja, concernente ao papel do *Staatsgerichtshof*, Schmitt desqualifica a chamada “Experiência Austríaca”, pois a matriz normativista ensejaria uma confusão entre legislação e justiça (SCHMITT, 1983: 33), reiterando sua tese de metonímias da modernidade.

A posição ambígua de Schmitt ao sistema constitucional de Weimar era evidenciada por sua interpretação dos poderes ditatoriais do Presidente da República de Weimar, nos termos do art. 48 da Constituição de Weimar (DYZENHAUS 1997a: 70). Ao assimilar a defesa da ideia do Presidente como um ditador soberano, Schmitt defendeu uma interpretação extensa da autoridade do Presidente que, na verdade, submeteria todos os direitos constitucionais à interferência discricionária do Executivo liderado pelo Presidente (SCHMITT, 1994: 212). Entendia-se que, em grande medida, os direitos liberais seriam respeitados, tendo em vista que o povo alemão tinha optado por uma Constituição liberal, mas apenas na condição de que a ordem pública e a segurança fossem asseguradas. Para Schmitt, as liberdades individuais, mesmo quando garantidas constitucionalmente, deveriam ser consideradas como concessões do Estado para o indivíduo, pois estariam sujeitas, em última instância, à suspensão através de uma decisão soberana sobre a exceção (SCHMITT, 1996: 80, 156).

Um tribunal constitucional, Schmitt argumentava, teria que limitar-se a casos incontroversos em que o direito constitucional fornece orientação determinada, ou, então, deveria tomar para si a responsabilidade de determinar a identidade política do povo. Mas, permitir que um tribunal assumisse essa responsabilidade seria, na visão de Schmitt, uma usurpação ilegítima do poder constituinte do povo, tanto quanto uma tentativa de trazer uma mudança constitucional fundamental através de mera alteração formal do texto constitucional (SCHMITT, 1983: 48). A maneira de evitar tal usurpação era relegar a guarda da Constituição ao Presidente da República.

“Como defensor da Constituição, Schmitt idealiza uma instituição que esteja no mesmo nível dos possíveis litigantes, se apresentando como um terceiro neutro escolhido pela via plebiscitária, representando a unidade da comunidade política, além de possuir, no exercício de suas funções, independência para intervenção nos direitos previstos na própria Constituição. A partir disso, percebe-se que a defesa de Schmitt acerca da legitimidade do Presidente para a defesa da Constituição se fundamenta em três bases: (i) o Presidente era visto como o *pouvoir neutre*, nos termos propostos por Constant; (ii) como representante da unidade política, possuindo independência para defendê-la; (iii) era escolhido pelo método plebiscitário” (MACHADO: 2013: 75).

Schmitt aparentemente esperava que, ao longo de anos de relativa estabilidade trazida pela ditadura presidencial em defesa da Constituição existente, poderia ser suficiente para criar uma condição de normalidade, que permitiria o funcionamento da República. Mas essa esperança seria frustrada com a crise final da República de Weimar. Os escritos de Schmitt durante essa crise começaram a flertar com a ideia de que o Presidente deveria tentar assumir um papel muito mais próximo a uma ditadura soberana integral, além do que era previsto pela própria interpretação constitucional do artigo 48. Ensaiaava-se um projeto de transformação autoritária e legítima da Constituição positiva (SCHMITT, 2004: 94). Esse projeto fracassou em parte quando da ascensão nacional-socialista ao poder, através do tipo de abuso de processo constitucional que o próprio Schmitt tinha advertido (KENNEDY, 2004: 183).

Depois de um breve período de hesitação, Schmitt ofereceu seus serviços como assessor legal para os nazistas. Ele teve o cuidado de enfatizar que o *Machtergreifung*<sup>9</sup> equivalia a uma verdadeira revolução, apesar de sua forma aparentemente legal, para manter a coerência com sua visão de que a Constituição não pode submeter-se a uma mudança fundamental por meio de mera alteração formal. Todavia, ele foi célere em traduzir sua teoria identitária da democracia para o léxico nazista e começou a defender uma teoria institucionalista de lei que deveria tomar as feições da forma autêntica da vida do povo alemão de que os nazistas supostamente restaurariam (SCHMITT, 2004b: 89). O movimento nacional-socialista, na visão de Schmitt, conseguiu orquestrar um exercício do poder constituinte e a criação de uma nova Constituição, estando disposto a fazer distinções intransigentes entre os alemães verdadeiros e os seus inimigos internos e externos. Dados os termos nos quais ocorreriam o *Machtergreifung*, a teoria política e constitucional de Schmitt sugeriria que o governo de Hitler era perfeitamente legítimo (DYZENHAUS, 1997a: 101).

“O Führer, atuando como soberano, cria e extingue o direito conforme o perigo enfrentado pelo Reich alemão. Desse modo, a liderança (*Führertum*) exercida pelo Führer se confunde com a judicatura (*Richtertum*), pois, é o próprio Führer quem julga o que é o estado de exceção e nele legisla como representante/líder que exprime a unidade do povo alemão. Logo, o direito permanece à

<sup>9</sup> Termo usado na historiografia para se referir a “tomada do poder” pelo Partido Nazista na República de Weimar em 30 de janeiro de 1933.

disposição do *Führer*, de modo que até mesmo as conquistas iluministas do direito penal não mais existiriam. Há um regresso do direito penal do fato ao direito penal do autor, de modo que se esvai o princípio da legalidade, em prol do agravamento do princípio da culpabilidade” (MACHADO: 2013: 78).

De forma quase profética, a agudização da teoria schmittiana e sua práxis, Kelsen centrava sua crítica no argumento de que a função política da Constituição seria a de limitar os poderes políticos, significando, por conseguinte, segurança de que os limites entre os poderes constituídos não fossem ultrapassados (KELSEN, 2007: 239, 240).

Kelsen desqualifica o argumento schmittiano concernente ao “*pouvoir neutre*” e sua conseqüente guarda constitucional, dizendo que sua obra (*Der Hüter der Verfassung*) tira “do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça (...) a fim de utilizar esse já bem empoeirado adereço cênico” (KELSEN, 2007: 243). Nesta seara, Kelsen assevera a Schmitt e a seus intérpretes/seguidores qual era o real *animus* do Constitucionalismo Clássico face ao monarca, outrora absoluto.

“Kelsen se opõe a Schmitt quanto ao fato do Chefe de Estado ser o protetor da Constituição e, lembra que, o que se almejava era, na verdade, a proteção da Constituição contra violações por parte de quem mais a ameaçava, o monarca, o chefe do executivo. Por essa motivação, tornava-se muito difícil declarar abertamente o objetivo político de retirar o poder do monarca e não possibilitar que a Constituição pudesse ser usada contra ele, assim, escamoteava-se a argumentação de que este viria a ser seu guardião quando, na verdade, era dele que a Constituição era protegida” (LORENZETTO, 2009: 1934).

Paralelamente a este primeiro forte argumento, Kelsen critica a distinção feita por Schmitt entre “funções políticas” e “funções jurisdicionais”, asseverando a polissemia dos significantes, bem como a sobreposição fática de ambas enquanto *praxes* (KELSEN, 2007: 250). Fica claro que essa distinção feita por ambos os pensadores possui raízes em suas epistemologias, conforme visto anteriormente, em especial no que concerne ao papel do direito no *locus* político-democrático. A própria noção do conflito a ser decidido, o colocaria, segundo Schmitt, no âmbito político, em detrimento de análises jurídico-legais. Kelsen interpreta esse entendimento de Schmitt, como uma (incorreta e injustificada) transferência do Direito Internacional para o Direito Nacional, enxergando, em tese duas espécies de conflitos, “*justiziabile*” e “*nicht justiziabile*”, sendo que estes pela incapacidade de arbitragem, seriam solucionados pela política e pelo soberano (KELSEN, 2007: 252). Para Kelsen, qualquer problema, inclusive os políticos, podem e devem ser apreciados pelo Judiciário quando provocado, sem prejuízo de juízos políticos ou jurídico-legais, que se sobrepõe e se confundem no caso concreto.

Em Weimar *venceu* Schmitt, e, no Ocidente democrático, após a queda do III Reich, *venceu* Kelsen. Todavia, apesar de conclusões equivocadas e *práxis* abjeta, a teoria de Schmitt permanece como um importante contraponto aos excessos e aos eventuais acriticismos à Instituição da Jurisdição Constitucional. De maneira

semelhante, o que foi teorizado por Kelsen tomou formas e funcionamentos diversos do que fora originalmente pensado, inclusive servindo a regimes autoritários, a despeito das convicções políticas e filosóficas do mestre de Viena. É sobre esta tensão que o presente estudo leva as questões até aqui apresentadas às prementes questões hodiernamente suscitadas, quais sejam, legalidade, legitimidade e limite da Jurisdição Constitucional.

## Referências bibliográficas

- BENDERSKY, Joseph.W. *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*. Princeton: Princeton University Press, 1983.
- DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997a.
- DYZENHAUS, David. “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?” In. *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, março. New Hampshire: The American Political Science Association, 1997b.
- FEUCHTWANGER, Edgar Joseph. *From Weimar to Hitler; Germany 1918-1933*. Basingstoke: Macmillan, 1995.
- HERMENS, Ferdinand. *Democracy or anarchy? – A Study of Proportional Representation*. New York: Johnson Reprint, 1972.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press, 2004.
- LAGI, Sara. “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”. In. *Co-herencia* vol. 9 n. 16. Medellín. 2012. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-5887201200010001>. Acesso em 20 de junho de 2013.
- LESSA, Renato. *Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. “O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição”. In. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: Conselho Nacional de Pesquisa em Direito*, 2009.
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Arendt e Schmitt – Diálogos sobre a política*. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2013.
- MARDER, Michael. *Groundless Existence: The Political Ontology of Carl Schmitt*. Londres/Nova Iorque: Continuum International Publishing Group, 2010.
- MEHRING, Reinhard. *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. Munique: C.H. Beck, 2009.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SCHMITT, Carl. “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung”. In *SCHMITT, Carl. Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.
- SCHMITT, Carl. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger Publishers, 2004b.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996b.
- SCHWAB, George. “Progress of Schmitt in the English-Speaking World”. In. *QUARITSCH, Helmut [org.]. Complexio Oppositorum Über Carl Schmitt*. Berlin/Speyer: Duncker und Humblot, 1988.
- SKACH, Cindi. *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law In Weimar Germany And The French Fifth Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

# Filosofia do direito: para uma reformulação discursiva do imperativo categórico e do conceito de Esclarecimento em Kant

---

Clara Maria C. Brum de Oliveira<sup>1</sup>

## Resumo

Neste estudo, analisou-se a relação entre o esclarecimento e o imperativo categórico para avaliar a hipótese segundo a qual o imperativo, sobretudo na sua segunda formulação, poderia ser tomado como um princípio do esclarecimento. Ressalte-se a especificidade da segunda formulação, que consiste em introduzir o conceito do ser humano como fim em si, e mostrar que o imperativo não existe em função de si mesmo, mas do processo de esclarecimento interior e da autorrealização do ser humano enquanto sujeito moral autônomo. O objetivo condutor desse terceiro capítulo foi a compreensão de que a referência virtual ao outro, existente no imperativo, o transforma na condição necessária para o desenvolvimento de uma consciência moral dialógica.

**Palavras-chave:** O imperativo categórico e o esclarecimento; um conceito *quasi* comunicativo de moral.

## Abstract

This study examined the relationship between enlightenment and the categorical imperative to evaluate the hypothesis that the imperative, especially in its second formulation, could be taken as a principle of enlightenment. Emphasize the specificity of this second formulation, which is to introduce the concept of the human being as an end in itself, and show that there is no imperative for its own sake, but the process of enlightenment and inner self-realization of human beings as autonomous moral subject. The purpose of conducting this third chapter was the realization that virtual reference to the other, the imperative exists, turns on the necessary condition for the development of a moral conscience dialogue.

**Keywords:** The categorical imperative and clarification; a quasi communicative concept of morality.

---

<sup>1</sup> Advogada; Mestre em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998); Especialista em Mediação Pedagógica em EAD – PUC/RIO (2010); Pós-graduada em Filosofia Contemporânea pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001); Bacharel em Comunicação Social – Faculdades Integradas Hélio Alonso (1990); Bacharel e licenciada em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000); Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2004); exerce o magistério superior nas modalidades presencial e a distância. Endereço Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2000062113086870>.

## Introdução

Com este trabalho, analisa-se o sentido do conceito de *esclarecimento*<sup>2</sup> na filosofia moral kantiana, numa reflexão sobre o ser humano e a história de sua liberdade, no horizonte do imperativo categórico. *Esclarecimento* foi um conceito definido por Kant como “a saída de uma menoridade autoimputável” (Bw A481) e o conceito de liberdade, nesse contexto, é aquele que permite ao ser humano a possibilidade de construir racionalmente seu próprio destino, conceito que se tornou central no período moderno.

Essa reflexão sobre a moral kantiana pretende fornecer as bases para que se possa avaliar a hipótese, segundo a qual o imperativo categórico, formulado na *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), poderia ser tomado como um princípio do esclarecimento. Na formulação única do imperativo categórico, Kant diz: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (Gr BA52). A primeira formulação a partir dessa versão única prescreve: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (Gr BA52). Já a segunda formulação determina: “Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (Gr BA66-7). E a terceira que afirma: “Age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)” (Gr BA83-4).

Considera-se especialmente, nessa reflexão, a segunda e a terceira formulações do imperativo, uma vez que implicam direta e explicitamente o conceito de autonomia. A autonomia, segundo a leitura kantiana, vai despertar em cada um a consciência de agir por dever de obedecer à lei, que o sujeito reconhece ter sido instituída por ele mesmo. Essa obediência se torna algo natural e faz parte da sua existência como ser racional.<sup>3</sup>

Procurou-se, ainda, evidenciar que o imperativo categórico poderia ser considerado como uma preparação do ser humano para a sua participação no mundo social, uma vez que incentiva uma referência virtual aos outros. Além disso, intencionou-se mostrar se existe ou não a possibilidade de essa referência virtual ao outro ser considerada como o caminho para o desenvolvimento de uma consciência dialógica. Porque, ao incentivar o uso autônomo e esclarecido da razão, Kant incentivou, simultaneamente, a sua utilização na esfera pública.

Com isso, pretende-se buscar os elementos da ética kantiana que apontam o imperativo como um princípio possibilitador do desenvolvimento de uma ética

<sup>2</sup> A utilização corrente da palavra esclarecimento, como tradução do termo alemão *Aufklärung*, se justifica por expressar com maior perfeição o sentido que o próprio I. Kant deu a este termo num texto célebre chamado: “*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*”, publicado no periódico alemão *Berlinische Monatsschrift*, em novembro de 1784. Portanto, o termo Ilustração fica reservado exclusivamente para designar a corrente de ideias que floresceu no século XVIII. Cf. nota do tradutor do texto: KANT, I. “*Resposta à pergunta: que é esclarecimento?*” (1783) In: *Textos Seletos*. Edição bilíngue. Petrópolis: Editora Vozes, 1974, p. 100. Cf. também nota preliminar do tradutor Guido de Almeida em ADORNO, T. e HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991, pp. 7- 8, a distinção entre os termos Iluminismo e Ilustração sugerida por ROUANET, S.P. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo, 1992, p. 28 e a relação entre o conceito de esclarecimento e o sentido de progresso ressaltado por BICCA, L. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 49.

<sup>3</sup> LEBRUN, G. “Uma Escatologia para a Moral” In: I. Kant. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 77.

argumentativa. O que implica dizer que, de alguma forma, a investigação de Kant sobre as condições de possibilidade da moral se torna um pressuposto de uma ética argumentativa.

A relevância da questão tematizada tem como ideia inicial o reconhecimento de que talvez seja impossível desenvolver uma teoria ética que não se comprometa de alguma forma com um resgate crítico de Kant.

Um resgate dos conceitos de liberdade, esclarecimento, lei moral e autonomia. Esse resgate nos permite identificar seus limites e oferecer uma compreensão mais ampla do projeto do esclarecimento. Essa compreensão mais ampla pode ser um caminho alternativo para a superação da visão crítica radical contra o projeto da razão iluminista; visão que contribuiu muito para a desqualificação da ética e da política no mundo contemporâneo.

Mostrar Kant como um filósofo que abriu um novo caminho no campo da ética, exige a compreensão da importância do seu rompimento com o paradigma da tradição grega e medieval, suas consequências e, sobretudo, a compreensão da importância de alguns elementos que, de certa maneira, podem ser tomados como uma antecipação de uma fundamentação dialógica da ética, pois, ao se analisar algumas teorias éticas contemporâneas. Conceitos como liberdade enquanto autonomia e universalidade, entendida como aquilo que deve necessariamente interessar a qualquer pessoa.

Assim, lendo as obras que compõem o conjunto de sua filosofia moral, podem-se identificar os elementos que já prenunciavam a superação do paradigma da consciência individual, por uma consciência dialógica.

Virtualmente, o ser humano já se colocaria na esfera social através do imperativo categórico, que requer o sentimento de respeito em relação a todos os seres racionais. O imperativo exige que se compreenda que o seu exercício é a própria condição de possibilidade da existência do esclarecimento.

O sujeito desse exercício vai desenvolver a capacidade de compreensão da responsabilidade de suas ações perante toda a sociedade. Essa autocompreensão é o próprio esclarecimento. Isso é possível, mesmo que, a princípio, o imperativo se apresente sob a aparência de uma imposição.

Para os modernos e, conseqüentemente, Kant, a defesa de um espaço público livre seria a garantia do fundamento de sua filosofia moral, ou seja, do exercício da liberdade, onde seria possível a comunhão com os outros através da publicidade do raciocínio.<sup>4</sup>

Assim, estaria também garantida a possibilidade de se atingir graus cada vez maiores de esclarecimento. O interesse em relação aos outros ocorre, mas não há em Kant mudança de perspectiva do pensamento monológico para a fundamentação dialógica das normas. A investigação se mantém nos limites da busca por critérios de legitimação das máximas.

De qualquer maneira, é relevante uma releitura de Kant, uma reconstrução que não significa uma mera apreensão descritiva de sua teoria, mas um exame crítico e uma ordenação reorganizadora dos elementos apreendidos, de sorte que sua contribuição para as teorias atuais possa ser ressaltada.

Nesse horizonte, pretende-se demonstrar a relação necessária que existe entre o imperativo e o conceito de esclarecimento, e investigar se essa relação também é suficiente para o desenvolvimento de uma consciência dialógica. Essa

<sup>4</sup> HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 143.

possibilidade pode ser explorada na medida em que se percebe que, por um lado, o imperativo nos remete a um ser que monologicamente é capaz de julgar de forma moralmente correta e, por outro, aponta para uma relação (virtual) com uma comunidade de seres racionais.

A validade universal do imperativo é, portanto, o ponto de interseção entre a consciência monológica e a consciência dialógica. Com isso, inevitavelmente pensa-se num novo paradigma, o paradigma da comunicação, presente em uma das correntes mais importantes da nossa contemporaneidade: a ética do discurso, desenvolvida por J. Habermas<sup>5</sup>. Este autor reformulou a teoria moral de Kant desenvolvendo uma teoria comunicativa de fundamentação das normas com a tarefa de destacar o conteúdo normativo de um uso da linguagem orientado para o entendimento.

## Kant e o princípio moral do esclarecimento

### O imperativo categórico e o esclarecimento

É inquestionável que o ser humano precisa ter consciência sobre sua vida moral; e, para isso, é necessária a clareza de pensamento, exatamente na medida em que contribui para o reconhecimento de seu próprio poder mental. O problema é que o juízo moral é uma aquisição tardia, já que não se estabelece na memória, mas passa necessariamente por um processo de interiorização de valores que permitem aprimorar o seu discernimento moral.

256

Por conseguinte, uma educação preocupada em incentivar o pensar por si mesmo fornece as condições sem as quais não seria possível fazer julgamentos morais adequados, porque o discernimento moral não pode ser imposto, mas sim estimulado e vivenciado por cada um na vida quotidiana. Kant conseguiu provar que o entendimento comum é capaz de realizar juízos morais na vida quotidiana. Basta que o ser humano seja livre para fazer uso de sua razão em todas as questões. Nas palavras de Kant,

“Em uma palavra a veracidade no interior do que o ser humano se confessa a si mesmo e em conjunto com o comportamento de todos os demais, convertida em máxima suprema, é a única prova de existir no ser humano a consciência de ter um caráter; e como tê-lo é o mínimo do que se pode exigir de um ser humano racional, mas em conjunto com o máximo do valor intrínseco (da dignidade humana), o ser humano de princípios (ter um caráter determinado) há de ser possível à mais vulgar razão humana e, por isso, superior em dignidade ao maior dos talentos” (Anthr 242).

A teoria moral de Kant se propôs a executar a tarefa de estimular o pensamento através da reflexão exigida pelo imperativo categórico. Este funciona, portanto, como uma bússola capaz de orientar o pensamento para decisões e juízos mais precisos e perfeitos. Nesse aspecto, é fundamental a interação social, pois estimula a reflexão sobre as regras de seu funcionamento. “O ser humano tem uma inclinação para associar-se porque se sente mais como ser humano num tal

<sup>5</sup> Para um estudo sobre a trajetória do pensamento de Jürgen Habermas, sugiro a leitura do primeiro capítulo de ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo, Loyola, 1996.



estado, pelo desenvolvimento de suas disposições naturais” (Idee 13). Assim, o ponto em questão não é apenas possuir uma razão, mas sim uma razão madura capaz de motivar a agir segundo princípios éticos universais.

Trata-se de uma razão prática que tenha a seu serviço o poder de uma razão pura para ser verdadeiramente madura, ou seja, não viver mais na contradição juízo/ação. Isso exige uma escolha responsável, que não seja influenciada pelas dificuldades psicológicas provenientes das inconsistências oriundas da sensibilidade. Essa razão madura ultrapassa o simples julgamento do que é certo ou errado, e deve implicar uma vontade que age considerando sempre o raciocínio.

Por isso, Kant escolheu na *Fundamentação* iniciar a sua investigação referindo-se ao entendimento comum na suas mais simples experiências de vida, marcadas por antagonismos que funcionam como suporte para esse desenvolvimento moral, porque despertam o ser humano de sua natural preguiça e covardia (Idee 13). Kant acredita na importância de uma educação comprometida com a prática que estimula o uso do próprio entendimento, pois o ser humano “necessita de tentativas, exercícios e ensinamentos para progredir, aos poucos, de um grau de inteligência <Einsicht> a outro” (Idee 11).

O ser humano é naturalmente um ser complexo e, enquanto tal, a sua maturidade afetiva, o seu desenvolvimento cognitivo e o esclarecimento moral não acontecem necessariamente de forma paralela. A questão do esclarecimento moral está baseada na incapacidade de se sustentar em uma estrutura que incentiva a tutela em detrimento do pensar por si mesmo. Essa condição impede a compreensão dos fundamentos responsáveis pelos valores essenciais para a percepção moral.

O desenvolvimento humano e o desenvolvimento moral não ocorrem simultaneamente, nem são aquisições contínuas, mas funcionam a partir de estímulos para o aperfeiçoamento das capacidades cognitivas, visando relações sociais mais justas. Os princípios éticos universais, ou seja, a noção de justiça, a de reciprocidade e a de igualdade e respeito, não se apresentam desde sempre como objetos de consideração. Essa possibilidade falsamente presumida se torna inconsistente quando se pensa na verdadeira maturidade moral, que se desvela na relação entre o juízo e a ação.

Nesse aspecto, Kant, melhor do que ninguém, situou a liberdade como fundamento da moralidade, e somente a partir dela é possível o desenvolvimento da maturidade moral, que não implica unicamente o conhecimento do que é certo, mas sim o desenvolvimento do caráter, ou seja, da vontade de agir segundo o seu próprio modo de pensar.<sup>6</sup>

A partir desse desenvolvimento, “dão-se então os primeiros verdadeiros passos que levarão da rudeza à cultura, que consiste propriamente no valor social do ser humano; aí desenvolvem-se aos poucos todos os talentos, forma-se o gosto e tem início, através de um progressivo iluminar-se <Aufklärung>, a fundação de um modo de pensar que pode transformar, com o tempo, as toscas disposições naturais para o discernimento moral em princípios práticos determinados e assim finalmente um acordo extorquido patologicamente para uma sociedade em um todo moral” (Idee 13-14).

A educação, para Kant, pertence definitivamente ao sentido prático porque envolve a habilidade, a prudência e a moralidade, três aspectos fundamentais para

<sup>6</sup> WHELAN, M. e DUSKA, R. M. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia a Piaget e Kohlberg*. São Paulo, 1994, p. 13.

que o ser humano faça um bom uso da sua liberdade. A educação moral está ligada ao desenvolvimento do caráter, o que fica bem claro quando Kant reafirma que “ter simplesmente caráter significa esta propriedade da vontade pela qual o sujeito se liga a ele próprio por meio da sua própria razão” (Anth 139-140).

É exatamente nesse âmbito que a educação moral ou esclarecimento moral tem em Kant a finalidade de despertar a consciência de que não se deve agir por instinto, hábito, puro prazer, medo da punição ou recompensas, mas obedecer a sua própria razão. O ser humano não pode prescindir da vida social e para isso precisa se adequar aos padrões mínimos de uma boa convivência, o que o submete à sua finalidade racional. Todos podem e devem ser instruídos em diversas questões para adquirirem a habilidade. Mas a moralidade ressalta que não há possibilidade de padronizar as soluções para situações diferentes de vida.

A moralidade exclui o adestramento e reivindica o racional, no sentido de valorizar a reflexão e a liberdade. Quando Kant se refere, na *Fundamentação*, ao desenvolvimento do caráter moral, ele quer dizer simplesmente o que afirma mais tarde na *Antropologia*, que possuir um bom caráter significa “aquela propriedade da vontade por meio da qual o sujeito vincula a si mesmo a determinados princípios práticos que se prescreve por meio de sua própria razão” (Anth 238).

As afirmações de Kant sobre a pureza de intenções não parecem tão abstratas se vistas sob o prisma de uma teoria do desenvolvimento moral, pois o amadurecimento da razão permite que se processe naturalmente uma mudança de raciocínio. Essa mudança ocorre na saída de um ponto de vista preocupado unicamente com as consequências da ação, para um ponto de vista que está no nível das intenções do agente.

A vontade deve manter o domínio sobre si mesma sem correr o risco de cair em formas de heteronomia ou de automatismos de uma “vida pastoril arcádica” (Idee 14). A autonomia no sentido de uma liberdade dos constrangimentos próprios da heteronomia, que Kant definiu como liberdade no sentido negativo, é o ponto de partida para qualquer pretensão de desenvolvimento moral. Não se trata tão-somente de instruir o ser humano, mas de desenvolver verdadeiramente as suas capacidades. Esse sentido melhorista de Kant é o que representa o seu projeto do esclarecimento, enquanto proposta de um constante aperfeiçoamento da sociedade civil universal, a verdadeira finalidade do ser racional.

A outra maneira que Kant encontrou para definir o seu sentido de esclarecimento apareceu no texto *Ideia de uma história universal sob o ponto de vista cosmopolita* (A389-90), onde afirma que a natureza quis que o ser humano desenvolvesse em si tudo o que não se traduz no comportamento mecânico de uma existência animal, e que somente participasse da felicidade na medida em que essa fosse alcançada por seu próprio mérito, ou seja, livre das inclinações e usando plenamente sua razão. Assim, “todos os progressos da cultura através dos quais se educa o ser humano têm a finalidade de aplicar os conhecimentos e habilidades adquiridos para empregá-los no mundo, porém o objeto mais importante do mundo a que o ser humano pode aplicá-los é o próprio ser humano, porque é ele o seu próprio fim último” (Anth BAIII).

O sentido do imperativo categórico que Kant tentou mostrar quando afirmou a unidade moral da espécie humana na razão, atribuindo à sensibilidade um lugar secundário, foi o sentido da responsabilidade acerca do que provocamos no outro no uso do nosso próprio livre-arbítrio <Willkür>; por isso temos que aprender a

frustrar alguns desejos, mas não todos. É preciso adotar um ponto de vista universal para pensar-se a si mesmo como se se estivesse na posição do outro. Esse ponto de vista configura-se na perspectiva da liberdade que possibilita as relações com as pessoas; a liberdade me permite transitar de um ponto de vista particular para um ponto de vista universal. O imperativo exercita essa capacidade de abstrair-se de uma situação concreta, individualista, para um ponto de vista coletivo e entender-se como membro dessa coletividade; significa compreender-se como parte de uma comunidade onde todos têm os mesmos direitos e obrigações.

As formulações do imperativo categórico apresentam três pontos essenciais para o esclarecimento moral: a causalidade pela liberdade, o ser humano como fim em si e a ideia de um possível reino dos fins como uma comunidade de direitos. Na reflexão sobre a possível validade universal de uma máxima, não é relevante se alguém em particular pode discordar ou sofrer algum dano, mas sim se todos os seres racionais em geral podem aderir a essa máxima. Por isso, esse outro não é entendido como o diferente, no sentido platônico de uma existência contrária à minha, mas há uma identidade comum percebida na operação intelectual que reconhece a razão como autoridade máxima dos homens.

A razão é a autoridade máxima nos homens porque fundamenta o seu comportamento. A razão “é o princípio da liberdade, da autoridade; ela constitui a humanidade pura e a personalidade do ser humano, o que é objeto supremo de valor”.<sup>7</sup> Encontro no imperativo categórico: primeiro, a motivação para a ação moral através de um processo hipotético de universalização explícito, sobretudo, nas duas primeiras fórmulas e, segundo, a intenção de entender-se como membro de uma comunidade no qual visa-se primordialmente uma conduta social justa.

Na segunda formulação, Kant moveu a discussão para a ideia de pessoa e humanidade. Essas duas ideias assumem uma nova direção no seu pensamento, porque representam uma motivação muito particular para um comportamento moral. Mas o que significa afirmar que o ser racional possui a dignidade de pessoa? E como Kant estabeleceu a relação entre o sentido de pessoa (particular) com o sentido de humanidade (universal)? E, sobretudo, de que maneira essas duas ideias são fundamentais na afirmação da hipótese de que o imperativo categórico é um princípio do esclarecimento?

Considero em especial a segunda formulação do imperativo categórico, porque acredito que nela encontro o ponto essencial para o reconhecimento do ser humano como membro de uma comunidade. Nessa formulação, Kant introduz os termos humanidade e pessoa como fim em si, nos remetendo imediatamente ao sentido de universalidade, que rege o princípio da autonomia. Em particular, a noção de pessoa como um fim em si mesma me faz pensar no sentido de uma pluralidade de seres racionais livres e iguais, sem, no entanto, me conduzir ao conceito de alteridade. Posso denominar essa formulação de fórmula da reciprocidade, porque trata da noção de pessoa intimamente relacionada com o sentido de humanidade. A palavra humanidade, aqui, denota a unidade de todos os seres racionais, a partir da razão, ou melhor, da capacidade de pensar e agir por si mesmo. Nesse aspecto, todos são rigorosamente iguais, as suas diferenças estão na sensibilidade que, segundo Kant, está excluída do julgamento moral.

<sup>7</sup> ROHDEN, V. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 54.

P. Ricoeur<sup>8</sup> destacou a importância de se compreender a tensão que Kant estabeleceu entre a noção de pessoa e o sentido de humanidade, quando formulou a sua segunda versão do imperativo categórico. Na opinião de Ricoeur, a noção de pessoa como fim em si mesma tem a finalidade de equilibrar a noção de humanidade, uma vez que ela introduz na própria formulação a distinção entre um sujeito em particular que pensa o imperativo e a pessoa de qualquer outro. Essa sutil tensão entre o particular e o universal fica velada pelo critério de universalização, essencial a qualquer norma que tenha a pretensão de ser moralmente boa.

Uma pessoa é aquela que deveria pensar e agir conforme suas próprias ideias e, sobretudo, julgar a gravidade de uma ação a partir das intenções do agente, e não unicamente a partir das consequências materiais. A maturidade moral pode ser identificada nas razões adotadas para cometer ou não certas ações. Por isso, uma vontade que se pretende boa deve ser boa em si mesma, em sua própria intenção. É no âmbito das intenções que aparecem as razões que cada um julgou relevante e que, portanto, desvela as diferentes capacidades de percepção moral.<sup>9</sup> Cada um reconhece a sua dignidade e força, independente de tudo o que está sob o domínio da sensibilidade. O que realmente importa é o uso da razão, a capacidade de pensar e escolher por si mesmo, que promove as condições para o respeito recíproco, ofuscando as discriminações baseadas em situações particulares ou interesses de um grupo dominante.

Por isso, o esclarecimento moral não acontece na aplicação de uma regra como treinamento do caráter, mas sim por um princípio que exercita o raciocínio e exige uma transformação no seu próprio modo de pensar. É nesse horizonte que se obtém o respeito pela lei moral, porque esse processo desenvolve uma melhor capacidade de orientação mental no ser humano. As ideias fundamentais de humanidade e pessoa conferem um status privilegiado ao ser racional, nos remete à condição de igualdade, porque não considera a alteridade; e a noção de fim em si ou pessoa ressalta a insubstituibilidade do indivíduo.<sup>10</sup>

Rigorosamente falando, concordar com seu próprio juízo significa supor a adesão de todos os outros. Apesar de o imperativo categórico ser um exercício que se realiza na solidão do ser pensante, representa a pretensão de um comportamento correto em sociedade. Esta experiência do imperativo de pensar por si mesmo, constitui o momento primeiro, ainda que não consciente, de uma prática de reciprocidade, cooperação e bilateralidade. O ser humano vivencia, num primeiro momento, uma forma de submissão ao imperativo categórico, porque ainda não há o reconhecimento verdadeiro da autonomia enquanto autolegislação.

Os deveres possuem a aparência de serem impostos. Mas a adesão ao imperativo orienta o pensamento numa outra direção, que cria as condições de possibilidade para desenvolver a maturidade moral suficiente para diminuir essa aparência de coerção. Posso afirmar com boas razões que o imperativo é um princípio do esclarecimento. Ele expressa em si mesmo a máxima do esclarecimento e promove as condições de possibilidade do reconhecimento de princípios éticos universais.

<sup>8</sup> RICOEUR, P. "O si e a norma moral" In: *O si mesmo como um outro*. São Paulo: Papirus, 1991, pp. 237-280.

<sup>9</sup> DUSKA, R. e WHELAN, M. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia a Piaget e Kohlberg*. São Paulo, 1994, p. 54.

<sup>10</sup> C.f. RICOEUR, P. *O si mesmo como um outro*. São Paulo: Papirus, 1991, p. 265.

Algumas ideias são implicitamente estabelecidas por Kant, tanto na sua máxima do esclarecimento, quanto nas formulações do imperativo categórico. A primeira é a prioridade do ponto de vista deontológico sobre o teleológico quando afirma o cumprimento do dever pelo dever; a segunda, a questão das desigualdades no sentido da validade universal da máxima; e, por fim, o sentido de utilidade na ideia do ser humano com o valor de fim em si. Através do imperativo como princípio do esclarecimento moral, criam-se as bases fundamentais para uma humanidade emancipada.

O imperativo categórico existe, portanto, em função desse projeto que considera o ser humano como sujeito inacabado, que se desenvolve ao longo da vida nas relações que estabelece com outros homens, conduzindo-o necessariamente ao sentido de intersubjetividade. A consideração do ser humano como um ser moral torna inevitável a sua relação com o outro que o afeta constantemente.

O que confere sentido à hipótese de que o imperativo é um princípio do esclarecimento é a própria aplicação da máxima do esclarecimento, pensar por si mesmo, na fórmula mais geral do imperativo: age como se a sua máxima (pensar por si mesmo) pudesse ser erigida em lei universal. Essa possibilidade de universalização da máxima “pensar por si mesmo” é o que torna legítimo e realizável o esclarecimento. Assim, o conceito de esclarecimento em Kant satisfaz a exigência de seu próprio princípio. Fica, portanto, afirmada essa relação intrínseca entre imperativo e esclarecimento ainda nos limites do paradigma da filosofia da consciência.

### Um conceito *quasi* comunicativo de moral

O ponto de partida para a investigação acerca de um conceito *quasi* comunicativo de moral está em conceber legitimamente essa relação necessária que existe entre o imperativo categórico e o esclarecimento, entendido como o progresso do gênero humano para uma comunidade ética, que, a princípio, não é o objeto perseguido por uma conduta que se baseia no cumprimento do dever que a razão prescreve, mas a sua consequência imediata. Essa dependência recíproca entre o imperativo e o esclarecimento favorece a ideia de que alguns elementos presentes em ambos prenunciam a superação do paradigma da consciência moral individual por uma consciência moral dialógica.

Como já observei, a moral existe porque ela é o modo de agir do ser humano em relação aos outros homens. Ideia que implica a necessidade de limites às minhas ações e uma perspectiva de intersubjetividade, de sociabilidade ou comunidade. Por essa razão, não posso pensar o imperativo sem supor uma comunidade de seres igualmente livres. Esse procedimento individual exige que a minha máxima seja legítima somente na medida mesma de sua capacidade de universalização, a partir de uma referência virtual ao outro, o que não significa colocar-se na posição do outro, sendo este “outro” alguém em particular, mas sim elevar-se ao nível de todos os seres humanos reunidos em sociedade. O ser humano consciente de que é um fim em si, entende que a humanidade está representada na sua própria pessoa e na pessoa de qualquer ser humano.

O ser humano não pode ficar no nível da pura obediência<sup>11</sup>; ele precisa agir como um ser racional autônomo, que compreende a si mesmo como autolegisador

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1983, p. 146.

e identifica o outro nessa mesma condição. Essa maioria ou autonomia exige um processo de educação para desenvolver a capacidade de julgar.<sup>12</sup> A partir disso, será possível compreender que a sua obediência à lei representa, antes de tudo, a fidelidade a si mesmo e a toda a humanidade. Para Kant, o movimento da razão é sempre universalizante, porque agir segundo o imperativo categórico ou agir racionalmente significa a capacidade de articular-se com todos os seus semelhantes. Por isso, pensar a vontade como razão prática implica necessariamente em supor uma comunidade de homens não só com os mesmos deveres, mas também com os mesmos direitos.

O princípio da autonomia, enfatizando esse aspecto, rompe a mera subjetividade quando apresenta o valor do possível assentimento de todos os homens. O que propicia essa relação monológica-dialógica é exatamente o critério de universalização como postulado necessário para a legitimidade de uma ação.

Com essa referência virtual ao outro presente no imperativo categórico, Kant proporciona ao sujeito, ainda dentro dos limites do paradigma da consciência, o reconhecimento de que, no âmbito prático, a relação entre sujeitos é alargada. Dá-se sentido ao outro como subjetividade capaz de autodeterminação. “O outro emerge agora não em função de mim, da autodeterminação de minha subjetividade, mas antes como algo que tem sentido em si mesmo, um sentido incondicionado, que exige reconhecimento”.<sup>13</sup> A segunda formulação do imperativo categórico apresenta, nos conceitos de pessoa e humanidade, precisamente essa ideia, coincidindo com o que é afirmado a partir de um suposto reino dos fins ou comunidade ética. A referência virtual ao outro representa o primeiro elemento que contribui para o desenvolvimento das condições de existência de uma consciência moral dialógica.

O segundo é aquele que está no sentido do esclarecimento, ou seja, a liberdade de fazer um uso público da razão em todas as questões. Tal como disse Kant na *Crítica da razão pura*, “é mesmo sobre esta liberdade que repousa a existência da razão; esta não tem autoridade ditatorial alguma, mas a sua decisão outra coisa não é que o acordo de cidadãos livres, cada um dos quais deve poder exprimir as suas reservas e mesmo escrever o seu veto sem impedimentos” (KrV B766). Incentivar o uso livre da razão significa “submeter ao juízo público os pensamentos e as dúvidas, que ninguém pode por si mesmo resolver” (KrV B780).

O que interessa é a maneira como Kant, valendo-se da razão, ressalta como o ser humano deve se comportar diante dela, ou seja, não contradizer-se. É precisamente este argumento que me faz pensar nas três máximas do entendimento humano comum <*der gemeine Menschenverstand*> que aparecem em três obras distintas de Kant, a saber: a *Lógica*, a *Crítica da faculdade do juízo* e a *Antropologia*. Ao apresentá-las na *Lógica*, Kant lhes confere o *status* de condições universais para se evitar erros. As regras são: “1. Pensar por si mesmo, 2. Pensar colocando-se no lugar de outra pessoa, e 3. Pensar sempre de maneira coerente consigo mesmo. A máxima de pensar por si mesmo, podemos chamá-la de *esclarecida*; a máxima de se colocar no ponto de vista do outro, podemos chamá-la de *ampliada*; e à máxima de pensar sempre de maneira coerente consigo mesmo, podemos chamá-lhe a *maneira de pensar consequente ou cogente*” (Lo A84/AK57).

<sup>12</sup> “Educação é um processo judicioso”. BICCA, L. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 58.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Manfredo. *Ética e sociabilidade*. São Paulo, Loyola, 1983, p. 155.

Na *Crítica da faculdade do juízo*, Kant apresenta-as como um recurso para elucidar os princípios de sua crítica do gosto. Ele as formula da seguinte maneira: “1. Pensar por si mesmo; 2. Pensar no lugar de qualquer outro; 3. Pensar sempre em acordo consigo próprio. A primeira é a máxima da maneira de pensar *livre de preconceito* <*Vorurteil*>; a segunda, a da maneira de pensar *alargada*; a terceira, a da maneira de pensar *consequente*” (KU158). Depois, na *Antropologia*, Kant as compreende como máximas que conduzem à sabedoria e, portanto, assumem o *status* de mandamentos imutáveis. Nessa obra, elas se configuram da seguinte forma: “1. Pensar *por sua própria conta*. 2. Imaginar-se (ao comunicar-se com os demais) no lugar do *outro*. 3. Pensar o tempo todo de *acordo consigo próprio*.”

O primeiro princípio é negativo (*nullius addictus iurare in verba magistri*<sup>14</sup>), é o pensar livre; o segundo, positivo, é o do liberal <*liberalen*>, do que se acomoda aos conceitos dos outros; o terceiro, o do consequente” (Anth BA167). Essas três máximas, integralmente citadas nas suas três versões, permitem compreender em que sentido Kant pensa as condições fundamentais para realizar o seu projeto do esclarecimento. Em primeiro lugar, combater a heteronomia da razão e estimular uma verdadeira revolução no interior de cada um, para “a saída deste de sua merecida incapacidade” (Anth BA167).

Em segundo lugar, refletir sobre seus juízos a partir de uma perspectiva universal, ou seja, imaginar-se no ponto de vista dos outros. E, por fim, configura-se o terceiro momento na máxima da não contradição ou máxima da razão, que Kant utiliza para ressaltar que esclarecer-se é uma tarefa difícil e lentamente realizável (KU158). Assim, a máxima do pensar por si mesmo é a máxima do esclarecimento; o pensar no lugar de qualquer outro é exatamente o que recomenda o imperativo categórico; e pensar sempre de acordo consigo próprio é a exigência do uso da razão, ou seja, princípio da não contradição.

O parágrafo 40 da *Crítica da faculdade do juízo* é, entre todos, o ponto que melhor se presta para mostrar que é possível a consciência de uma intersubjetividade no sujeito monológico kantiano. Pois todo ser racional possui uma espécie de senso comum, ou seja, “uma faculdade de ajuizamento que em sua reflexão toma em consideração em pensamento (*a priori*) o modo de representação de qualquer outro” (KU 157). Para usar uma expressão do próprio Kant, senso comum significa um “sentido comunitário” <*gemeinschaftlichen*> ou mentalidade alargada. Esse movimento está no imperativo categórico e é feito *a priori*, em pensamento, onde o outro não está presente, a não ser de maneira hipotética.

O imperativo é o exercício desse pensar esclarecido, que não aceita ser guiado por outros, mas entra na perspectiva de todos os outros, na medida em que abstrai da sensibilidade e busca “um ponto de vista universal” (KU 159). Com isso, fica claro que a maneira de pensar alargada, o sentido de pessoa e humanidade, e a liberdade de fazer uso público da razão apontam o imperativo categórico não só como um princípio necessário para o esclarecimento, como já constatei, mas também como o princípio possibilitador das condições de desenvolvimento de uma ética argumentativa, porque silenciosamente incentiva o pensar no sentido comunitário. É a regra que vincula o sujeito particular com outros sujeitos, e isso se transforma no primeiro passo para um possível diálogo real.

<sup>14</sup> “Não obrigado a jurar pelas palavras de nenhum outro mestre”. Horácio, Epístolas, I,1,14.

A inexistência de um diálogo real na fundamentação das normas do agir do sujeito kantiano não denota uma ausência de referência aos outros. É inquestionável que o imperativo categórico não consente uma real e efetiva presença, mas converte-se numa presença virtual do outro, no qual a interrogação está estruturada numa indispensável compreensão das exigências de reciprocidade numa comunidade ética idealmente antecipada. Parece-me que Kant compreende o pensamento no sentido platônico de um diálogo interior e silencioso da alma consigo mesma.<sup>15</sup> Por um lado, posso encontrar uma dimensão dialógica e, ao mesmo tempo, encontro a realidade que é a solidão do pensamento, pois não há uma autêntica comunicação.

Assim, o imperativo categórico apresenta um procedimento que prenuncia uma prática intersubjetiva orientada para o entendimento, mas ainda limitada ao paradigma da consciência. Kant pode ser conduzido nesse horizonte de intersubjetividade principalmente se observada sua afirmação sobre a liberdade de pensar e a relação com a possível comunicabilidade dos pensamentos (Denk A325). Esta frase me permite entender o sentido que Kant atribui à palavra pensar. O pensar pressupõe uma interlocução, revela-se como uma atitude necessária para o diálogo e aponta para uma exclusão do sentido de um egoísmo esclarecido. Portanto, além do critério interno de não autocontradizer-se, temos o critério externo da comunicabilidade dos juízos.

Essa comunicabilidade já aparece na *Crítica da razão pura*, quando Kant se refere ao sentido de crença. Nos diz Kant que “a pedra de toque para decidir se a crença é convicção ou simples persuasão, será, portanto, externamente, a possibilidade de a comunicar e de a encontrar válida para a razão de todo o ser humano, porque então é pelo menos de presumir que a concordância de todos os juízos, apesar da diversidade dos sujeitos, repousará sobre um princípio comum” (KrV A820-1/B848-9).

A comunicabilidade assume a forma de uma implicação direta e indispensável ao pensar. A possibilidade do diálogo é apenas anunciada na exigência de se fazer um uso público da razão. O que vincula o sujeito a uma comunidade ética, identificada como reino dos fins ou mundo inteligível que se constitui na tarefa de pensar a si mesmo como o outro, é o reconhecimento necessário da pluralidade dos sujeitos racionais, fins em si mesmos, idênticos em dignidade e direitos, na indissociável relação entre pensar e comunicar.

A relação entre pensar e comunicar está presente no movimento do esclarecimento moral, ou seja, o movimento de uma razão que se desenvolve tomando como referente último a liberdade. Trata-se de um movimento compartilhado por todos os seres humanos, na medida em que, além de seres naturais, são também seres de razão que podem e devem fazer um uso público do seu próprio entendimento em todas as questões.

A sua definição de esclarecimento (Bw A481) se transforma numa definição mais clara e sintética quando, no texto *Que significa orientar-se no pensamento?* Kant observa que pensar por si mesmo é a máxima do esclarecimento (Denk A330). A intenção de Kant não é reivindicar uma situação de liberdade absoluta de discussão, mas sim mostrar que a menoridade possibilita os abusos de um poder tirânico.

Essa ideia de desenvolvimento das capacidades naturais do ser humano é o momento inicial que propicia a criação de uma sociedade civil, porque a sociedade

<sup>15</sup> C.f. HERRERO, X. “A razão kantiana entre o logos socrático e a pragmática transcendental” In: *Síntese nova fase*, 52, 1991, pp. 35-57 e PLATÃO, *O sofista*, 263d.



civil é o primeiro esboço de um possível mundo moral que os seres racionais devem alcançar. Por um lado, apresenta a necessidade subjetiva de pensar por si mesmo e, por outro, considerando a segunda e terceira formulação do imperativo categórico, implica uma necessidade objetiva que se traduz no sentido de um progresso para uma sociedade justa.<sup>16</sup>

A razão crítica kantiana exige o direito à publicidade, o direito a um exame público dos juízos, apesar de ser uma razão monológica. A estrutura dialógica de uma argumentação consiste no fato de que todos que desejam argumentar, levantam pretensões ao reconhecimento de seus próprios argumentos como válidos, perante uma comunidade. No caso do imperativo, o sujeito pensa a sua pretensão discursivamente diante de si mesmo e virtualmente diante dos outros.

Essa virtualidade não é uma experiência com o outro, mas um deslocamento da minha consciência às outras coisas que eu represento como seres pensantes. Isso quer dizer que, dentro do paradigma da consciência, não posso pensar a possibilidade de um diálogo real, o sujeito não depende de um diálogo real para observar a pretensão de universalidade de sua máxima. Entretanto, essa pretensão traz implícita o princípio dialógico, através do qual reconheço os outros como possivelmente afetados pela minha ação.

A referência à publicidade do pensamento se revela na ideia da experiência cotidiana do mundo da vida, presente de forma ainda limitada na filosofia moral kantiana e retomada por J. Habermas como a instância de verificação dos fenômenos morais. Em Habermas, a preocupação não é a legitimação de máximas, mas a legitimidade de normas através de um discurso *real*<sup>17</sup>. Habermas fundamenta a legitimidade em pretensões de validade que são as condições de possibilidade de qualquer comunicação.<sup>18</sup>

Em Kant, a moral se baseia no sentido de um domínio do mundo interior. Nesse sentido, a consciência de cada um exige uma pretensão de sinceridade quando avalia a universalidade de uma máxima. Em Habermas, o ético ou moral se realiza num mundo social e focaliza a possibilidade de justificar uma norma diante de todos os outros, o que significa mostrar a todos os envolvidos que determinadas razões legitimam uma decisão.

O fato é que, se pretendo participar de um diálogo real no qual posso argumentar sobre a possibilidade de validade de uma norma, inevitavelmente estou comprometido com uma pretensão de sinceridade. Assim, desenvolvo monologicamente em meu pensamento as razões que vou apresentar no discurso real. Esse é um pressuposto necessário ao procedimento discursivo, porque está excluída desde o início a possibilidade de uma participação dissimulada. É preciso

<sup>16</sup> HABERMAS, J. “Publicidade como princípio de mediação entre política e moral (Kant)” In: *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 128. (Doravante citada como ME)

<sup>17</sup> É necessário o discurso real, por mais inviável que isso possa parecer, porque há uma pretensão de reciprocidade e isso exige que se fundamente algo para alguém. Assim, não basta que eu pense a norma, é preciso que todos exponham uns aos outros a sua posição em relação a tal norma para um reconhecimento real da posição do outro, com o propósito de alcançar um consenso: “A questão se uma norma controversa é igualmente boa para todo participante é uma questão que precisa ser decidida segundo regras pragmáticas sob a forma de um *Discurso real*”. (grifo meu) HABERMAS, J. *Consciência moral e agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 90.

<sup>18</sup> Cf. ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 99.

identificar uma atividade do pensamento que antecede o processo comunicativo. Isso me permite uma compreensão mais ampla da filosofia prática de Kant, na medida em que reconheço no interior de sua teoria os pressupostos básicos para o desenvolvimento de uma ética discursiva.

## Conclusão

O sucesso de que goza a filosofia prática de Kant nas éticas contemporâneas é fruto de uma reatualização de muitos aspectos de sua teoria. Esse é o destino de bons filósofos: ser válido para grandes construções teóricas. E não se podem negar as várias tematizações do seu imperativo categórico no âmbito do pensamento político e moral contemporâneo. Ao seu tratamento são dedicadas obras importantes, dentre elas: *Consciência moral e Agir comunicativo*, de J. Habermas<sup>19</sup>, em particular no texto *Notas programáticas para a fundamentação da ética do discurso*, marcando a *Fundamentação da metafísica dos costumes* como uma obra essencial em muitos aspectos. Portanto, se tanta atenção foi dedicada à análise deste princípio moral, não poderia me privar de trazê-lo à luz e apontar de forma lícita um novo sentido. Aliás, todas as implicações relativas ao nexo entre o imperativo e o esclarecimento estão, em geral, presentes nos debates atuais da ética. Assim, o ponto de partida foi a própria definição do conceito de esclarecimento, elaborado por Kant enquanto membro de uma esfera pública literária. E o momento da chegada se deu na afirmação da hipótese, segundo a qual o imperativo é um princípio do esclarecimento.

J. Habermas reformulou a teoria moral de Kant, desenvolvendo uma teoria comunicativa de fundamentação das normas com a tarefa de destacar o conteúdo normativo de um uso da linguagem orientado para o entendimento. Nessa discussão, a minha atenção concentra-se num ponto que me parece ter sido esquecido ou até mesmo pressuposto como evidente.

Se restou provado o nexo existente entre o imperativo categórico e o esclarecimento, essa relação me conduz para uma conclusão aparentemente banal: a de que a reformulação discursiva do imperativo categórico implica também uma reformulação discursiva do conceito de esclarecimento. Assim, a minha reflexão incide agora principalmente sobre essa reformulação discursiva do imperativo categórico e do conceito de esclarecimento. O meu propósito, ao apresentar Kant e Habermas, é o de recuperar e compreender os limites de alguns aspectos da filosofia moral kantiana e destacar sobretudo as novas exigências de uma teoria que pretende responder à pergunta clássica da ética, formulada da seguinte maneira: “O que devo fazer?” Não tratarei do esforço de Habermas em fundamentar à sua teoria procedimental na estrutura de uma pragmática universal da comunicação; vou apenas me reportar a sua reformulação do imperativo categórico, examinando como é superada a dicotomia dos dois reinos e transformada em tensão na esfera pública.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Doravante citada como CMAC. E. Tugendhat dedica exclusivamente dois capítulos de seu livro à *Fundamentação da metafísica dos costumes*, e reivindica para esta obra um valor fundamental para a história da ética: “este livrinho é talvez a coisa mais grandiosa que já foi escrita na história da ética, e ele é, pelo menos em suas duas primeiras seções, uma das poucas obras filosóficas significativas de que dispomos”. TUGENDHAT, E. *Lições de ética*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 106.

<sup>20</sup> Thomas McCarthy discute a possibilidade de Habermas ainda apresentar um resíduo da dicotomia kantiana na forma de uma tensão entre uma “*situated reason*” e “*the transcendence of situatedness*”. Cf. McCarthy, T. “Practical Discourse & Relation Between Morality & Politics” In: *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1995, pp. 461-481.

Ambos os autores se concentram no âmbito da prioridade das questões de justiça sobre as questões do bem-viver; portanto, privilegiam leis universalmente válidas.

A Ética do Discurso retoma três aspectos fundamentais da tradição kantiana, a saber: os caracteres cognitivista, formalista e universalista.<sup>21</sup> O caráter cognitivista demonstra a possibilidade de as questões prático-morais serem decididas com base em razões. Disso resulta que os juízos morais são passíveis de serem fundamentados. O caráter universalista afirma que os juízos morais devem poder erguer uma pretensão de validade universal, enquanto o caráter formalista limita a Ética do Discurso apenas às questões referentes à justiça, em detrimento de questões valorativas do “bem-viver”.<sup>22</sup>

Com essas três premissas, Habermas estabelece um procedimento que deve poder garantir “a imparcialidade da formação do juízo” (CMAC 148). Assim, ele se filia à tradição da razão prática kantiana, mas dá um passo além da estrutura de um mundo dividido em dois reinos, a saber: o reino do inteligível (ao qual pertencem o dever e a vontade livre) e o reino do sensível (local das inclinações, dos motivos subjetivos). A renúncia a essa diferenciação categorial entre os dois reinos traz como consequência inevitável a superação de um método monológico onde cada um, por si mesmo, poderia verificar a possibilidade de universalizar a máxima de sua ação, na solidão da consciência transcendental, para onde supostamente convergem as normas dos vários sujeitos empíricos. Ao contrário, na Ética do Discurso, a capacidade de universalizar os interesses somente pode ser a consequência de um discurso intersubjetivo realizado publicamente.

O interesse de Habermas recai sobre a prática comunicativa cotidiana e o seu ponto de vista moral limita-se à ideia de imparcialidade dos juízos morais. Há um deslocamento da perspectiva da primeira pessoa do singular para a primeira pessoa do plural, num sentido bastante rigoroso, que implica um reconhecimento recíproco de todos os sujeitos. O outro aparece como portador de uma vontade racional que deve ser respeitada na sua integridade e no seu interesse de bem-estar social. Essa vontade racional não se vincula a uma realidade noumênica, mas à prática de um discurso no qual poderá adotar um ponto de vista moral que possibilitará transcender as perspectivas particulares e se orientar para o interesse geral.

É interessante notar a consequência fundamental que essa superação traz para a sua teoria moral: Habermas rompe com a ideia de uma moral da convicção, própria da filosofia da consciência, em favor de uma ética que não mais separa o dever dos interesses e que, portanto, se apresenta como uma ética da responsabilidade. Uma ética que separa o dever das inclinações tem a aparência de uma desumanização e de ser inoperante na prática.<sup>23</sup> Essas mudanças conspiram para uma reformulação discursiva do imperativo categórico, e Habermas traça suas próprias preocupações morais, reformulando-o para sua ética do discurso.

Cabe aqui insistir no fato de que o imperativo categórico tem o seu reconhecido valor na exigência de respeito universal, cujo conteúdo expressa que não devemos instrumentalizar ninguém. “É interessante que autores de diversas proveniências filosóficas deparem sempre de novo, na tentativa de indicar semelhante princípio moral, com princípios que têm por base a mesma ideia. Pois

<sup>21</sup> Cf. ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo, Loyola, 1996, p. 100.

<sup>22</sup> *op. cit.*, p. 99.

<sup>23</sup> C.f. HABERMAS, J. “Moralidad y eticidad. Problemas de la ética del discurso”. In: *Teorema*, XIV/3-4. Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1984.

todas as éticas cognitivistas retomam a intuição que Kant exprimiu no imperativo categórico. A mim interessam, aqui, não as diferentes formulações kantianas, mas a ideia subjacente que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos.

O princípio moral é compreendido de tal maneira que exclui como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis. O princípio-ponte possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal” (CMAC 84). Essa vontade universal expressa a ideia de um interesse partilhado por todos os sujeitos e implica a possibilidade de uma aprovação motivada racionalmente. Uma vontade universal se configura num debate no qual todas as máximas que gozam da mesma consideração serão examinadas na sua pretensão à universalidade.

Observando essa longa citação, fica evidente que Habermas não enfatiza apenas a possibilidade de universalização como condição suficiente para normas morais válidas. De fato, um juízo precisa responder à exigência de consistência; é importante também que o discurso assegure uma “formação imparcial do juízo” (CMAC 85) e, sobretudo, que todos os participantes possam “merecer o reconhecimento por parte de todos os concernidos” (CMAC 85). Mas o princípio de universalização de Habermas se refere a diversos participantes de um discurso prático (CMAC 87). “O que é preciso é, antes, uma argumentação ‘real’, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes podem saber que eles chegaram a uma convicção comum” (CMAC 88). Todos devem assumir um ponto de vista imparcial no qual questões de justiça distinguem-se de concepções do bem.

Essa distinção é importante para a prática de uma deliberação pública. Habermas reformula o imperativo kantiano, deslocando o seu eixo para o sentido da vontade comum. E, nessa perspectiva, tenho que submeter o meu juízo ao exame de todos os demais e avaliar se realmente é possível o reconhecimento de que ele pode ser erigido em lei universal.<sup>24</sup> Há uma necessária participação de todos, sem excluir os desejos, as necessidades e os interesses individuais, pois não há uma descaracterização da personalidade dos participantes. Ele vale como uma regra da argumentação para estabelecer uma ligação entre vontades particulares com seus interesses variados e uma suposta vontade universal.<sup>25</sup> Habermas oferece a seguinte reformulação do princípio moral para a Ética do Discurso: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos” (CMAC 147).

O princípio de universalização (U) não é uma regra moral, mas a condição para as regras morais; ele pertence à lógica do discurso, que trata das regras da argumentação e, portanto, apenas fundamenta os discursos práticos.<sup>26</sup> Uma ética

<sup>24</sup> Cf. ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996, pp. 96-7.

<sup>25</sup> J. Rawls, ao contrário de Habermas, estabelece uma desvalorização do ponto de vista moral visando garantir acordos equitativos. OLIVEIRA, Clara .M. C. “Considerações sobre a posição original de J. Rawls” In: *TRAMA*, 7, 1996, pp. 89-100.

<sup>26</sup> Cf. ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 98.

discursiva avalia normas questionáveis na sua pretensão à validade, a partir de regras da argumentação. Essa regra de argumentação (U) possui três momentos irreduzíveis, explícitos na sua própria formulação: o momento que busca antecipar as possíveis consequências e efeitos colaterais de uma legislação geral, procedimento que implica em observar interesses individuais restritos apenas a contextos particulares; o segundo momento é quando a norma satisfaz os interesses de todos os participantes. Então, cada participante percebe que as consequências previsíveis e os efeitos secundários satisfazem uma necessidade gerada por um interesse comum; e, por fim, o momento da aprovação racionalmente motivada que evidencia um autêntico discurso racional, porque se baseia na força do melhor argumento.

Nesse sentido, interesses gerais se sobrepõem a todo e qualquer interesse particular ou de grupo. A questão gira em torno do que é realmente do interesse geral e visa assumir a ideia de que os participantes podem alcançar um acordo com base em razões. Habermas não recorre a uma instância suprassensível que unifica todas as vontades racionais, mas apresenta um trabalho de unificação discursiva de vontades empíricas. A legitimidade da norma se relaciona com o que todos podem realmente querer, como ressalta L. B. Araújo: “A ética discursiva se interessa pela forma a ser adotada na justificação das normas, pelo procedimento por meio do qual se declara a legitimidade de uma norma, e não apenas sua faticidade”.<sup>27</sup>

A Ética do Discurso é uma teoria procedimentalista, cujo Princípio do Discurso (D) toma a seguinte forma: “Toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso Prático” (CMAC 148). Esse procedimento se dá através da linguagem e exige que eu reconheça todas as possíveis pretensões de todos os membros da comunidade de comunicação. Habermas introduz esse novo princípio (D) como o princípio da Ética do Discurso, distinguindo-o do princípio de universalização.<sup>28</sup>

A esse propósito, Habermas ressalta que “não devemos, contudo, confundir esse princípio de universalização com um princípio no qual já se exprima a ideia fundamental de uma Ética do Discurso. De acordo com a Ética do Discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. Esse princípio ético-discursivo (D), (...) já pressupõe que a escolha de normas pode ser fundamentada. Introduzi (U) como uma regra de argumentação que possibilita o acordo em discursos práticos sempre que as matérias possam ser regradas no interesse igual de todos os concernidos.

É só com a fundamentação desse princípio-ponte que poderemos dar o passo para a Ética do Discurso. Todavia, dei a (U) uma versão que exclui uma aplicação monológica desse princípio; ele só regula as argumentações entre diversos participantes e contém até mesmo a perspectiva para argumentações a serem realmente levadas a cabo, às quais estão admitidos como participantes todos os concernidos” (CMAC 86-7). Assim, um imperativo categórico do tipo dialógico apresentará uma exigência argumentativa; isto quer dizer que, para que a minha máxima seja válida, preciso alcançar o consenso racional.

O princípio dialógico afirma que a validade de uma norma está diretamente relacionada com a possibilidade de fundamentar racionalmente a minha pretensão

<sup>27</sup> *op. cit.*, p. 99.

<sup>28</sup> *ibid.*, p. 98.

mediante argumentos; portanto, devo submeter a minha máxima à apreciação de todos para comprovar discursivamente a sua pretensão de universalidade.

Considerando o nexos existente entre o imperativo categórico e o conceito de esclarecimento, a reformulação discursiva do imperativo categórico implica também uma reformulação discursiva do conceito do esclarecimento. Para isso, vale a pena fazer uma breve retrospectiva sobre o aspecto fundamental dessa relação em Kant.

Afirmou-se que o imperativo categórico é um Princípio do Esclarecimento Moral e que, portanto, apenas existe em função desse projeto que considera o ser humano como sujeito inacabado, comprometido com o seu aperfeiçoamento moral. Esse processo, na visão de Kant, se dá de maneira satisfatória na solidão da consciência transcendental, ao mesmo tempo que assegura virtualmente uma relação interpessoal. Impõe-se, pois, que o ser humano se encontra sempre já em sociedade e isso significa dizer que o estado de natureza ou o estado pré-social não é senão uma ficção útil para esclarecer o valor da linguagem para o ser humano.

Todos os seres racionais já nascem inseridos nesse mundo real experimentável, no meio de seres falantes, de forma que é impossível retirar-se da linguagem. E o seu campo primeiro é o diálogo. A ideia do princípio da Ética do Discurso (D) demonstra uma postura otimista de Habermas com relação à possibilidade de reabilitação da esfera pública. Habermas observa que a esfera pública encontra, no princípio da publicidade de Kant, uma forma teórica amadurecida: “Ainda antes que o *tópos* da opinião pública seja adotado no âmbito da língua alemã, a ideia da esfera pública burguesa encontra, com o desenvolvimento jurídico e histórico-filosófico do princípio da publicidade através de Kant, a sua configuração teórica amadurecida” (ME 126). Kant se refere inicialmente a uma esfera pública constituída por eruditos e com uma dupla função: se dirigir ao governo e ao povo. “Assim como a discussão dos filósofos se desenrola em face do governo para instruí-lo e sondá-lo, também ocorre ante o público do ‘povo’ para induzi-lo a se servir de sua própria razão” (ME 129). Mas, ao contrário de Habermas, Kant não estava se referindo diretamente ao ser humano comum, pois este fazia parte da grande massa de pessoas que ainda ignoravam a possibilidade do uso do seu próprio entendimento, mas sim ao erudito <Gelehrter> como único capaz de realizar a tarefa de expor coerentemente suas ideias a uma comunidade de homens igualmente letrados. A esfera pública para Kant se realiza no uso público da razão, em oposição a certo uso privado da razão.

O princípio kantiano da publicidade convoca todos os que compreenderam o valor do raciocinar para tornarem-se verdadeiros cidadãos que acreditam num progresso moral a partir do uso da razão. “O público pensante dos ‘homens’ constitui-se em público dos ‘cidadãos’, no qual ficam se entendendo sobre as questões da *res publica*. Essa esfera pública politicamente em funcionamento torna-se, sob a ‘constituição republicana’, um princípio de organização do Estado Liberal de Direito. Em seu âmbito está estabelecida a sociedade civil burguesa como esfera da autonomia privada (cada qual deve poder procurar a sua ‘felicidade’ por aquele caminho que lhe pareça útil)” (ME 131). A esfera pública em Kant, se entendida como uma esfera emancipada, é a estrutura necessária para o projeto de Esclarecimento Moral, porque ela é o lugar da ação e a garantia de seu processo. Em outras palavras, a esfera pública torna possível o acesso ao ideal da filosofia prática de Kant: a autonomia.

Sendo assim, posso dizer que o esclarecimento é um processo de desenvolvimento moral, e é exatamente no horizonte da liberdade que podemos conceber essa possibilidade.

Em Kant, esse esclarecimento se realiza plenamente no uso da razão; em Habermas na possibilidade de participar de um Discurso onde todos possam decidir sobre a orientação das ações sociais sem imposição coercitiva, mas através de uma disposição democrática de dialogar para chegar ao consenso em função da racionalidade das ações.

Todos devem desenvolver suas habilidades na prática comunicativa cotidiana para garantir o direito de uma argumentação “real”, na qual todos participam cooperativamente, visando alcançar o entendimento mútuo. Essa situação cooperativa ultrapassa o sentido do termo reciprocidade, porque implica em algo que está além de uma simples referência virtual ao outro, que é efetivamente um agir com o outro para obter um acordo. Desenvolve-se uma vontade que constata discursivamente o interesse de outras vontades. Assim, o que era questionável no imperativo kantiano, ou seja, a ideia de que uma vontade sozinha era capaz de observar interesses universais, procede agora para o entendimento real com outras vontades.

Da reformulação do imperativo kantiano segue-se analiticamente um conceito importante, a saber: a liberdade comunicativa. Habermas ressalta que o princípio da liberdade é um pressuposto geral de um discurso onde qualquer um se vê envolvido depois que aprendeu a raciocinar. “As condições da argumentação incluem a liberdade para qualquer ser racional contribuir para uma discussão pública” (CMAC 108). A liberdade é um pressuposto necessário para o discurso; a liberdade de fazer uso de sua razão em todas as questões, como já havia afirmado Kant, é um pressuposto necessário para o esclarecimento. Assim, nenhum ser racional pode excluir-se da prática comunicacional cotidiana, porque é através dessa atividade que ocorre o desenvolvimento da capacidade de formular juízos. O processo de formação de cada pessoa realiza-se plenamente num contexto de tradições partilhadas. A identidade de um sujeito é marcada pelas identidades coletivas (CMAC 125).

A Ética do Discurso assimila essa ideia de desenvolvimento moral quando se baseia nas teorias do desenvolvimento moral de Piaget e Kohlberg para fundamentar a ideia de uma “formação discursiva da vontade” (CMAC 155). “A Ética do Discurso vem ao encontro dessa concepção construtiva da aprendizagem na medida em que compreende a formação discursiva da vontade (assim como a argumentação em geral) como uma forma de reflexão do agir comunicativo e na medida em que exige, para a passagem do agir para o Discurso, uma mudança de atitude da qual a criança em crescimento, e que se vê inibida na prática comunicacional cotidiana, não pode ter um domínio nativo” (CMAC 155).

A reinterpretção do esclarecimento focaliza a ideia de um discurso onde todos possam participar, mas essa participação exige que os sujeitos alcancem as condições fundamentais para buscarem metas coletivas. No sentido desse desenvolvimento, Kohlberg apresenta vários estádios onde os sujeitos alcançam maiores níveis de compreensão das condições de formação de uma vontade comum. Esses estádios formam uma sequência hierarquicamente ordenada e invariável de estruturas, evidenciando que o desenvolvimento moral é um crescimento que segue uma procura por modos cada vez mais adequados para resolver os conflitos. As diferentes formas de resolver conflitos classificam-se segundo a semelhança com várias teorias morais, como, por exemplo, o utilitarismo, a moral hobbesiana e as teorias deontológicas.

Kohlberg considera seis estádios subdivididos em três níveis: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional. Cada um desses três níveis caracterizam-se nas diferentes capacidades de pensar um conflito, de abandonar o

ponto de vista egocêntrico, de se ver como membro de uma comunidade etc. Essa teoria do desenvolvimento moral apresenta nos quatro primeiros níveis, ou seja, “o estádio do castigo e da obediência; o estádio de objetivo instrumental individual da troca; o estádio das expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade e, por fim, o estádio da preservação do sistema social e da consciência”, a inexistência de um critério de maturidade moral. Isso quer dizer que não há uma autonomia de julgamento sobre o que é justo e o que é errado.

No quinto nível, “o estádio dos direitos originários e do contrato social ou da utilidade”, os sujeitos são capazes de reconhecer a liberdade pessoal separada das questões que se referem ao bem público, como também a liberdade religiosa e de opinião, conquanto que não causem danos a outras pessoas. No sexto e último estádio, o que Kohlberg considera como o nível mais elevado de desenvolvimento moral, porque trata dos princípios éticos universais, exige-se uma consciência do valor desses princípios. Nesse nível, os sujeitos entendem que a lei vale igualmente para todos, porque ninguém possui um direito especial diante da lei. O valor dessa ideia está presente na segunda formulação do imperativo kantiano (age de modo que trates o outro como um fim em si mesmo e jamais como um simples meio). Portanto, os princípios que são evidenciados no sexto nível são os princípios da justiça, reciprocidade, igualdade e respeito. O aspecto relevante desses diferentes estádios é perceber que o sujeito tem a oportunidade de assumir outros pontos de vista.

A questão acerca de uma reformulação discursiva do conceito de esclarecimento envolve necessariamente esse compromisso da Ética do Discurso com uma teoria do desenvolvimento moral. Assim, o sentido que Habermas deu ao agir comunicativo é o que melhor expressa o sentido de um esclarecimento discursivo: “falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas” (CMAC 165). Esse conceito do agir comunicativo se vincula ao sentido de um entendimento mútuo não imposto sob nenhuma condição. L. B. Araújo esclarece que: “Apenas o processo discursivo do resgate de pretensões de validade normativas conserva uma força de justificação; e essa força, a argumentação deve-a em última instância ao seu enraizamento no agir comunicativo”.<sup>29</sup> O conceito do agir comunicativo pressupõe a ideia que Kohlberg faz dos indivíduos no nível 6 – “O Estádio de Princípios Éticos Universais”, ou seja, a ideia do respeito mútuo. Todos são motivados a um consenso racional porque alcançaram o sentido de uma “maioridade” comunicativa.

Na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*<sup>30</sup>, Habermas destaca o conceito de agir comunicativo com a importante função de permitir a integração social e que expressa o sentido de maioria comunicativa: “O conceito elementar agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento” (FG45 n.19). Tanto a ética kantiana, quanto a ética de Habermas buscam a “maioridade moral”. E esta é, sem dúvida,

<sup>29</sup> *op. cit.*, p. 93.

<sup>30</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Doravante citada como FG)



a resposta à questão acerca de como devemos agir para que a nossa conduta seja realmente justa. Como aponta H. Kelsen, uma conduta social justa é aquela que corresponde a uma norma que prescreve essa conduta como devida.<sup>31</sup>

A maioria moral em Kant é aquela que configura-se num sujeito capaz de se conduzir conforme as recomendações das três regras que levam à sabedoria: pensar por sua própria conta; imaginar-se comunicando-se com os demais; e, por fim, pensar de maneira consequente (Lo A84/Ak57 - Anth BA167 - KU158). Em Habermas, é aquela que se caracteriza por um comportamento que busca o reconhecimento intersubjetivo. A máxima pensar por si mesmo, agora, enfatiza que pelo menos quem quer utilizar a linguagem para relacionar-se com outros sujeitos, visando ao entendimento mútuo, vê-se diante da necessidade de desenvolver uma mentalidade esclarecida capaz de respeitar a perspectiva e a participação do outro.

Habermas substitui a razão prática kantiana por uma razão comunicativa fundamentada na sua teoria do agir comunicativo (FG19). Essa substituição não está “adstrita a nenhum ator singular nem a um macro sujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium linguístico*, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam” (FG20). Nessa nova atmosfera, o princípio moral reformulado discursivamente, o conceito de esclarecimento como agir comunicativo, a liberdade comunicativa e a razão comunicativa adquirem um novo sentido. Não se trata mais de informar o que se deve fazer, mas refere-se tão-somente “às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade” (FG21).

É preciso levar em conta que compreender o que Kant tinha em mente com a sua filosofia moral não é tarefa fácil. Temos que concordar com as críticas a respeito dos seus conceitos mais complexos e obscuros. Mas acredito que estas falhas supostas ou reais devem ser investigadas de outra forma, como nem mesmo Kant pensou fazer. As minhas considerações sobre a filosofia moral de Kant procuraram tão-somente anunciar e elucidar o nexó entre dois conceitos: o imperativo categórico e o esclarecimento, modelando os demais conceitos para responderem as solicitações imediatas desse novo sentido. Isto significou, sem dúvida, que a *Ética do Discurso*, como uma espécie de reconstrução discursiva da ética kantiana, não poderia evitar essa relação.

Limitou-se apenas a sugerir esse segundo momento, e, portanto, fiquei, propositadamente, por força dos limites desta dissertação, comprometida apenas com a ética de Kant e o seu conceito *quasi* comunicativo de moral. No fundo, Kant estava defendendo os temas mais importantes para a formação de um Estado de Direito: a liberdade, a igualdade, a universalidade e a vontade como autoridade legislativa. Acredita-se que Kant tenha sido o filósofo que expressou com mais precisão o valor e o sentido da lei moral e da autonomia.

## Referências bibliográficas

### Obras de Immanuel Kant

KANT, I. *Werke* in Zehn Bänden. Organizada por Wilhelm Weischedel, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983.

<sup>31</sup> KELSEN, H. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 3.

\_\_\_\_ “Investigação sobre a evidência dos princípios da teologia natural e da moral”. In: *Textos pré-críticos*. Porto: Rés, 1983.

\_\_\_\_ *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime* (1764). Campinas: Papirus, 1993.

\_\_\_\_ *Crítica da razão pura* (1781-1787). Lisboa. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_ “Resposta à pergunta: que é esclarecimento?” (1783) In: *Textos seletos*. Edição bilingue. Petrópolis: Editora Vozes, 1974.

\_\_\_\_ *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita* (1784). Edição bilingue. São Paulo: Brasiliense, 1986.

\_\_\_\_ *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785). Col. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974.

\_\_\_\_ “Que significa orientar-se no pensamento?” (1786) In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

\_\_\_\_ *Crítica da razão prática* (1788). Lisboa: Edições 70, 1994.

\_\_\_\_ *Antropologia em sentido pragmático* (1789). Madri: Alianza Editorial, 1991 e *Antropologia prática*. Madri: Editorial Tecnos, 1990.

\_\_\_\_ “Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria mas nada vale na prática” (1793). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

\_\_\_\_ *Crítica da faculdade do juízo* (1793). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

\_\_\_\_ “O fim de todas as coisas” (1794). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1990.

\_\_\_\_ *À paz perpétua* (1795). Porto Alegre: L&P Editores, 1989.

\_\_\_\_ *La Metafísica de las Costumbres* (1797). Madri: Editorial Tecnos, 1994.

\_\_\_\_ “Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade” (1797). In: *Textos seletos*. Edição bilingue. Petrópolis: Editora Vozes, 1974.

\_\_\_\_ *O conflito das faculdades* (1798). Lisboa: Edições 70, 1993.

## Obras auxiliares:

ADORNO, T.W. e HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

ALLISON, H. *Idealism and Freedom. Essays on Kant's Theoretical and Practical Philosophy*. New York, Cambridge University Press, 1996.

\_\_\_\_ *Kant's Transcendental Idealism: an Interpretation and Defense*. London, Yale University Press, 1983.

ALMEIDA, Guido A. “Moralidade e racionalidade na teoria moral kantiana”. In: Valério Rohden (org). *Racionalidade e ação*. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS - Goethe-institut, 1992, pp. 94-103.

ARANTES, U. “Em busca da modernidade política”. In: *Síntese nova fase*, 20(61), 1993, pp. 267-276.

ARAÚJO, L. B. L. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

ARENDT, H. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARISTÓTELES. *Acerca Del Alma*. Madri: Editorial Gredos, 1994.

BADIOU, A. *Ética: um ensaio sobre a consciência do mal*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BARBIERI, A. “O significado dos princípios-ponte na arquitetônica da Razão Comunicativa” In: *Crítica*. Vol. I, Londrina: Editora Universidade Estadual de Londrina, 1995, pp. 31-44.

BARREIRA, I. J. “Pensamento Educacional de Kant”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. V. XLIX, 1993, pp. 205-218.

BECK, L. W. *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*. London, The University of Chicago Press, 1980.

BICCA, L. *Marxismo e liberdade*. São Paulo: Loyola, 1987.

\_\_\_\_ *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997.

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Brasília: UnB, 1992.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 9. ed, Vol. I e II, Brasília: Unb, 1997.

- BONELLA, A. E. "A Universalização Moral em Kant" In: *Anais do V Encontro Nacional de Filosofia*. ANPOF. Diamantina, 1992.
- BRITO, J.H.S. *Introdução à fundamentação da metafísica dos costumes de I. Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994.
- BRITO, A. J. "Observações críticas à crítica da razão prática". In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. Vol. XLIV, 1988, pp. 527-551.
- BUENO, V. C. A. "Razão e comunicação - Alguns pontos sobre o debate entre a fundamentação kantiana e frankfurtiana da moralidade. In: *Anais do V Encontro Nacional de Filosofia*. ANPOF. Diamantina, 1992.
- CASSIRER, E. *Kant - Vida y Doctrina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1968.
- \_\_\_\_\_. *La Filosofía de La Ilustration*. México, Fondo de Cultura Económica, 1972.
- CRAMPE-CASNABET, M. *Kant uma Revolução Filosófica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.
- DENT, N. J. H. *Dicionário de Rousseau*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- DIAS, M. C. "Kant: os limites da razão crítica" In: *Síntese nova fase*, 23 (72), 1996, pp. 37-54.
- DRAWIN, C.R. "O destino do sujeito na dialética da modernidade." In: *Síntese nova fase*, 22 (71), 1995, p. 489-511.
- DUSKA, R. e WHELAN, M. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia a Piaget e Kohlberg*. São Paulo, 1994.
- ERHARD, J.B., LESSING, G.E., SCHILLER, F. y otros. *¿Qué es Ilustración?* Madri: Editorial Tecnos, 1993.
- FALCON, F.J.C. *Despotismo esclarecido*. São Paulo: Editora Ática, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Iluminismo*. São Paulo: Editora Ática, 1994.
- FOUCAULT, M. "O que é o iluminismo". In: Carlos Henrique Escobar (org), *Michel Foucault: O dossier últimas entrevistas*. Rio de Janeiro: Taurus Editora, 1984.
- GIANNOTTI, J.A. "Kant e o espaço da história universal." In: I. Kant. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo, Brasiliense: 1986, p. 103-150.
- GOLDMANN, L. *Origem da dialética. A comunidade humana e o universo em Kant*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.
- GUSTIN, M. B. S. "Ética e direito em Kant: duas esferas inconciliáveis?" In: *Revista Brasileira de Filosofia*. V. XIII, 173, 1994, pp. 89-102.
- HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- \_\_\_\_\_. "Com a flecha no coração do presente". In: *Presença*, 14, 1989.
- \_\_\_\_\_. "Moralidad y eticidad. Problemas de la ética del discurso." In: *Teorema*, XIV/3-4. Madri: Editorial de la Universidad Complutense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARE, R. M. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- HECK, J.N. "Da teoria e da prática do bem: uma abordagem filosófica do clamor por mais ética na política." In: *Síntese nova fase*, 22 (70), 1995, pp. 351-365.
- HERRERO, X. "A razão kantiana entre o logos socrático e a pragmática transcendental". In: *Síntese nova fase*, 52, 1991, pp. 35-57.
- \_\_\_\_\_. "Teoria da história em Kant". In: *Síntese nova fase*, 22, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Religião e história em Kant*. São Paulo: Edições Loyola, 1991.
- \_\_\_\_\_. "Kant e a filosofia da história" In: *Síntese nova fase*, 24 (78), 1997, pp. 421-426.
- HUTCHINGS, K. *Kant Critique and Politics*. London: Routledge, 1996.
- JORGE FILHO, E. J. "Notas sobre lógica, dever, consciência (Gewissen) e liberdade, em Kant (1ª parte) In: *Síntese nova fase*, 24 (78), 1997, pp. 353-382.
- \_\_\_\_\_. "Notas sobre lógica, dever, consciência (Gewissen) e liberdade, em Kant (2ª parte) In: *Síntese nova fase*, 24 (79), 1997, pp. 513-546.
- KELSEN, H. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LEBRUN, G. "Uma escatologia para a moral." In: I. Kant. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986, pp. 73-101.
- \_\_\_\_\_. *Sobre Kant*. São Paulo: Edições Iluminuras, 1993.
- LIMA, C. R. C. "Lógica do dever-ser". In: *Anais do V Encontro Nacional de Filosofia*. ANPOF. Diamantina, 1992.

- MARQUES, V.S. “Vida e republicanismo em Kant”. In: *Argumento*. V. II (3/4), Lisboa, 1992, pp. 83-92.
- MARTINS, E.R. “Natureza, sentimento e liberdade: elementos da ética pré-crítica de Kant.” In: Manfredo Araújo de Oliveira (org), *Kant*. Brasília: Editora UnB, 1980.
- MCCARTHY, T. “Practical Discourse & Relation Between Morality & Politics” In: *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1995.
- MENEGONI, F. “O senso comum como *a priori* da comunicação”. In: *Argumento*. Vol. II(3/4), Lisboa, 1992, pp. 21-36.
- MENEZES, P. “Filosofia e tolerância”. In: *Síntese nova fase*. Belo Horizonte, 23 (72), 1996.
- MUGUERZA, J. e ARAMAYO, R. R. *Kant después de Kant. El bicentenario de la Crítica de la Razón Práctica*. Madri: Editorial Tecnos, 1989.
- MORÃO, A. “Crítica da razão prática: 1788-1988”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. Vol. XLIV, 1988, pp. 465-474.
- OLIVEIRA, M. A. *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.
- OLIVEIRA, Clara M. C. “Considerações sobre a posição original de J. Rawls” In: *TRAMA*, 7, 1996.
- PASCAL, G. *O pensamento de Kant*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- PATON, J. H. *The Moral Law. Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals*. London Unwin Hyman, 1989.
- PEGORARO, O. *Ética é justiça*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- PIAGET, J. *O julgamento moral na criança*. São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- RENAUD, M. “Subjetividade e desejo na crítica da razão prática”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. Vol. XLIV, 1988, pp. 475-495.
- RENAUD, I. C. R. “O fundamento da obrigação e o paradoxo da lei moral numa perspectiva pós-kantiana”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. Vol. XLIV, 1988, pp. 497-526.
- RICOEUR, P. “O si e a norma moral.” In: *O si-mesmo como um outro*. São Paulo: Papirus, 1991, pp. 237-280.
- ROHDEN, V. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981.
- ROUANET, P. S. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1992.
- ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SCHOPENHAUER, A. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- SIEBENEICHLER, F. B. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- SIMON, J. “O juízo. A faculdade de julgar como conceito-chave na filosofia de Kant”. In: *Argumento*. V. II(3/4), Lisboa, 1992, pp. 9-20.
- STEGENGA, J. A. “Uma moralidade global para a comunidade global emergente.” In: *Síntese nova fase*, 19 (58), 1992, pp. 309-325.
- SULLIVAN, R. J. *An Introduction to Kant's Ethics*. New York, Cambridge University Press, 1994.
- TENDRICH, P. *Concepções de espaço público de Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro, 1997. 70p. Monografia não publicada – PUC-RJ.
- TERRA, R. R. “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana.” In: *Filosofia política*, 4, 1987, pp. 49-65.
- \_\_\_\_\_. “Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant.” In: I. Kant. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. op.cit, pp. 43-74.
- TORRES FILHO, R. R. “A sombra do iluminismo.” In: *Ensaio de filosofia ilustrada*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- TUGENDHAT, E. *Lições de ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- WEBER, T. “A eticidade hegeliana: a crítica à ética kantiana”. In: Ângelo Cenci (org) *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo: Ediupf, 1996, pp. 9-25.
- WELLMER, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Barcelona: Anthropos, 1994.
- VELASCO, M. “Fundamentacion de la Etica Discursiva: ¿Apel o Habermas?” In: *Revista Latinoamericana de Filosofia*, Vol. XXI, 1995, pp. 317-346.
- ZINGANO, M. A. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Brasiliense, 198.

# Os *royalties* do petróleo e os direitos do Estado do Rio de Janeiro

Humberto Ribeiro Soares<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo versa sobre o rateio da participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, fixado no § 1º, art. 20, da Constituição Federal. Do mesmo modo, no mesmo artigo, encontra-se a sede constitucional dos direitos dos Estados-membros e Municípios produtores de petróleo à participação no resultado da exploração de petróleo. Sendo assim, somente os entes federativos produtores de petróleo têm direito à participação. Todavia, não o têm os Estados e Municípios não produtores. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal, determinou que, no mar, a relação de pertinência é de “respectividade” para com o ente confrontante, é topográfica, é geodésica, não é de dominialidade. Corolário a isto, as “participações”, mesmo no mar, importam em receita própria, originária dos Municípios produtores e dos Estados produtores. Não se tratando de transferências voluntárias de parte da União. Por último, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, propriedade do petróleo não é plena, isto é, nem a União detém propriedade plena sobre o petróleo. Por conseguinte, de acordo com a Carta Magna, o rateio da participação no resultado da exploração de petróleo tem de obedecer, ademais, ao princípio constitucional da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Royalties; estados produtores; Constituição Federal.

## Abstract

This article deals with the allocation of the profit sharing from oil or natural gas, fixed in § 1, art. 20 of the Federal Constitution. Similarly, in the same article, is the headquarters of the constitutional rights of the United States and Municipalities oil producers to profit from oil exploration. Thus, only the federative oil producers are entitled to participate. However, not the states and municipalities have not producers. For this reason, the Supreme Court ruled that, in the sea, the relationship of relevance is “respectividade” toward being confrontational is topographic, geodesic is, it is not dominion. Corollary to this, “equity”, even at sea, mind own recipe, originating in the United Counties producers and producers. In the absence of voluntary transfers from the Union Lastly, according to the Supreme Court, the property is not full of oil, ie, neither the Union holds full ownership of oil. Therefore, according to the Constitution, the apportionment of profit sharing from oil must comply, in addition, the constitutional principle of proportionality.

**Keywords:** Royalties; producing states; federal constitution.

## Introdução

O rateio da “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural” é fixado no § 1º, art. 20, da Constituição Federal. Aí está o núcleo da temática deste trabalho. Por aí, a Constituição, por óbvio, contempla, predominantemente,

<sup>1</sup> Resumo da palestra proferida pelo autor na Faculdade de Direito de Valença em 24/05/2013. Humberto Ribeiro Soares é Advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, em 1964; e, Engenheiro Civil, formado pela Escola Nacional de Engenharia da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro, em 1956. Consultor Jurídico, área de Direito Público.

os entes produtores. E deixa aos não produtores a possibilidade de lograr acesso ao rateio unicamente enquanto partícipes do quinhão da União (esta, enquanto “comunidade jurídica total”, e, não, “comunidade jurídica parcial”, na definição de Hans Kelsen e na sua positivação pelo art. 18, *caput* da Constituição Federal)<sup>2</sup>. Conceitos que se irão apreciar adiante.

Assinale-se que, no panorama anterior às recentes propostas de novos critérios de rateio, o conjunto de produtores somava cerca de uma dezena, com o Estado do Rio de Janeiro respondendo por cerca de 90% da produção e, logo em seguida, o Estado do Espírito Santo, com significativo montante.

Destarte, tudo isto ultimou pela aprovação das conhecidas inconstitucionais Emenda Ibsen, na Câmara, Emenda Ibsen-Simon no Senado e, adiante, Projeto Vital do Rego (também no Senado), em que se retiram dos entes produtores de petróleo quinhões de suas “participações” para destiná-los aos não produtores. Isto tudo em meio a propostas de acordos, todas desprezando a Constituição Federal e sacrificando os direitos insuperáveis das futuras gerações dos Estados produtores contidos na Carta Magna.

O autor deste trabalho, enquanto advogado, ajuizou, nos fins de 2011, no Supremo Tribunal Federal, um mandado de segurança combatendo aquelas propostas. Fê-lo na qualidade de patrono de cerca de 50 Deputados Federais. Relator designado foi o Ministro Luiz Fux. Mas, até hoje, não mereceu solução.

Tal mandado de segurança<sup>3</sup> baseou-se na severa figura do Direito Constitucional denominada “limitação constitucional”, que visita todas as constituições do mundo, desde a dos Estados Unidos da América. No Brasil, constou de todas as Cartas e consta da atual (art. 60, § 4º). E permite mandado de segurança contra projeto de lei – ainda em fase de processo legislativo, impetrado por parlamentar que ostenta direito subjetivo de não votar, ‘*rectius*’, de ter por trancado o dito projeto. E isto, assinale-se, segundo a cediça jurisprudência do nosso Supremo (“*leading case*” do Ministro Moreira Alves).

É sobre a temática deste último mandado de segurança (nº 31.031) que se desenvolve o presente trabalho.

## Porquê de admitir-se mandado de segurança anteriormente à edição da lei

Antes do mais, esclareça-se que é rigorosamente admissível mandado de segurança por parte de parlamentares para trancar discussão (fase de processo legislativo, isto é, ainda antes da promulgação) que seja tendente a desrespeitar “limitação constitucional”.

A farta jurisprudência do Supremo admite que somente Deputados Federais são os que podem ajuizar este tipo de mandado de segurança para trancar a discussão de projeto legislativo. E que a única via de, no Judiciário, impedir a

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

<sup>3</sup> (Proc. STF nº MS-31.031).

deliberação, isto é, impedir que o projeto (de lei ou de emenda constitucional) se transforme em lei (ou em emenda), antes disto, é esta, nenhuma outra há. Somente após a deliberação do Congresso é que cabe a ADIN.<sup>4</sup>

O Supremo tem vasta jurisprudência em que se julga que, o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição<sup>5</sup> e que os parlamentares dispõem de, direito subjetivo de não ver submetida, à apreciação parlamentar, proposta supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional<sup>6</sup>; e que a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição<sup>7</sup>.

Em suma, todos estes acórdãos, e vários outros, estão num livro de referência editado pelo próprio Supremo.<sup>8</sup>

## Em que importa a figura da “limitação constitucional”

A “limitação constitucional” não é uma inovação verde-amarela, é adotada por todas as constituições em todos os países do mundo. Todos os constitucionalistas mundiais expõem o tema. O catedrático de Direito Constitucional de Lisboa, Jorge Miranda, refere em suas obras, *Manual de Direito Constitucional e Teoria do Estado e da Constituição*, que, “a primeira Constituição em que isso se verifica é, por sinal, a norte-americana, a primeira Constituição em sentido moderno”<sup>9</sup>, acrescentando que “no século XX, multiplicam-se as referências a princípios ou limites no Brasil designados por cláusulas pétreas correntemente que, em revisão constitucional, devem ser observados”.<sup>10</sup> E, então, elenca algumas das muitas constituições novas (frutos do poder constituinte originário), que, no mundo todo, impuseram limitações à obra do constituinte de reforma: a norueguesa, as de Portugal, a da França, a da Itália, a da Tunísia, a do Marrocos, a Tcheca, a da Grécia, a da República Federal da Alemanha (de Bohn, 1949), a da Espanha, a do Japão, a da Suíça, todas as do Brasil (a partir da de 1891, inclusive a de 1988) etc<sup>11</sup>.

Filiando-se, Jorge Miranda, à ‘tese (unânime) da necessidade jurídica dos limites materiais de revisão’, continua a lecionar que “o poder de revisão é um poder constituído (e não constituinte), como tal sujeito às normas constitucionais; quando o poder de revisão se libertasse da Constituição, nem

<sup>4</sup> (Grifos nosso).

<sup>5</sup> (MS 20257-STF-Pleno, STF-MS 23087-MC/SP etc.).

<sup>6</sup> (STF-MS 23087 MC/SP).

<sup>7</sup> (STF-MS 22487).

<sup>8</sup> STF, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Brasília-DF: Brasiliense, 2011.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 31.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 175.

mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário<sup>12</sup>; preceitua ainda que, a subordinação material do poder de revisão constitucional ao poder constituinte (originário), da revisão constitucional à Constituição, é um postulado lógico e, que na mesma visão, a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios... certos e determinados limites.<sup>13</sup>

Elas formam o que o Ministro do Supremo Celso de Mello chama de ‘sistema de valores essenciais consagrados pela Constituição’ ou seu “núcleo imutável” e que Loewenstein chamou de *espíritu o telos de la constitución*. Outro Ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, anota que, o constituinte reconheceu ainda que (...) são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática<sup>14</sup>. Atente-se bem: pelo mecanismo das limitações constitucionais ao poder de reforma asseguram-se ‘os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática’.<sup>15</sup>

Outro Ministro da Suprema Corte Brasileira, o Ministro Carlos Ayres Britto, em sua obra, *Teoria da Constituição*, tece longas e obstinadas loas ao instituto das limitações constitucionais impostas pela Constituição originária ao poder de sua reforma, e as comenta assim: “É que o valor-dos-valores, o valor síntese da Constituição, a ‘fórmula política’ de Verdú outra coisa não é, para nós, senão o próprio ser da Constituição. Aquilo que a Constituição é, acima de tudo. A sua quintessência.”<sup>16</sup>

E prossegue o Ministro Carlos Ayres Britto, explicando a razão de ser das limitações constitucionais impostas a qualquer emenda da Constituição (*et pour cause*, a projeto infraconstitucional): Esse valor-teto, que dentro da Constituição não conhece outro que se lhe iguale em importância funcional-sistêmica, é precisamente aquele cuja existência é a principal justificativa material de quase todos os demais valores. O valor-contidente por excelência, ou o ‘gene do qual decorrem os mais vivos traços fisionômicos’ dos demais valores constitucionais. Por ser o valor constitucional primário (‘gene’), esse princípio dos princípios mantém com a Constituição, mais que uma relação de pertinência, uma relação de inerência: ele é ela mesma, ela mesma é ele. O que já significa dizer: caso extirpado da Constituição, ele, valor-síntese, inelutavelmente deflagraria sobre a quase totalidade dos demais valores uma mudança qualitativa de tal ordem que chegaria às raízes de ‘um mortal

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 176-177.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

<sup>15</sup> São vários os acórdãos do Supremo em que tais considerações são confirmadas dentre os quais: MS 20.257-DF, Relator Min. Moreira Alves, RTJ-STF 99/1031; MS 21.642, Relator Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.747, Relator Min. Celso de Mello, RDA 193/266; ADIn 939-DF, Relator Min. Sydney Sanches, RTJ-STF 151/755; ADI 2666/DF, Relatora Min. Ellen Gracie.

<sup>16</sup> BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Forense, 2003, p. 183.



efeito dominó'. Ou seja, seria como dizer: faltando à Constituição o seu próprio ser, tudo o mais vai lhe faltar.<sup>17</sup> E das limitações, que, além de classificáveis em espécies circunstanciais, são de espécies: formal e material, o Ministro Carlos Ayres Britto assinala que são, elas, dotadas de “‘Petrealidade’ necessariamente dúplice, começando pelas cláusulas formais e terminando pelas materiais.”<sup>18</sup>

E os projetos e emendas em questão e tentativas de acordos agridem limitações constitucionais adotadas pelo texto da Magna Carta Brasileira. Daí que ensejem o mandado de segurança em foco.

## O núcleo constitucional dos direitos dos entes produtores

O núcleo constitucional dos direitos dos Estados-membros e Municípios produtores de petróleo à “participação no resultado da exploração de petróleo” está no § 1º do art. 20 da Constituição Federal, a dizer que, é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, [na respectiva]<sup>19</sup> plataforma continental, [no respectivo]<sup>20</sup> mar territorial ou [na respectiva]<sup>21</sup> zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Ora, deste provimento normativo da Constituição já de vê que somente os entes federativos produtores de petróleo têm direito a “participação no resultado da exploração de petróleo”.<sup>22</sup>

O vocábulo “respectivo” (explícito ao início e implícito, neste 1º, por *zeugma* nos seguintes segmentos redacionais, nota 19 e outras) que o texto da Constituição emprega impõe que só se dê “participação” aos entes federativos de onde se extraia o petróleo.

Esclareça-se bem; o texto da Constituição é do seguinte teor que vale repetir: É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, [na respectiva] plataforma continental, [no respectivo] mar territorial ou [na respectiva] zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

<sup>17</sup> BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Op. Cit.*, pp. 185-187.

<sup>18</sup> BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>19</sup> Zeugma: “forma de eclipse que consiste na supressão, em orações subsequentes, de um termo expresso na primeira”, *cf.* Dicionário da Língua Portuguesa. Ex.: Gonçalves Dias: “Nossos bosques têm mais vida / Nossa vida mais amores”). *Citado in:* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 765.

<sup>20</sup> *Ibidem, idem.*

<sup>21</sup> *Ibidem, idem.*

<sup>22</sup> (sic, CF/88, § 1º do art. 20).

Ora, se o constituinte houvesse desejado que a participação fosse extensível, indiferentemente, a todos os entes federativos sem exceção (rectius, produtores mais não produtores) não teria se valido do vocábulo respectivo.

Teria redigido o provimento normativo deste § 1º sem ele, assim: É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.

Ou ainda talvez assim: é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

Teria adotado, portanto, uma destas duas hipóteses redacionais sem o termo **respectivo**.

E a Constituição, como é de sabença corriqueira, não contém disposições ociosas.

Destarte, as conclusões deste trabalho (adotadas no mandado de segurança acima identificado) partem deste § 1º e se imbricam, por interpretação sistêmica, com outros provimentos da Magna Carta, rectius, com princípios e regras nela contidos. Todos conformadores da importantíssima figura de direito constitucional denominada limitação constitucional (que preserva núcleo intocável pelo constituinte derivado e, por óbvio, pelo legislador infraconstitucional, em tal núcleo, as cláusulas pétreas). No texto da Constituição Brasileira de 1988, encontra-se por seu art. 60, § 4º.<sup>23</sup>

E ditas conclusões levam a que não fazem jus à participação aqueles Estados e Municípios onde não ocorra extração de petróleo (sem prejuízo de que, se, no futuro, vier a ocorrer, passem a fazer jus).

Insista-se em que a norma consagrada naquele § 1º do art. 20 da Carta Magna tutela o pertinente unicamente ao petróleo extraído no respectivo território, por consequência, unicamente, de se tratar do ente produtor; só o ente produtor faz jus à participação; se não fosse assim, não faria sentido o texto da Constituição usar o vocábulo respectivo ('respectivo território'). E não fariam sentido as imbricações sistêmicas adiante expostas.

Portanto, estender participação no resultado da exploração de petróleo<sup>24</sup> a Estados e Municípios não produtores é inconstitucional; inconstitucionalidade que os projetos acima mencionados vêm cometendo através de um expediente tentativamente disfarçado, ladeante, o de retirar receitas dos produtores, criar fundos, colocar as receitas surrupiadas aos produtores nestes fundos e deles excluir os entes produtores.

<sup>23</sup> (Grifos nosso).

<sup>24</sup> (sic, § 1º do art. 20, CF/88).

## O direito também quando a exploração for no mar: a relação de respectividade – (STF)

De atentar-se a que o dito § 1º do art. 20 (CF/88) também tutela o atinente ao petróleo extraído do mar (plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva). No mar, a relação de pertinência é de respectividade para com o ente confrontante, é topográfica, é geodésica, não é de dominialidade<sup>25</sup>.

## A “participação” é “receita própria”, “receita originária” dos entes produtores (STF)

Importante corolário disto, também extraído, às expressas, pelo julgado da Suprema Corte: as participações, mesmo no mar, importam em receita própria, receita originária dos Municípios produtores e dos Estados produtores. Portanto, não se trata de transferências voluntárias de parte da União; tratar diferentemente é incidir em inconstitucionalidade.<sup>26</sup>

## A “limitação constitucional” da “constituição financeira”

Os malsinados projetos de novos rateios agridem, também, a ‘Constituição Financeira’, que é uma ‘limitação constitucional’ implícita integrante da expressa, esta, a norma do inciso I do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.<sup>27</sup>

A Constituição Financeira espalha-se por diversos preceitos da Constituição<sup>28</sup>. É de notar-se que o constituinte dá deveres aos entes federativos, mas lhes dá, correspondentemente, receitas também para que desempenhem as tarefas.

Advirta-se que a Constituição Financeira faz parte, inobjetavelmente, da forma federativa de Estado<sup>29</sup>, entendida como o modelo brasileiro de forma federativa adotado no texto da CF/88. *En passant*, as limitações constitucionais abrangem não somente as expressas, explícitas no texto constitucional, tanto quanto as implícitas, tácitas.<sup>30</sup>

E é importante ter-se em conta que, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “não há um modelo único de Estado federal a ser servilmente recebido como modelo necessário”<sup>31</sup>; o inciso I do § 4º do art. 60 significa a “forma de Estado

<sup>25</sup> (Como já decidiu o Supremo pelos MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e ADIN 2080-RJ).

<sup>26</sup> (MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e, igualmente, ADIN 2080-RJ).

<sup>27</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. São Paulo: Renovar, 2009, pp. 19-23.

<sup>28</sup> o §1º do art. 20 é um deles, outros são os repartição de receitas tributárias, o próprio Sistema Tributário etc.)

<sup>29</sup> (Limitação constitucional explicitada, enquanto cláusula pétrea, imposta pelo inciso I do § 4º do art. 60, CF/88).

<sup>30</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 178.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada”<sup>32</sup>, é “o modo de ser federal do Estado criado pela Constituição”<sup>33</sup>.

E o Supremo já julgou que a “forma federativa de Estado”<sup>34</sup> é algo que não pode ser conceituado “a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e como o adotou” e, “como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição”<sup>35</sup>.

Vale ressaltar que o Brasil estrutura-se por um modelo de federação próprio, pleno de peculiaridades particularíssimas – aliás, isto é apontado por Jorge Miranda, em sua obra *Teoria do Estado e da Constituição*, em longo apanhado em que elenca dezenas de modelos de federação particulares pelo mundo afora<sup>36</sup>.

## Os entes federativos produtores (Estados-membros e municípios) são também proprietários das jazidas de petróleo

Os malsinados projetos (e, inclusive, os remendos propostos por tentativas de acordos) afrontam outra limitação. É que os Estados e Municípios produtores também detêm propriedade sobre as jazidas de petróleo, ainda que propriedade parcial. O que significa concluir-se que os não produtores não fazem jus à participação.<sup>37</sup>

284

Eis que a propriedade do petróleo por parte de quem quer que seja não é plena, isto é, nem a União detém propriedade plena sobre petróleo e o Supremo já decidiu assim<sup>38</sup>.

O termo “União”, como o emprega o texto constitucional ao tratar da propriedade do petróleo (art. 20, IX, CF/88), é polissêmico, plurisignificativo<sup>39</sup>, ora significando “comunidade jurídica total”, ora significando “comunidade jurídica parcial”<sup>40</sup>.

É lição de Canotilho, a de que, a investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma ‘operação de determinação’ (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional porque, os elementos linguísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, ‘polissêmicos’ ou ‘plurisignificativos’ (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na Constituição). O recurso ao ‘texto’ constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 191.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo.. *Op. Cit.*, p. 238.

<sup>34</sup> (inc. I, § 4º, art. 60, CF/88).

<sup>35</sup> (STF, ADI 2.024-Sepúlveda Pertence).

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*

<sup>37</sup> (Grifos nosso).

<sup>38</sup> (cfr. ac. STF, ADI 3.273-9/DF, Relator Min. Eros Grau).

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>40</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, pp. 309-311.

enunciados linguísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções linguísticas relevantes.<sup>41</sup>

Tomando a noção de polissemia em texto constitucional, Kelsen ensina que, em uma federação, as normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado Federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a ‘federação’. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para partes definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas comunidades jurídicas parciais.

E prossegue o mestre de Viena, ensinando que, cada comunidade jurídica parcial abrange os indivíduos residentes dentro de um desses territórios parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os ‘Estados componentes’. Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal [total], a comunidade jurídica total, consiste, assim, (a) na federação, uma comunidade jurídica central [União], e (b) nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais.<sup>42</sup>

Hans Kelsen ainda identificou precisamente esta concreta situação de polissemia pelo que concluiu criticamente: “A teoria tradicional identifica, erroneamente, a federação com o Estado federal total”<sup>43</sup>.

E este conceito de Kelsen, está positivado no art. 18, *caput* da Constituição Brasileira.

O art. 18 da CF/88<sup>44</sup> que consagra, positiva este conceito de Kelsen, importa num somatório, numa equação, em que o membro da esquerda (parcela única), o total, a República Federativa do Brasil, significa “União”, somatório. Já o membro da direita, o que enuncia parcelas deste somatório, tem como parcela também integrante o ente “União”. Logo, um ser não pode ser igual a si próprio mais algo. Para solver esta impropriedade, é indispensável que se considere que o texto da Carta Magna, por aí, toma do mesmo vocábulo (União), mas, com duas acepções distintas, “(...) lá, à esquerda, como comunidade jurídica total, aqui, à direita, como comunidade jurídica parcial”<sup>45</sup>. Portanto, polissemia<sup>46</sup>.

Afinal, é axiomático que a União, não pode ser a soma dela própria, ou seja, União, mais outros valores. É que os bens constitucionais expressados por uma mesma palavra (União) são, respectivamente, de acepções distintas: logo,

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*. pp. 197-198.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, pp. 313-316.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 317.

<sup>44</sup> (“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios...”).

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 318.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 201.

polissemia ou plurisignificatividade. Como é obrigatório entender-se para a correta leitura do art. 18, *caput* da Constituição Brasileira.

De onde, no inciso IX daquele art. 20 – que diz que a jazida de petróleo é bem da União –, o termo União só pode ser entendido, em interpretação sistêmica da Carta, por “comunidade jurídica total”. Então, como aí se define que petróleo é bem de propriedade da “União”<sup>47</sup>, enquanto comunidade jurídica total, também o é dos Estados produtores e dos Municípios produtores eis que estes entes federativos são integrantes, componentes da “União”, esta enquanto comunidade jurídica total.

Só que daí decorre que, ainda por força de interpretação sistêmica, é obrigatório interpretar este art. 20, IX da Constituição, necessariamente de forma articulada, imbricada com o § 1º do art. 20 também da Constituição e acima citado, pois que este § 1º estabelece uma restrição para a conceituação de propriedade do petróleo, vez que limita o aferimento das participações aos respectivos Estados e Municípios onde haja exploração.<sup>48</sup>

Então, são proprietários os entes federativos - Estados e Municípios -, que sejam os respectivos, isto é, em que haja produção, extração do petróleo. E também no mar como já julgou o Supremo<sup>49</sup>.

De sorte que lei que, aberta ou veladamente, adjudique ‘participação’ a ente federativo não produtor incidirá em inconstitucionalidade - e o próprio projeto de lei que assim o faça incidirá também, assim porquanto se trata de “limitação constitucional”.

## Outro caminho que prova a propriedade dos Estados e Municípios sobre as jazidas de petróleo: o “*jus fruendi*” do § 1º do art. 20 da Constituição

É extremamente significativo, ainda, ter-se em conta outro raciocínio pelo qual se atinge a mesma conclusão, isto é, a conclusão a de que os entes federativos em que haja produção de petróleo são os únicos titulares da “participação no resultado da exploração de petróleo”<sup>50</sup>.

Estes entes federativos, por força da dicção deste § 1º, detêm o *jus fruendi*. O *jus fruendi* é elemento ou atributo ou componente, precisamente, do instituto da propriedade.<sup>51</sup> Assim sendo, a propriedade se decompõe em elementos seus componentes ou atributos, a saber, o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*.

Caio Mário Pereira preceitua que, o direito de usar *jus utendi* consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. Do mesmo modo, o direito de gozar, fruir *jus fruendi* realiza-se com a percepção

<sup>47</sup> (art. 20, IX, CF/88).

<sup>48</sup> (Respectivo quer dizer aquele onde, respectivamente, haja produção, não importa quem a faça).

<sup>49</sup> (“relação de respectividade”, cf. ac. no MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e ADIN 2080-RJ, *supra*).

<sup>50</sup> (§ 1º, art. 20, CF/88).

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Ática, 1974, p. 92.

dos frutos. E, por sua vez, o direito de dispor *ius abutendi* envolve a disposição material, isto é, consumir a coisa, transformá-la, alterá-la.”<sup>52</sup>

Destarte, precisamente o que está na base do julgado do Supremo, ao registrar que a propriedade não consubstancia uma instituição única, mas, o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles e, que, “a propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa”.<sup>53</sup>

Caio Mário da Silva Pereira, tratando de decomposição da propriedade em seus elementos, ensina que, podem esses atributos reunir-se numa só pessoa, e tem-se neste caso a propriedade em toda a sua plenitude, propriedade plena, ou simplesmente a propriedade ou propriedade sem qualificativos: *plena in re potestas*. Mas pode ocorrer o desmembramento, transferindo-se a outrem uma das faculdades, como na constituição do direito real de usufruto, ou de uso, ou de habitação, em que o *dominus* não deixa de o ser (domínio eminente) embora a utilização ou fruição da coisa passe ao conteúdo patrimonial de outra pessoa (domínio útil). Em tais casos diz-se que a propriedade é menos ‘plena’ ou ‘limitada’.<sup>54</sup>

Portanto, a propriedade da União sobre os bens: petróleo e gás natural não é plena, é limitada.

E, é exatamente limitada por força de disposição constitucional (o citado § 1º do seu art. 20, CF/88).

Veja-se ainda.

Já dissemos que União, Estados-membros e Municípios compõem o Estado Federal Total. Ou seja, como este resulta de um somatório, a propriedade não é só da União (comunidade parcial).

E que Estados-membros e Municípios também detêm elemento ou atributo da propriedade, vale dizer, também detêm a propriedade. Só que, tanto quanto à União detêm parte da propriedade.

E esta parte é, precisamente, o *jus fruendi*<sup>55</sup>. E tal direito administra-lhes, exatamente, insista-se, aquele § 1º do art. 20 da Constituição Federal, é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, (1) [na respectiva] plataforma continental, (2) [no respectivo] mar territorial ou (3) [na respectiva] zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Aí está, assim, *jus fruendi*, elemento, atributo, componente da propriedade.

E, por aí, se verifica o como os Estados produtores e os Municípios produtores participam da propriedade do petróleo.

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, pp. 94-95.

<sup>53</sup> ADIN 3.273-9/DF, Pleno, de 16.03.2005.

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, pp. 97-99.

<sup>55</sup> (Quanto a parte da propriedade, vide STF-ADI 3273, supra).

## **A impossibilidade de discriminação entre petróleo da camada geológica do pré-sal e petróleo da camada geológica do pós-sal**

Outra violência à limitação constitucional<sup>56</sup> vem sendo perpetrada (desde a origem dos projetos em 2009) em distinguir-se entre petróleo da camada geológica do pré-sal e petróleo da camada geológica do pós-sal. A Constituição, bem lida e lida pelo sistema normativo-constitucional acima desenvolvido, não permite distinguir ou privilegiar: tudo é petróleo, não importa a camada geológica de onde advenha.

Não há, na Carta Magna, qualquer preceito que autorize a distinção e há dispositivo que não permite como fartamente se demonstrou acima. Privilegiar ou distinguir, aí, incide em afronta a “limitações constitucionais”, aquelas também já explicitadas atrás.

## **A inconstitucionalidade (STF) do parâmetro de rateio que vem sendo tomado: o FPE**

Outra afronta à limitação constitucional é o critério de cálculo da ponderação parametrizatória dos respectivos quinhões de “participação” que vem sendo tomado pelas emendas e projetos, ou seja, o Fundo de Participação dos Estados. A índole deste é absolutamente incompatível com a natureza estrutural do sistema que a Constituição molda para rateio da “participação no produto da exploração de petróleo”. E esta obriga a que se adote o princípio constitucional da proporcionalidade, havido por implícito ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), isto é, proporcionalidade ao volume – por consequência, ao resultado financeiro –, produzido por cada ente, por óbvio, truísmo, produtor.

Ademais, cabe considerar que o Supremo já julgou inconstitucional o próprio FPE que o Projeto Vital do Rego e outros, contudo, utilizam para parametrização<sup>57</sup>. Tratar diferentemente disto é incidir em inconstitucionalidade.

## **A impossível confusão entre participação e compensação**

Outro tópico que prospera muito por aí e, insensatamente, é o consistente na afirmação, generalizadamente e indiscriminadamente, de que a participação sobre o produto da exploração do petróleo estatuída no § 1º do art. 20 da CF/88 tem e, atente-se bem, unicamente como razão de ser a compensação que se faria aos Estados e Municípios pela espoliação, sobretudo, quanto ao meio ambiente, que a indústria da produção do petróleo promoveria nos territórios daqueles.

Nada mais constitucionalmente insensato. Aliás, inspirou a esdrúxula e ardilosa “compensação” introduzida pela Emenda Pedro Simon.

<sup>56</sup> (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

<sup>57</sup> (Acórdãos nas ADI's 875, 1987, 2727 e 3243).



Ora, a compensação é figura jurídica que não se confunde (e até atrita) com o conceito de pagamento (e “participação no resultado da exploração”, do § 1º, art. 20, CF/88 a proprietário de um bem, no caso, petróleo); e pagamento, não é compensação. São figuras juridicamente distintas.

Paga-se a alguém que venda algo de seu patrimônio, pela alienação do bem vendido. Não se compensa este alguém.

Ao definir compensação, o Código Civil dispõe, por seu art. 368, que “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor um da outra, as duas obrigações extinguem-se até onde se compensarem”. Aí está a definição jurídica de “compensação”.

Ora, então, como a União Federal irá “compensar” os Estados e Municípios produtores por algo que não importa em obrigação destes (a “participação” do § 1º. do art. 20 da CF/88), já que tal participação é receita própria, receita originária dos Estados e Municípios, assim como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (supra)?

Tanto que, ainda dispõe o Código Civil, em seu art. 371 que, “o devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever”.

Insiste-se em que a Constituição, ao dispor que, é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração, mencionou, adotou duas figuras distintas, a saber: 1ª) a “participação”; 2ª) a “compensação”.

Distinguiu-as, pelo fenômeno da alternância ou exclusão<sup>58</sup> próprio de conjunção, que o é o vocábulo “ou” empregado no texto daquele § 1º, um conector.

Pelo enunciado daquele § 1º, ou se trata da figura da “participação” ou se trata da figura da “compensação”, nunca de uma por outra como se fossem uma coisa só, nunca da segunda como se a primeira fosse seu sinônimo.

O gramático Evanildo Bechara ensina a noção de conjunção na língua, o conector, como uma unidade que tem por missão reunir orações num mesmo enunciado<sup>59</sup>.

Então, o texto da Constituição que exprimiu aquele § 1º pelo enunciado de que, é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira

<sup>58</sup> Cf.: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>59</sup> BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 402.

por essa exploração, poderia tê-lo feito em dois períodos separados, independentes, assim: 1º período isolado: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.”; 2º período isolado: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, compensação financeira pela exploração de petróleo”.

E restaria redacionalmente deselegante ou menos elegante do que se valendo da conjunção “ou” como o fez.

É que, ainda citando-se Bechara, “Os conectores ou conjunções coordenativas são de três tipos, conforme o significado com que envolvem a relação das unidades que unem: ‘aditivas’, ‘alternativas’ e ‘adversativas’”<sup>60</sup>. E, no caso de que se cuida, pode dar-se a hipótese ‘aditiva’, como pode dar-se a hipótese ‘alternativa’, isto é, um determinado Estado ou Município fazer *jus* a participação e/ou a compensação.

Mas, as duas hipóteses, as duas figuras são distintas, independentes. Raciocínio, este, que se compatibiliza, às inteiras, com os argumentos sustentados no presente trabalho.

E o que, daí, avulta mesmo é que a Emenda Pedro Simon<sup>61</sup>, sobre “compensação” haja desrespeitado as “limitações constitucionais” dos incisos I e IV do art. 60, § 4º da Constituição (direito de propriedade dos entes produtores sobre petróleo) ao estabelecer a indistinção, a *mélange* de “participação” com “compensação”.

## A ausência do sentimento constitucional

Todas as afrontas aqui apreciadas fazem pasmar porquanto têm levado de roldão algo pelo qual a dogmática muito zela, o denominado “sentimento constitucional”<sup>62</sup>. Inclusive, no tocante às propostas de acordos que têm surgido. A classe política tem manifestado um imperdoável desdém à Constituição. E rasga-se a Constituição Federal, como um panfleto bastardo, sem importância. E isto vem desafiando o urgente coro por parte do Supremo Tribunal Federal, logo ele que é o guardião da Constituição.<sup>63</sup>

Jogam-se, contra dois Estados-membros da Federação, em grave crise federativa, todos os demais. Corre-se o risco para o qual adverte a doutrina<sup>64</sup>, o de desfecharem-se os fenômenos conhecidos na dogmática como “rutura constitucional” e “fraude à Constituição”.

<sup>60</sup> BECHARA, Evanildo. *Op. Cit.*, p. 403.

<sup>61</sup> (Feita deliberação do Senado enviada à Câmara).

<sup>62</sup> VERDÚ, Pablo Lúcas; *El Sentimiento Constitucional: Aproximación al Estudio Del Sentir Constitucional Como Modo de Integración Política*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1985, p. 186.

<sup>63</sup> (Art. 102, CF/88).

<sup>64</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*, pp. 224-225.

## A “fraude à Constituição” e a “ruptura constitucional”

Jorge Miranda classifica as rupturas constitucionais não revolucionárias no gênero das vicissitudes constitucionais quanto ao modo, e expressas quanto à sua espécie.<sup>65</sup>

Georges Burdeau tece, acerca delas, relevantes considerações que admitem a possibilidade da imbricação daquele fenômeno com o das fraudes à Constituição<sup>66</sup>.

No mesmo contexto, Canotilho e Gomes lecionam que, a ruptura operada pelo legislador de revisão pode ser, como vamos ver em seguida, não a forma de, através da exceção, atuar a Constituição, mas o meio de, pela exceção, defraudar a Constituição.<sup>67</sup>

A admissibilidade incontrolada de rupturas pode servir para substituir o legislador constituinte pela maioria parlamentar requerida para a revisão. Por esta via se desemboca nas manipulações constitucionais, conducentes a um conglomerado de rupturas, constitutivas de uma outra Constituição, substancialmente diferente da Constituição desenhada pelo poder constituinte. O fenômeno da fraude à Constituição (*Verfassungsbeseitigung*) é um fenômeno tornado possível pelo mecanismo das rupturas constitucionais.<sup>68</sup>

E Canotilho e Gomes, logo em seguida, exemplificam que, basta lembrar que a edificação do regime fascista em Itália, a instauração do nacional-socialismo na Alemanha, a construção do regime de *Vichy*, em França, assentaram sempre nisso: o governo que chegou ao poder através das eleições ou de outros processos relativamente legais, pressiona o órgão de revisão para este alterar ou ‘romper’ a constituição de acordo com os seus projetos políticos, para, a partir do regime constitucional excepcional, se edificar um modelo político totalmente dissonante em relação ao modelo do legislador constituinte.<sup>69</sup>

No Brasil, com o novo projetado rateio das “participações” no resultado da exploração do petróleo, vem-se fomentando algo assim intolerável, com uma particularidade, a de alterar-se a Constituição através de norma infraconstitucional, de lei ordinária. A Constituição do constituinte originário que fique para lá, eis que uma outra Constituição, rebelde àquela, se desenha pela lei ordinária, pela maioria oportunista.

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 177.

<sup>66</sup> La fraude à la constitution. - La violation du principe de la limitation du pouvoir constituant institué aboutit à une pratique que l'on a heureusement qualifiée la fraude à la constitution. Cette pratique que trois révolutions autoritaires (la révolution fasciste en Italie, la révolution nationale-socialiste et la 'révolution nationale' de 1940) utilisèrent parmi leurs instruments de réalisation, consiste ceci: un gouvernement arrivé au pouvoir par des procédés légaux fait pression sur l'organe de révision pour que celui-ci transforme la constitution ou même en établisse une nouvelle. *Citado in*: BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique. Tome IV*. França: LGDG, 1969, pp. 250-252.

<sup>67</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 226.

<sup>68</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 227.

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 228.

E esquecem, ou fingem esquecer, que a regra que a Constituição estabelece para “participação no resultado da exploração de petróleo” (art. 20, § 1º) é a mesma para “recursos hídricos para fim de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais”. Não interessa respeitá-la também quanto a isto.

Esquecem que há possibilidade de solução aos reclamos dos entes não produtores, qual a de que, em sendo a União também beneficiária do produto do § 1º do art. 20 da Carta, e como é, ela, o conjunto, ‘comunidade jurídica total’, que se compõe de todos os entes da Federação, pode distribuir parte de sua ‘participação’ aos entes não produtores, afinal, aos seus componentes. Sem, contudo, expulsar desta fração assim redistribuída, advirta-se, os entes produtores. Mas, nunca, o projeto igualar, como iguala, produtores e não produtores e retirar daqueles para dar a estes. Isto é inconstitucional, agride “limitação constitucional”.

## Conclusão

Diante de tal panorama, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a cumprir sua missão de guardião da Constituição e enfrentar o problema, solvê-lo, firmemente, em bem de seus deveres constitucionais. É sua obrigação. Como bem acentuou o Ministro Celso de Mello, no discurso em que saudou a posse do Presidente da Corte, o Ministro Ayres Britto: cumpre ao Supremo, ... na resolução dos problemas e na superação dos permanentes desafios com que se defronta esta Corte em sua condição de guardião da Constituição da República, sempre objetivando, na consecução das altas finalidades institucionais do Estado, o constante aperfeiçoamento do sistema de administração de justiça, para que este se revele processualmente célere, tecnicamente eficiente, politicamente independente e socialmente eficaz.

Vale dizer, sem temer a opinião pública, sobretudo, se manipulada por interesses amesquinhantes da Magna Carta.

## Referências bibliográficas

- BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Forense, 2003.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique. Tome IV*. França: LGDG, 1969.
- CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo II*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Ática, 1974.
- STF, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Brasília-DF: Brasiliense, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. São Paulo: Renovar, 2009.
- VERDÚ, Pablo Lúcas; *El Sentimiento Constitucional: Aproximación al Estudio Del Sentir Constitucional Como Modo de Integración Política*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1985.

# Apontamentos sobre direitos fundamentais

---

João Alves Bastos<sup>1</sup>

## Resumo

A partir de alguns apontamentos sobre direitos fundamentais, levantam-se algumas questões a eles atinentes que parecem não haver sido bem consideradas, abrindo caminho para algumas discussões a serem apontadas. Comentam-se as gerações e os destinatários dos direitos fundamentais e a imprecisão linguística do legislador em relação a deixar claro o que sejam direitos e o que sejam garantias fundamentais. Apontam-se as gerações de direitos fundamentais como não só um reconhecimento dos anseios sociais mas também como um reflexo da evolução sociopsicológica do homem na história; os destinatários dos direitos fundamentais como fruto da produção jurisprudencial em razão da imprecisão da linguagem posta pelo legislador quanto a eles; e a imprecisão linguística do legislador constituinte que deixou de cumprir seu dever de bem declarar o direito, ao usar indevidamente conceitos relativos a direitos e garantias, refletido em um uso vocabular inadequado a expressar o que de fato são uns e outros.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; gerações; destinatários; garantias; linguagem jurídica.

## Abstract

This article aims from some notes on fundamental rights to raise some issues attached to them that seem not to have been well considered, paving the way for some discussions raising. The notes are about the generations and the addressees of fundamental rights and about linguistic imprecision of the legislature in relation to say precisely what are rights and what are fundamental safeguards. The generations of fundamental rights are described not only as a recognition of social concerns but also as a reflection of social and psychological evolution of man in history; also the addressees of the fundamental rights as a result of jurisprudential production linked to the imprecision of language placed by the legislature to them, and the linguistic vagueness of the constituent legislator who layed aside their duty to declare clearly and by usind improperly the concepts to rights and guarantees, which is reflected by an inappropriate use of vocabulary to express what they really are each other.

**Keywords:** Fundamental rights; types; addressees; safeguards; law language.

## Introdução

Direitos fundamentais caracterizam-se por serem fatos da vida social que o Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, reconhece como direitos tão importantes que lhes atribui um estado superior devido a sua essencialidade no mundo jurídico.

---

<sup>1</sup> Mestre em Teoria do Direito, programa Hermenêutica e Direitos Fundamentais, pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) Juiz de Fora/MG, Brasil. Contato: joaoabastos@uol.com.br.

Ao longo dos três últimos séculos, em especial ao longo do século passado, os anseios sociais tornaram-se mais vigorosos, e os Estados passaram a atuar, cada vez mais, em prol da sociedade. A cada momento, a sociedade obteve o reconhecimento jurídico de algumas de suas pretensões, principalmente aquelas relativas à sua proteção e defesa em face do Estado. A cada novo fato da vida social, as pessoas passam a sentir necessidade de que algo deve ser assegurado pelo Estado. Muitas necessidades, porém, não são percebidas como necessidades de um momento ou de um contexto, mas necessidades intrínsecas ao ser humano em sociedade, merecendo por isso maior segurança em sua existência jurídica. Tais anseios sociais têm se convertido ao longo do tempo em direitos fundamentais, representativos do que há de mais essencial para uma justa convivência social.

Inicialmente, os direitos fundamentais foram vistos como direitos *contra* o Estado, porque (talvez) a sociedade o visse como seu único algoz. O Estado, então, era seu único destinatário. Hoje, todavia, o destinatário dos direitos fundamentais já não tem sido mais compreendido como unicamente o Estado; a sociedade tem percebido que outras forças – tais como forças econômicas – têm agido de modo a, de certa forma, enfraquecer esses direitos. Por conta disso, já se tem discutido se os direitos fundamentais também se destinam a relações não só verticais, entre o Estado e o particular, mas também horizontais, entre um particular e outro, e qual a extensão dessa destinação.

Ao lado dos direitos fundamentais estão as garantias fundamentais. A par da imprecisão da linguagem jurídica usada na Constituição Brasileira para designar o que são direitos e o que são garantias desses direitos, as garantias fundamentais são o instrumento jurídico capaz de assegurar, de um lado, que um direito fundamental não será violado nem ameaçado e, de outro lado, que se esse direito for violado, então ele será remediado, ou que se ele for ameaçado, então ele será precavido. A exemplo disso, a Constituição Brasileira de 1988 estabelece no inciso VI, do parágrafo 4º, de seu artigo 60, a irredutibilidade qualitativa de cada direito individual, e mesmo a mera pretensão (ameaça) de o assim reduzir.

A Constituição Brasileira Imperial de 1824, a primeira Constituição do mundo a expressar em termos normativos os direitos do homem<sup>2</sup>, já dispunha em seu artigo 179, entre outros, o direito à liberdade e à propriedade e a garantia de inviolabilidade doméstica.

## Gerações de direitos fundamentais

Ao falar-se em gerações de direitos fundamentais adota-se não um critério jurídico mas um critério didático<sup>3</sup>, cujos objetivos são demonstrar a evolução histórica da concepção de direitos como direitos fundamentais pelo direito e sua natureza<sup>4</sup>.

A par de a Constituição Brasileira de 1988 haver estabelecido cinco espécies ao gênero direitos (e garantias) fundamentais<sup>5</sup>, os direitos fundamentais

<sup>2</sup> BULOS. *Constituição Federal Anotada*, p.103.

<sup>3</sup> BULOS. *op. cit.*, p. 103.

<sup>4</sup> CAVALCANTE FILHO. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 12.

<sup>5</sup> GUERRA; Emerique. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*, p. 28.

classificam-se pela doutrina em quatro gerações (ou dimensões), o que representa cada etapa de conquistas efetuadas pelo homem, as quais umas somam-se às anteriores. À primeira geração correspondem direitos civis e políticos; à segunda, direitos econômicos, sociais e culturais; à terceira, direitos coletivos – fraternidade ou solidariedade –, à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à solidariedade universal, à comunicação e ao desenvolvimento; à quarta geração correspondem direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação<sup>6</sup>.

Direitos fundamentais representam, enquanto direitos, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de proteção e defesa de anseios sociais por um regramento estatal de fatos da vida social necessários à convivência comum das pessoas da maneira que, num certo momento, parece-lhes o mais apropriado ou o mais justo; e, enquanto fundamentais, o também reconhecimento por esse ordenamento de que tais direitos, mais do que direitos que visam ao ordenamento social por parte do Estado num determinado momento ou contexto, são essenciais, inerentes à condição social humana, sem os quais nem mesmo os demais direitos estariam protegidos e defendidos.

As gerações de direitos fundamentais representam a evolução humana refletida, a cada momento histórico, no reconhecimento pelo ordenamento jurídico da essencialidade de tais direitos.

## Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram no final do século XVII, e visam proteger as pessoas da esfera de atuação do Estado, determinando a este *prestações negativas* em relação àquele, por meio de um dever de comportar-se negativamente (não fazer).

Caracteriza-os a individualidade, posto que visam proteger – limitando o poder do Estado – a pessoa individualmente. Refletem o individualismo predominante no século XIX, influenciados pelos dogmas do Estado Liberal, que eram antagônicos à forte ingerência estatal na vida privada<sup>7</sup>.

Nascidos da Revolução Francesa, atualmente encontram-se inscritos no direito internacional no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

São exemplos desses direitos a proteção à vida, à igualdade formal, à liberdade de crença, à propriedade e à manifestação do pensamento, os quais estão previstos na CRFB/1988 no artigo 5º, *caput* (direito à vida, à igualdade e à propriedade), IV (manifestação do pensamento) e VI (liberdade de crença).

## Direitos fundamentais de segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração surgiram após a – e talvez mesmo como uma reação à – Primeira Guerra Mundial. Tais direitos visam forçar

<sup>6</sup> CONSELVAN. *O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais*, p. 18.

<sup>7</sup> PINTO. *Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*, p. 4.

o Estado a comportar-se positivamente (fazer), determinando a este *prestações positivas*, que demandam, em regra, serviços e políticas públicas<sup>8</sup>.

São exemplos desses direitos o direito à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia, os quais estão previstos na CRFB/1988, artigo 6º.

## Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração englobam os denominados direitos de solidariedade ou fraternidade<sup>9</sup>, “que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”<sup>10</sup>.

São exemplos desses direitos o meio ambiente equilibrado (art. 5º da CRFB/1988), a vida saudável e pacífica, o progresso, o avanço da tecnologia, e outros componentes de seu vasto catálogo. Seu traço mais marcante é a proteção aos direitos de titularidade coletiva, não buscam, portanto, proteger interesses individuais, mas difusos, ou seja, direitos e grupos de indivíduos<sup>11</sup>.

## Direitos fundamentais de quarta geração

Os direitos fundamentais de quarta geração correspondem à fase de institucionalização do Estado social, direitos que “consistem nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo”<sup>12</sup>, assim como os “relativos às biociências, alimentos transgênicos, clonagens”<sup>13</sup> e outros.

## Quadro comparativo das três primeiras gerações de direitos fundamentais

	1ª geração	2ª geração	3ª geração
<i>Titular</i>	Indivíduo	Grupos sociais	Difusa
<i>Natureza</i>	Negativos	Positivos	Supraindividuais
<i>Contexto histórico</i>	Revoluções liberais	Revoluções industrial e russa	Revolução tecno-científica
<i>Exemplos</i>	Vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei	Saúde, educação, moradia, lazer, assistência aos desamparados, garantias trabalhistas	Meio ambiente, comunicação social, criança, adolescente, idoso
<i>Valor-objetivo</i>	Liberdade	Igualdade real (material)	Solidariedade e fraternidade

Fonte: CAVALCANTE FILHO, p. 14-15.

<sup>8</sup> PRADO. *A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos: uma análise da reação da imprensa à proposta de criação do Conselho Federal de Jornalismo*, p. 9.

<sup>9</sup> BULOS. op. cit., p. 104.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 22164/SP. Relator Min. Celso de Mello.

<sup>11</sup> PINTO. op. cit., p. 5.

<sup>12</sup> PINTO. op. cit., p. 5.

<sup>13</sup> BULOS. op. cit., p. 104.



## Destinatários dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais dirigem-se diretamente ao Poder Público, entendido quando as pessoas jurídicas de direito público puras e as pessoas naturais quando agem em seu nome, no exercício de quaisquer de suas funções legislativas, executivas e judiciárias<sup>14</sup>, quando então deverá agir negativa (prestações de não fazer) ou positivamente (prestações de fazer) em relação aos indivíduos.

O cidadão aparece como destinatário nesse ponto, direto e indireto das normas de direitos fundamentais. Será ele seu destinatário direto quando essas normas tiverem por fim prestações negativas do Poder Público, protegendo-o face a tentativas estatais de intervenção no domínio privado; o será indireto quando essas normas tiverem por fim prestações positivas desse Poder, defendendo-o de possíveis ou concretas violações ao exercício desses direitos por inação do Estado<sup>15</sup>.

Embora, sem dúvida, entenda-se que os direitos fundamentais vinculam o Estado, “há cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado”<sup>16</sup>. Essa relevância significa: os direitos fundamentais deveriam aplicar-se não somente nas relações entre o Estado e os indivíduos mas também nas relações entre um indivíduo e outro indivíduo, daí denominar-se tal relação de eficácia horizontal, ou eficácia em relação a terceiros.

A controvérsia instala-se porque a CRFB/1988 não foi explícita quanto a afirmar se essa eficácia em relação a terceiros existe, limitando-se a dizer que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm *aplicação* imediata<sup>17</sup>.

A par disso, as teorias referentes à eficácia desses direitos nas relações entre particulares divergem quanto a ser essa eficácia indireta, ou mediata, ou direta, ou imediata.

### Os particulares como destinatários dos direitos fundamentais – as eficácias indireta e direta

A eficácia indireta reflete o modo de aplicação *mediante* a interposição de um órgão estatal a que se está atribuído o poder de aplicar os direitos fundamentais às relações entre particulares. Tais órgãos são o legislador e o juiz; o primeiro criando direitos ordinários a partir de direitos fundamentais, em que tais direitos ordinários regulariam, então, as relações entre particulares com base em direitos fundamentais; o segundo, aplicando ao caso *sub judice*, mas por *intermédio* das normas ordinárias de direito privado, os direitos fundamentais, em outras palavras, o juiz aplicará o direito privado às relações entre particulares sob a orientação dos direitos fundamentais.

<sup>14</sup> Cf. BULOS, op. cit., p. 110. CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 55. SARLET. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado*, p. 21.

<sup>15</sup> Nesse sentido, BULOS, op. cit., p. 110.

<sup>16</sup> UBILLOS. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, p. 270.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, § 1º.

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares reflete o modo *não interventivo* do Estado nessas relações, pelo qual tais direitos não precisam para sua aplicação às questões jurídicas entre particulares da *mediação* do Estado, seja por meio do legislador seja por meio do juiz.

Então, a eficácia indireta pressupõe que haja uma mediação legislativa ordinária, seja pela criação dessa legislação pelo legislador seja pela aplicação dessa legislação sob a orientação dos direitos fundamentais; isso quer dizer que de todo modo os direitos fundamentais têm sua eficácia entre particulares *mediada*, dependente de uma legislação, seja por sua criação – o que reflete o direito fundamental que a origina – seja por sua aplicação – o que reflete o direito fundamental que lhe orienta a aplicação.

A eficácia direta não depende dessa interposição do Estado, que se realiza por meio de uma legislação de direito privado, à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a qual se realiza ou por meio da consciência dos particulares, reconhecendo-os, ou por meio do juiz, aplicando-os *sem a mediação de uma legislação ordinária*.

## As pessoas jurídicas como destinatárias dos direitos fundamentais

As pessoas jurídicas, unidade em que pessoas naturais ou bens reúnem-se para atingir fins comuns, também são destinatárias dos direitos fundamentais<sup>18</sup> (e deveres deles decorrentes).

298

Embora se diga<sup>19</sup>, não se precisaria dizer que nem todos os direitos fundamentais<sup>20</sup> destinam-se às pessoas jurídicas; todavia, outros há que se lhes aplicam, como o mandado de segurança, o direito de propriedade, o de igualdade e, destaca-se, o da livre iniciativa, esta prevista como fundamento da República (CRFB, inc. IV, art. 1º) e como princípio geral da atividade econômica (*ibidem*, inc. IX c/c caput do art. 170).

Outras unidades em que pessoas naturais ou bens reúnem-se para atingir fins comuns, porém sem poder ostentar personalidade jurídica, as coletividades despersonalizadas (Senado da República, tribunais de justiça) e os núcleos patrimoniais (massa falida, espólio), são, com as mesmas limitações, destinatárias dos direitos fundamentais, tais como o devido processo legal (*ibidem*, inc. LIV), o contraditório e a ampla defesa (*ibidem*, inc. LV).

## Garantias fundamentais

Garantias, ao menos tecnicamente, não se confundem com direitos, porque enquanto os direitos são declarações de *atos* da vida reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico, as garantias são *instrumentos* reconhecidos como tais por

<sup>18</sup> BULOS. op. cit., p. 111.

<sup>19</sup> BULOS. op. cit., p. 111.

<sup>20</sup> O habeas corpus (CRFB/1988, inc. LXVIII, art. 5º), por exemplo, não é aplicável às pessoas jurídicas, as quais, por não serem pessoas naturais, não possui liberdade de locomoção.

esse ordenamento como meios de proteção e de defesa de tais direitos, constituindo as garantias direitos em si mesmas.

O ordenamento jurídico, ao reconhecer como direito de uma pessoa o fato de ela poder defender-se (CRFB/1988, 5º, inc. XXXIV, a), esse ordenamento reconhece como direito instrumental de proteção a possíveis violações desse direito de defesa a garantia do direito de petição (*ibidem, ibidem*), o qual em si já é um direito; ao reconhecimento do direito à liberdade (como gênero) de locomoção (como espécie) (*ibidem, LXVIII*) corresponde a garantia à fruição desse direito quando violado ou ameaçado de violação pelo instrumento *habeas corpus* (*ibidem, ibidem*).

Essa questão conceitual, em que direitos e garantias possuem traços semelhantes de significado, pois a garantia de um direito já é um outro direito, traz consigo uma dificuldade em se distinguir o que é direito do que é sua garantia. Muitas vezes, direitos e suas garantias estão presentes numa única declaração. Isso verifica-se no inciso LXVIII, do artigo 5º, da CRFB/1988, que ao afirmar que será concedido *habeas-corpus* contra violação ou ameaça à “liberdade de locomoção” declara de uma só vez o direito (liberdade de locomoção) e sua garantia (instrumentalizada no *habeas-corpus*).

Outro ponto de dificuldade decorre da questão vocabular. A falta, o abandono ou o descaso com a precisão vocabular na escolha de verbos usados para referir direitos e garantias tornam ainda mais tormentosas as desgastantes pesquisas da dogmática jurídica para determinar o apropriado sentido pretendido pelo legislador para referi-los. O jurista, em tais casos, precisa separar o joio do trigo, o que seria desnecessário se verbos fossem devidamente empregados. O legislador muitas vezes (ou quase sempre) “se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias”<sup>21</sup>. Veja-se, no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988 o direito de igualdade é assim declarado: “Todos são iguais perante a lei”, apropriadamente declarado pelo verbo ser, mas poderia ter sido declarado por “É garantido/assegurado a todos a igualdade perante a lei”, caso em que o “joio” representado pelo uso impróprio de qualquer dos verbos, garantir ou assegurar, teria de ser interpretado, uma vez que não estaria presente o instrumento garantidor/assecuratório de tal igualdade, do que se teria que tal declaração referir-se-ia a um direito propriamente, não a uma garantia desse direito. Mais adiante nesse artigo temos este uso indevido: “garantido-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à propriedade”, que seria melhor declarado por “sendo [...] invioláveis os direitos [...] à propriedade”, porque o que se declara é um direito, não uma garantia.

Mas, em que diferem direitos e garantias de direitos e garantias, estes, fundamentais? Difere que direitos e garantias fundamentais são aqueles declarados (formalmente) como tais na Constituição Brasileira, bem como aqueles direitos que embora não escritos são intrínsecos a garantias formalmente fundamentais que os asseguram, e ainda aquelas garantias que embora não formalmente fundamentais visam assegurar direitos fundamentais<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> SILVA. *Curso de Direito constitucional positivo*, p. 186.

<sup>22</sup> Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 65 e ss..

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança MS 22164/SP*. Relator Min. Celso de Mello.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almeida, 2006.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em [http://www.tvjustica.jus.br/apostilas\\_saber\\_direito.php](http://www.tvjustica.jus.br/apostilas_saber_direito.php). Acesso em 1º/07/2012.
- CONSELVAN, Jussara Seixas. *O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais*. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Brasília, v. 5, n. 5, jan./jul. 2009. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8/showToc>. Acesso em 1º/07/2012.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 7, dez. 2005. Disponível em [https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6Ux2PplEYPoj:fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf+fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShWUhTpnYLLJwNBqxls5Toe-9m9NVRKQo61\\_HMyrJLgtroBnFDKn8G6N2H2-xVyrLxlXEHxIKdwLEjwE2a4TbGUtRp5qP6tjBz96tUmXgFsjWkkYTIeRnyPvIGw3zZ2DoUIHE9U&sig=AHIEtbRc2QGEU36DspQQ-yJ6yxnErbXpww](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6Ux2PplEYPoj:fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf+fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShWUhTpnYLLJwNBqxls5Toe-9m9NVRKQo61_HMyrJLgtroBnFDKn8G6N2H2-xVyrLxlXEHxIKdwLEjwE2a4TbGUtRp5qP6tjBz96tUmXgFsjWkkYTIeRnyPvIGw3zZ2DoUIHE9U&sig=AHIEtbRc2QGEU36DspQQ-yJ6yxnErbXpww). Acesso em 1º/07/2012.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. In: Revista de Direito, n. 79, 2009. Disponível em <http://portaltj.trjr.jus.br/web/guest/institucional/dir-gerais/dgcon/artigos-juridicos>. Acesso em 1º/07/2012.
- PRADO, Daniel Nicory do. *A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos: uma análise da reação da imprensa à proposta de criação do Conselho Federal de Jornalismo*. Disponível em [https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:NITcxq5wfxUJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel\\_nicory\\_do\\_prado-1.pdf+daniel+nicory+do+prado&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGtfgxBPvjO2H0MlQ7P7vNrVAXeszj5I6bFAqRrR9kFoLocBQ3Zw2FVfxOzpf\\_6dfvkknYS-E2pjn3EmDrNuF-XvIno45819Wrp8O-Ll\\_Jv2A\\_zs\\_3yxmsmYufpMQ5w8E-AcxMqu&sig=AHIEtbSWMpWhGWcn9UHPY4MBSdgZFu8RwA](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:NITcxq5wfxUJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_nicory_do_prado-1.pdf+daniel+nicory+do+prado&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGtfgxBPvjO2H0MlQ7P7vNrVAXeszj5I6bFAqRrR9kFoLocBQ3Zw2FVfxOzpf_6dfvkknYS-E2pjn3EmDrNuF-XvIno45819Wrp8O-Ll_Jv2A_zs_3yxmsmYufpMQ5w8E-AcxMqu&sig=AHIEtbSWMpWhGWcn9UHPY4MBSdgZFu8RwA). Acesso em 1º/07/2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiro, 2005.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 263-93.

# A eficácia da execução: penhora de salário

---

Mariana Farias Dutra Portes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho visa analisar a eficácia da execução face à legislação atinente ao caso.

São analisados o instituto da penhora e o regime de impenhorabilidades, bem como os princípios constitucionais e processuais atinentes à execução civil, como o princípio da celeridade, eficácia da execução e dignidade da pessoa humana.

Especial atenção tem o tópico referente à penhora de remuneração e seu caráter alimentar. Neste momento, discutem-se os dispositivos legais correlatos e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo no que tange à constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Eficácia; execução civil; penhora; impenhorabilidade.

## Abstract

This study aims to examine the effectiveness of execution against legislation pertaining to the case.

We analyze the institution of collateral pledge and Restraint of attachments regime and the constitutional principles and procedures relating to civil enforcement, as the principle of expediency, effectiveness of implementation and human dignity.

Special attention has the topic on the attachment of pay and feed their character. At this point, we discuss the legal and related discussions doctrinal and jurisprudential, especially regarding the constitutionality.

**Keywords:** Effectiveness; civil execution; collateral pledge; restraint of attachment.

## Introdução

Muitos são os meios existentes no direito processual que visam à proteção do executado. Tais proteções são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana e, de forma mais específica, do princípio da menor onerosidade ao executado.

A proteção do executado vem em grande parte da Lei nº 8.009/90, mais conhecida como Lei do Bem de Família, e do artigo 649 do Código de Processo Civil, o qual teve sua disposição alterada pela Lei nº 11.382/06. Contudo, em vários dispositivos esparsos pode ser observada a proteção do executado, ainda que os artigos supracitados sejam os mais emblemáticos na prática.

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito, Especialização em Advocacia Geral pelo Centro Universitário Barão de Mauá, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Contato: mari-portes@hotmail.com. Orientador: Lucas de Souza Leffeld.



se aplica apenas à fase de conhecimento, mas tem especial importância na fase de execução, na qual muitas vezes processos são extintos sem resolução de mérito sem que o crédito seja satisfeito, com a alegação de não haver encontrado bens para satisfação do crédito, quando, na verdade, não foram efetivamente exauridos todos os meios de localizá-los. Nestes casos, a celeridade é colocada à frente da efetividade, notadamente pelas metas impostas aos magistrados pelo Conselho Nacional de Justiça, fazendo com que direitos reconhecidos não sejam efetivados.

Luiz Guilherme Marinoni (2012) entende que o princípio da efetividade é o mais importante do processo civil, posto que sua inobservância torna o direito reconhecido apenas letra morta.

O princípio da dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio constitucional, mas um preceito do Estado Democrático de Direito e um vetor de interpretação de normas. Por ele passou a defender as pessoas como um fim em si mesmo, por meio da garantia de uma gama de direitos que comporiam a dignidade, notadamente o direito à vida e à liberdade, dentre outros.

Uma das facetas da dignidade da pessoa humana é a proteção da propriedade em patamar que garanta condições de sobrevivência digna a pessoa. Neste caso, protege-se a moradia, a saúde, o lazer, a educação, etc.

A efetivação dos direitos pessoais está intimamente ligada à possibilidade econômica de obtê-lo. Assim sendo, na prática, é necessário dinheiro e propriedade para se fruir de muitos dos direitos fundamentais.

Ocorre que o conceito de dignidade humana é abstrato, portanto, é muito difícil aferir qual intromissão no patrimônio ocasionaria uma violação deste direito.

O princípio da menor onerosidade decorre da dignidade da pessoa humana e visa garantir que a execução não viole a dignidade do executado e se concretize da forma menos onerosa possível para este.

Assim sendo, a invasão do patrimônio do devedor é possível, contudo, a dignidade deste deve ser preservada.

No que tange à execução, a legislação infraconstitucional vem sendo extremamente protetiva ao executado, tornando impenhorável grande parte de sua propriedade e a totalidade de sua renda.

Ocorre que os conceitos explicitados (dignidade da pessoa humana, celeridade, efetividade e menor onerosidade) são princípios, razão pela qual a ponderação é o meio adequado à resolução de conflitos. Neste sentido, ao se contrapor a proteção da dignidade do executado e a efetividade do processo, a resolução encontra-se no caso concreto, por meio das técnicas de ponderação a serem aplicadas pelo magistrado *in casus*.

A proteção da dignidade do executado não deve ter caráter absoluto, até porque nem sempre a penhora de parte de sua renda implicará em violação de sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana apresenta um núcleo essencial, o qual seria intangível, e sempre preponderaria fase aos demais direitos. Assim sendo, nenhuma execução pode privar o devedor de todos seus recursos econômicos de









## Penhora por dívida alimentar

A dívida de natureza alimentar é um exemplo dos benefícios da possibilidade de penhora de vencimentos.

O § 2º do art. 649 dispõe que o disposto no inciso IV do mesmo artigo não se aplica no caso de pagamento de prestação alimentícia.

“§ 2º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.”

Assim sendo, é possível a penhora dos rendimentos do alimentante para pagar a prestação alimentícia.

Ocorre que a lei não determina um percentual sobre o qual a penhora pode recair, levando alguns magistrados a entender pela possibilidade de penhora da totalidade dos vencimentos.

*Data venia*, a penhora da integridade do salário do executado fere a dignidade deste de maneira incontestada, não lhe deixando qualquer meio de prover a própria subsistência. Do mesmo modo que o executado não deve ser protegido a qualquer custo, a execução também não deve ser efetiva a qualquer custo, devendo ser realizada uma ponderação entre a necessidade e a possibilidade das partes de modo a estabelecer um percentual sobre o qual incidirá a penhora, de modo que ambas as partes tenham sua dignidade protegida e que o processo alcance seu fim prático.

A execução de dívida alimentar apresenta o benefício da prisão civil, mas seu maior mérito em relação à execução comum encontra-se na possibilidade de penhora da remuneração do executado, visto que a prisão visa compelir o executado a cumprir sua obrigação, mas não a efetiva, enquanto que a penhora permite a efetiva satisfação do crédito, sem interferir no direito de liberdade de locomoção do executado.

## Tangibilidade dos rendimentos

A disposição legal que torna a remuneração impenhorável faz parecer que os rendimentos são intangíveis. Ocorre que existem diversas disposições legais que permitem a invasão do patrimônio do devedor diretamente em sua remuneração, notadamente com o intuito de beneficiar o credor quando este é o Estado ou instituições financeiras de grande poderio econômico.

O desconto na folha de pagamento do empregado é permitido na Consolidação das Leis Trabalhistas quando decorrer de ressarcimento de danos causados ao patrão. Do mesmo modo, a jurisprudência trabalhista vem entendendo possível a penhora do salário dos sócios para adimplir dívidas trabalhistas com os empregados.

Outra possibilidade é a retenção da remuneração do servidor público para ressarcir os cofres públicos.

Os descontos previdenciários e de imposto de renda também são realizados diretamente na remuneração e visam garantir o recebimento dos créditos pelo Estado.



## Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar a problemática em torno do dispositivo legal que determina a impenhorabilidade das verbas remuneratórias. Em princípio se destaca a questão do veto presidencial quando se tentou atualizar a norma e a patente inconstitucionalidade que envolveu este veto.

A legislação brasileira vai de encontro à tendência das legislações estrangeiras, visto que estas, de modo mais extenso ou restrito, permitem a penhora de parte da remuneração.

A impenhorabilidade absoluta fere princípios constitucionais relativos ao processo, como a efetividade e a celeridade, o que resta claro pelo alto índice de processos que se findam sem satisfação da execução por ausência de bens do executado.

A possibilidade da penhora de percentual da remuneração é necessária para garantir a satisfação do crédito e manutenção da confiança da população nos mecanismos judiciais.

A história nos mostra que a manutenção da impenhorabilidade absoluta dos vencimentos visa tão-somente privilegiar camadas abastadas da população, visto que a penhorabilidade destas verbas afetariam notadamente aqueles que recebem altas remunerações.

Em brilhante síntese, Sergio Cruz Arenhart (2008) expressa:

“Se é certo que salário é o elemento que assegura a manutenção das condições mínimas de vida do indivíduo, há de existir um limite para que a verba recebida seja considerada com essa natureza. Especialmente em um país como o Brasil, em que a desigualdade de salários é monstruosa, equiparar todos os tipos de remuneração (não importando seu valor) é, por óbvio, um disparate. Não se pode, evidentemente, tratar da mesma forma o salário mínimo e a remuneração de vários milhares de reais. Se, no primeiro caso, há evidente caráter alimentar em todo rendimento, o mesmo dificilmente será possível dizer quanto ao segundo. Existe, sem dúvida, um limite até o qual a remuneração deve ser protegida; extrapolado, porém, esse teto, não há razão para considerar o restante com caráter também alimentar. Afinal, não é a origem do dinheiro que deve ditar a sua essência alimentar, mas sim a sua finalidade. É certo que, passado um limite, o excedente do salário não mais será usado para custear despesas básicas da família, mas sim atenderá ao gasto supérfluo, que nenhuma relação terá com a ideia de alimentos, por mais ampla que seja.”

A possibilidade da penhora de percentual da remuneração é possível quando requerida de forma incidental pela parte interessada, quando então o magistrado, analisando o caso concreto, declarará inconstitucional o artigo 649, IV, do CPC, e determinará percentual sobre o qual a penhora recairá.



# Possibilidades e riscos: a incorporação das tecnologias da informação e comunicação (TICS) na formação de administradores

Alessandro Paiva<sup>1</sup>  
Ednelson de Jesus dos Santos<sup>2</sup>

## Resumo

Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICS), hoje, são vistas como ferramentas mais do que usuais para as novas gestações que já nasceram conectada. É a geração que hoje está sentada nos bancos das universidades e que está sofrendo, positiva ou negativamente, com o impacto das tecnologias da informação. Como os cursos de graduação em administração de empresas estão entre os cursos que mais crescem no Brasil e estão sendo impactados diretamente pelo uso dessas tecnologias, o presente estudo visa identificar se há benefícios diretos no processo de aprendizagem ou se os únicos beneficiários são as instituições de ensino que conseguem diminuir seus custos operacionais. Pode-se verificar que, talvez, por sua natureza enquanto ciência social aplicada, totalmente dependente da tecnologia, na administração o uso de tais tecnologias possa trazer mais benéficos que malefícios. O desafio atual é transformar informação em conhecimento, pois, no que tange aos processos produtivos, os mesmos já incorporaram a tecnologia em sua estrutura, organização e sistemas de controle.

## Abstract

Information and Communication Technologies (ICTs), are now seen as tools more than usual, new pregnancies who were born connected. It is the generation that is now sitting on the banks of the Universities and suffering that this positively or negatively with the impact of information technology. As undergraduate courses in Business Administration courses are among the fastest growing in Brazil and are being directly impacted by the use of these technologies, this study aims to identify whether there are direct benefits in the learning process or if the only beneficiaries are the institutions teaching that can lower your operating costs. One can see that perhaps, by its nature as applied social science, totally dependent on technology, administration the use of such technologies can bring more

<sup>1</sup> Administrador; Especialista em marketing, Mestre em Administração; Doutorando em Ciência Política e Relações Internacionais; Diretor do Curso de Administração e Recursos Humanos da Fundação Dom Andre Arcoverde; Professor do Faculdade Mackenzie Rio e do Centro Universitário Moacyr Seder Bastos; Professor da Fundação Getúlio Vargas; já atuou como coordenador do Curso de Administração de Empresas da Faculdade São Camilo e do Curso de Marketing da Unigranrio; autor do livro *Gestão Estratégica e Ferramentas de Qualidade em Saúde*; Sócio diretor da Gestão 1 Consultoria.

<sup>2</sup> Graduado em Administração pela *Faculdade Moraes Junior*; Mestre em Administração pelo *Ibmec-RJ*; Coordenador Geral do Curso de Administração, Escola de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade do Grande Rio; Prof. da Faculdade São Camilo e do IBMR; Sócio diretor da empresa Gestão 1 Consultoria.

benefits than harm. The current challenge is to transform information into knowledge, because when it comes to production processes they have already incorporated technology into its structure, organization and control systems.

### **Objetivo**

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer um panorama do processo de formação de bacharéis em administração no Brasil, considerando as possibilidades e os riscos provenientes da crescente tendência de introdução de Tecnologias da Informação e Comunicação nos projetos dos cursos. Embora as possibilidades pedagógicas das TICs sejam enormes, há o risco de subutilização das mesmas, tornando-se estas apenas uma ferramenta para obtenção de ganhos em escala, pondo em risco a efetividade da formação em administração.

## **Introdução**

Os cursos de graduação em administração de empresas têm experimentado vertiginoso crescimento no Brasil nos anos recentes, a ponto de serem estes hoje, os curso de graduação com maior número de alunos matriculados no ensino superior. Segundo dados do Censo da Educação Superior 2007, divulgados pelo Ministério da Educação (MEC), a carreira registrou 16,4% do total das matrículas, com 798.755 alunos matriculados e cerca de 120.000 egressos por ano.

Vários pesquisadores, entre eles Wood (2001), Nicolini (2002), Mattar e Vasconcellos (2008), concordam com a afirmação de que embora tenha se desenvolvido quantitativamente, não houve proporcionalidade em relação ao nível de qualidade da formação em administração, de modo que hoje tal formação, na grande maioria das instituições, prepara profissionais com um conjunto de competências que se encontra aquém daquelas demandadas pela sociedade contemporânea, tanto em termos específicos de atuação no ambiente empresarial como na forma como se dá a inserção destes indivíduos na sociedade como um todo. A relevância da questão é amplificada quando se considera que substancial parcela dos alunos matriculados em administração é oriunda das classes C e D, possuindo, em relação ao ensino superior, a expectativa de plataforma para ascensão social e inclusão na sociedade contemporânea.

Entre os vários elementos que resultam na baixa qualidade dos cursos de administração um que se destaca é a estrutura destes, ainda fundamentada numa lógica industrial, em que a decomposição e a racionalidade cartesiana prevalecem, gerando um ambiente e, sobretudo egressos, fortemente marcados pela visão fragmentada da empresa e do mundo, num movimento que pode ser considerado antagônico à multidisciplinaridade com que se dão as relações, os processos decisórios e a construção do conhecimento na atualidade.

Neste cenário, o desenvolvimento tecnológico tem oferecido à educação uma série de novas ferramentas que ampliam enormemente as possibilidades do processo educacional. Construção coletiva, compartilhamento, autodireção e alcance são algumas das possibilidades oferecidas pelas Tecnologias da Informação e Comunicação que podem tornar, nas palavras de Lévy (1998), a ação educativa flexível, aberta e interativa.



O propósito deste trabalho é avaliar de que forma a incorporação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) pode atuar como elemento de redução da distância existente entre a atual formação em administração, ainda fragmentada e, segundo Nicolini (2001), sustentada num modelo concebido para satisfazer demandas de uma sociedade de base industrial e os requisitos profissionais e humanos necessários ao exercício da plena cidadania, ou, como nas palavras de Vilardi (2005), “o desenvolvimento integral, autoestruturado, autogerenciado e autodirecionado do indivíduo, possível a partir de uma relação dialógica que se mediatiza pela interação múltipla” numa sociedade que, de acordo com Castels (2005), estrutura-se em rede e é baseada no conhecimento.

Afim de alcançar os objetivos propostos, a pesquisa buscará compreender a questão a partir de três eixos centrais a saber:

- A expansão e estruturação dos cursos de administração atuais;
- A sociedade contemporânea e o exercício da plena cidadania;
- As TICs e suas possibilidades no processo educacional.

### **A expansão dos cursos de administração**

Como apontado, os cursos de graduação em administração obtiveram, nos últimos anos, espantosa taxa de crescimento. Antes de aprofundar a discussão sobre a qualidade da formação oferecida aos egressos de administração e a adequação desta às demandas da sociedade contemporânea, faz-se necessário compreender alguns elementos essenciais deste processo de expansão.

Em relação às origens de tal crescimento, pode-se considerar um conjunto de fatores que se analisados isoladamente não explicam o fenômeno. Um primeiro elemento é a conjuntura econômica do Brasil, neste início de século XXI, e em particular o aumento do poder de consumo das classes C e D, fato que gerou, a uma enorme parcela da população brasileira, uma série de novos padrões de comportamento e consumo, muitas vezes representado pelo acesso ao ensino superior. Nos últimos quatro anos, este estrato social passou de 18% para 23% do público atendido pelas instituições de ensino superior e, segundo Braga (2009), a perspectiva é que esse número dobre nos próximos cinco anos, chegando a 2015 como a maioria do público universitário. Neste aspecto são relevantes a expansão do ensino médio ocorrida nos anos 90 do século XX e também iniciativas governamentais como o Programa Universidade para Todos (Prouni) e o Programa de Financiamento Estudantil (FIES) que constituíram-se em fortes impulsionadores do acesso ao ensino superior. O aquecimento da economia deu origem a um segundo fator a observar no crescimento dos cursos de administração, pois um período de intensas mudanças deu-se no ambiente empresarial: privatizações e concessões nas áreas em que antes atuava o governo, fusões de empresas nacionais com empresas estrangeiras, entrada no mercado de novas empresas estrangeiras e fusões entre empresas brasileiras a fim de enfrentar a concorrência global. Novos empreendimentos surgiram, destinados a explorar segmentos de mercados emergentes ou reforçar a concorrência nos que já existiam. Mais do que simples negócios, toda essa movimentação transforma profundamente o comportamento de três atores fundamentais: o capital nacional, o

capital estrangeiro e os governos, em todas as suas esferas. Tal efervescência acabou por aumentar o interesse da sociedade em relação à gestão e cursos de graduação e MBA passaram a brotar em velocidade vertiginosa para atender à crescente demanda de interessados. Para as instituições de ensino, isto constituiu-se em excelente negócio, uma vez que tais cursos podiam ser operacionalizados com baixos custos de investimento inicial e pouca ou inexistente regulação ou avaliação de qualidade.

Um terceiro elemento é o fenômeno denominado por Wood Jr. e Paes de Paula (2001) como *pop management*, que vem a ser a popularização através da simplificação, da literatura produzida no país sobre gestão, o que gerou na compreensão destes autores a chamada “indústria de gestão”. A literatura de *pop management* compreende livros e revistas de consumo rápido, produzidas pela mídia de negócios. A mídia de negócios faz parte da indústria da gestão, junto com as empresas de consultoria, os “gurus empresariais” e as escolas de negócios.

Segundo Wood Jr. e Paes de Paula (2001), o primeiro pilar da indústria da gestão são as escolas de administração. As condições ambientais, reais ou imaginárias, de incerteza e turbulência e a natureza fugaz do conhecimento na área têm fomentado os negócios na área de ensino, atraindo um número cada vez maior de interessados. Tanto quanto o conhecimento instrumental de novas metodologias e técnicas, os estudantes e os executivos que procuram as escolas de administração buscam a assimilação do discurso gerencial e a legitimidade de um diploma.

As escolas de administração constituem ambientes privilegiados para a difusão das ideias de empreendedorismo e da cultura do *management*, porém em cursos criados à imagem e semelhança de restaurantes de *fast-food* (ALCAPADINI e BRESLER, 2000), informações de qualidade duvidosa circulam com o apoio da literatura de *pop-management*, acessível e de fácil leitura. Por sua vez, os alunos, em sua maioria oriundos das classes C e D e já submetidos à dupla jornada, de trabalho e estudo, favorecem aulas-shows e cursos “divertidos”. Já tangenciando a análise que se dará posteriormente sobre o atual perfil do egresso da formação em administrador, pode-se concluir que na maioria das vezes no lugar de visões críticas, abstrações e teoria, ganha espaço o *pop management*, com sua retórica salvacionista, programas de sete passos e receitas para o sucesso. Vale observar, que além deste “gênero de literatura” exercer papel de atração para os ingressantes em administração, a literatura *pop management* constitui-se também em poderoso influenciador das expectativas que estes possuem em relação às experiências e tipo de aprendizado pelas quais passarão ao longo do quatro anos de curso.

Neste ponto, e em concordância com as contribuições de pesquisadores como Nicolini (2003), Wood (2001), Schwartzman e Schwartzman (2002) e Covre (1991), entre outros, é possível a proposição de um processo de reflexão crítica sobre a formação profissional de administradores nos cursos de graduação, a partir de uma de suas principais fragilidades empiricamente observáveis: a fragmentação do ensino, com ênfase no repasse do ferramental técnico-conceitual, e a decorrente ausência de adequada visão geral e sistêmica de organizações e sociedade. Para construir uma melhor compreensão sobre o tema, quatro questões fundamentais deveriam ser mais profundamente consideradas: a origem dos cursos de administração no Brasil, contribuindo para explicar como surge a ênfase nas

ferramentas e técnicas; a complexidade do ambiente organizacional como objeto da administração que acaba por construir controvertidas visões sobre o que vem a ser a administração e o que faz o administrador; a lógica dominante na produção do conhecimento e como ele vem repercutindo até hoje na reprodução do conhecimento dentro dos cursos superiores; e os projetos pedagógicos dos cursos de administração, abordando os problemas relacionados com suas premissas e práticas e também com as estruturas institucionais para sua operacionalização.

## A sociedade contemporânea e o mundo do trabalho

Pelo lado da sociedade, uma série de profundas mudanças vêm acontecendo ao longo dos últimos anos, tendo por base a incorporação cada vez mais acelerada da tecnologia da informação como elemento essencial ao processo produtivo. Essas mudanças afetaram a estrutura produtiva e inclusive as formas de representação sindical e política nos países capitalistas avançados. Neste período surge um novo paradigma na relação capital e trabalho o qual, segundo autores como Rifkin (2001) e Sevcenko (2009), foi construído, de uma forma geral, pelos avanços tecnológicos, e de forma mais específica, nas áreas de automação, robótica e microeletrônica. Estes instrumentos tecnológicos foram inseridos no ambiente produtivo das empresas com a intenção de investimento no capital, para conquistar o máximo possível de vantagem competitiva, em relação aos demais concorrentes. Segundo Antunes (2008), “as novas tecnologias, as formas de organização e gestão do trabalho têm possibilitado expressivos avanços nos resultados de produtividade”. A partir desta década, estabeleceu-se uma nova relação de trabalho e de produção do capitalismo, e que continua se desenvolvendo. Segundo Harvey (2009, p. 78), “a acumulação flexível parece implicar níveis relativamente altos de desemprego estrutural [...], rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos [...] de salários reais [...] e o retrocesso do poder sindical”.

Antunes (2008) argumenta que todas estas mudanças articulam-se por um grande desenvolvimento tecnológico nas empresas e pela descentralização produtiva. Castels (2008) refere-se a esta forma de organização descentralizada como empresa em rede, classificando as redes no âmbito organizacional em redes de fornecedores, redes de produtores, redes de clientes, coalizões-padrão e redes de cooperação tecnológica.

Ainda sobre as redes, Castels (2008) comenta:

“São antes de tudo redes de empresas de diferentes formas, em diferentes contextos e a partir de expressões culturais diversas. Redes familiares nas sociedades chinesas e no Norte da Itália; redes de empresários oriundos de ricas fontes tecnológicas dos meios de inovação, como o Vale do Silício; redes hierárquicas comunais do tipo *keiretsu* japonês; redes organizacionais de unidades empresariais descentralizadas de antigas empresas verticalmente integradas [...] redes empresariais compostas de clientes e fornecedores de determinada empresa, inseridos numa teia mais ampla de redes formadas ao redor de outras empresas em rede; e redes internacionais resultantes de alianças estratégicas entre empresas e suas redes auxiliares de apoio.” (CASTELS, 2008 p. 255)

Castels (2008) complementa que a “grande empresa com várias unidades, hierarquicamente organizada em linhas verticais de comando parece estar mal adaptada à economia informacional/global”.

No caso do desenvolvimento tecnológico, diferentemente da sociedade industrial, o capitalismo contemporâneo não estimula a inclusão das pessoas no mercado de trabalho, pelo contrário, ela as exclui tanto pela automação das fábricas quanto pelo avanço tecnológico, cada vez mais intenso destas tecnologias de informação, potencializando a capacidade das empresas em alcançar seus objetivos, ou simplesmente reduzir custos e aumentar os lucros. Harvey (2009) contribui afirmando que a “compressão do espaço-tempo” na sociedade atual ocorre em virtude do desenvolvimento da tecnologia de informação, o tempo nas tomadas de decisões diminui enquanto as telecomunicações e a redução dos custos de transporte proporcionam ao capital uma propagação muito mais imediata das decisões num espaço temporal muito menor. As principais características do atual modelo de acumulação, seja nas flexibilidades da produção (respondendo de acordo com a demanda do mercado consumidor), dos processos de trabalho ou das mobilidades geográficas, é proporcionada por constantes estímulos às inovações tecnológicas. A busca por informações mais precisas faz com que as empresas desenvolvam ferramentas que processem os dados do mercado e as organizem no menor espaço de tempo possível, produzindo informações seguras e úteis à tomada de decisão.

Vale à pena ressaltar que conhecimento científico e técnico sempre tiveram uma relação de complementaridade e ambos são muito importantes para a continuidade saudável das organizações, porém, na atualidade, a velocidade com que as mudanças acontecem, exigindo muito mais flexibilidade do processo produtivo. Possuir informações valiosas e conhecimento intelectual são, muitas vezes, sinônimos de sobrevivência.

Desta forma, de acordo com Villardi e Oliveira (2005):

“O ingresso na sociedade da informação tende a aumentar ainda mais os limites entre países ricos e pobres e, dentro desses, a distância entre incluídos e excluídos, à medida que a revolução da informática representa mais que uma derrama de máquinas, mas fornece novos modelos teóricos que afetam diretamente nossa forma de conceber, racionalmente, a realidade, com significativos impactos sociais”. (VILLARDI E OLIVEIRA, 2005, p. 56)

A descentralização produtiva que se seguiu à introdução das novas formas de produção favoreceu o surgimento de pequenas e médias empresas, principalmente no setor de serviços. As fábricas, que antes eram grandes e concentravam todos os seus recursos em um único local, agora, estão descentralizando sua produção em unidades produtivas menores. A descentralização produtiva promove e evidencia a perda de coesão e autonomia da classe trabalhadora, que, por não dominar a nova lógica em que se articula o mundo, acaba sendo posicionado à margem deste.

Segundo Antunes (2008, p. 28), “a fragmentação do trabalho, adicionada ao incremento tecnológico, pode possibilitar ao capital tanto uma maior exploração

quanto um maior controle sobre a força de trabalho”. A descentralização produtiva também abre novas oportunidades para o capital se instalar em locais onde a oferta de mão de obra é mais barata, ou seja, nos países subdesenvolvidos e contribuindo assim favoravelmente à precarização do trabalho, já que em muitos destes países há poucas legislações trabalhistas ou mesmo nenhuma. Esta tendência não afeta somente as classes trabalhadoras nos seus níveis mais baixos, mas esse processo de precarização do trabalho atinge também os empregos estabilizados.

Toda esta nova postura do capital seja de forma geral estimulado pelo desenvolvimento tecnológico ou pelo desmonte dos concentrados parques industriais se consolidaram no mundo capitalista e continuam se desenvolvendo.

Tanto as tendências consolidadas de investimentos em inovações tecnológicas, que procuram atribuir às máquinas capacidades físicas e mentais para otimizar os resultados, como a descentralização produtiva procuram reduzir ao máximo os custos, que seriam maiores se alocassem trabalho humano.

Os produtos destes meios que o capital utiliza para se expandir são identificados por Frigotto (2001), como a “ampliação do desemprego, [...] precarização do trabalho e [...] uma situação de permanente angústia e insegurança daqueles que, para sobreviver, têm apenas sua força de trabalho para vender”.

É visível, no mundo capitalista, a desproletarização do trabalho industrial e um significativo crescimento no setor assalariado de serviços. A classe operária está sendo substituída por uma classe, denominada por Antunes (2005) como “classe-que-vive-do-trabalho”, que pode ser entendida não como uma classe consolidada, mas como um corpo de trabalhadores sem fortes representações sindicais que protejam seus interesses.

Suas formas de trabalho são também conhecidas como “parcial, temporário, precário, subcontratado, terceirizado”. Esta nova classe de trabalhadores de caráter precário não consegue se consolidar como uma classe trabalhista formalmente organizada e o próprio crescimento empregatício no setor de serviços é um dos exemplos desta classe de trabalhadores.

A atual composição, por sua vez, pode realçar potencialidades humanas que se exigem cada vez mais criativas e colaborativas, resignificando o entendimento de coletivismo, geração e difusão de conhecimento e residindo talvez aí, a chave para inclusão, uma vez que a não incorporação das tecnologias da informação segundo Vilardi e Gomes (2005) “constitui-se como a impossibilidade de compreender e lidar com as novas formas de pensar e de organizar-se no ambiente social”.

A compreensão do mundo do trabalho, e consequentemente do conjunto de competências exigidos para que se possa transitar plenamente nesta nova lógica, deveria ser parte essencial da formulação e execução dos projetos de formação de administradores, fato que, num primeiro exame, não parece acontecer, uma vez que lógica fragmentada e reducionismos parecem imperar.

## As TICs e suas possibilidades no processo educacional

Muito tem se falado sobre o termo Sociedade do Conhecimento que remete a uma valorização do saber/saber e do saber/ser (DELORS et al, 1996) em relação ao saber fazer, ou seja, o capital físico e operacional dá lugar ao capital intelectual,

às competências que o indivíduo adquire por meio da educação, tais como se relacionar, cooperar, intervir e atuar de maneira consciente e cidadã no meio que ocupa.

Uma das grandes características dessa realidade social, que começou a se formar na Era Pós-Industrial, são as inovações tecnológicas. Esse fator influenciou e continua influenciando o crescimento do acesso à informação. Sendo assim, o desafio atual é transformar informação em conhecimento. Na educação, sobretudo se esta assume o papel de viabilizar inclusão, esta é questão essencial, uma vez que a cultura contemporânea no que toca aos proprietários dos processos produtivos já incorporou a tecnologia em sua estrutura, organização e sistemas de controle.

Na visão de Silva e Neto (2009), “com a pluralidade de recursos e inovações proporcionados pelas tecnologias digitais, o indivíduo encontra-se cercado de aparatos tecnológicos que causam interesse e, conseqüentemente, o uso dessas novidades passa a se intensificar”. Conhecidas também como Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC’s), as tecnologias digitais podem ser definidas pelas palavras de Masetto (2000):

“Por novas tecnologias em educação, estamos entendendo o uso da informática, do computador, da internet, do CD-ROM, da hipermídia, da multimídia, de ferramentas para educação a distância – como *chats*, grupos ou listas de discussão, correio eletrônico etc. – e de outros recursos de linguagens digitais de que atualmente dispomos e que podem colaborar significativamente para tornar o processo de educação mais eficiente e mais eficaz.” (MASETTO, 2000 p. 152).

A respeito desses recursos, Lévy (1998) ressalta que:

“Tais tecnologias intelectuais favorecem novas formas de acesso à informação, como: navegação hipertextual, caça de informações através de motores de procura, *knowbots*, agentes de *software*, exploração contextual por mapas dinâmicos de dados, novos estilos de raciocínio e conhecimento, tais como a simulação, uma verdadeira industrialização da experiência de pensamento, que não pertence nem à dedução lógica, nem à indução a partir da experiência”. (Levy, 1998)

Diante da inserção dessas tecnologias no cotidiano da educação, aluno e professor podem assumir papéis diferentes daqueles antes típicos. O primeiro deve ser estimulado a ter uma postura ativa em que a coautoria, o autodidatismo, a pró-atividade e a colaboração são características centrais. Já o segundo, agora, deve atuar como mediador, facilitador, incentivador e animador do educando no processo de formação.

Partindo desse contexto, acredita-se ser possível tratar das possibilidades de formação humana diante da influência das TIC’s e do ciberespaço na educação por meio de três eixos: a revisão de alguns conceitos relativos ao ato de ensinar e

aprender, o presente processo de construção de um novo paradigma educacional e os novos papéis dos envolvidos no processo educacional, detendo o olhar para as particularidades relacionadas ao processo de formação de administradores.

Faz-se necessária a explicação de Pierre Lévy (1998) acerca do que significa o termo virtual, pois o autor aponta um paradoxo, ou seja, para muitos, a virtualidade significa algo que não existe. Lévy (1998) esclarece que aquilo que o senso comum atribui característica de “irreal” por não ocupar espaço físico geográfico, é algo que existe em potencial e capaz de atingir proporções imensuráveis, portanto, pode não estar presente em ato ou não ser algo tangível, mas é algo possível. Antecede o que é tangível e deste emerge outra potencialidade.

Dessa potencialidade do virtual a educação passa a contar com uma poderosa aliada no processo de ensino aprendizagem: as tecnologias digitais que, se bem aplicadas, pedagogicamente falando, além de romperem as barreiras de espaço e tempo como é o caso da EaD, ajudam a promover uma positiva revisão de papéis dos envolvidos.

Sendo assim, pode-se cogitar o afloramento de uma nova tendência pedagógica, a pedagogia do ciberespaço ou pedagogia on-line em que, ao contrário do que se pensa, o maior investimento deve recair sobre recursos humanos, porque estes são os responsáveis por dar vida a esse espaço virtual, dando o sentido de aprendizado e de crescimento pessoal e profissional.

O atual perigo do processo de incorporação das TICs na formação de administradores é que esta pode ser compreendida equivocadamente e ter seu uso restrito à reprodução em ambiente virtual dos modelos veiculados e arraigados à formação tradicional, jogando por terra o potencial inclusivo de tais ferramentas e criando simplesmente o que Vilardi e Gomes (2005) resumem como “apostilas eletrônicas”. Seria, fazendo referência a Nicolini (2003), simplesmente aumentar a capacidade produtiva das “fábricas de administradores”, aprofundando o abismo entre seus egressos e o mundo do trabalho e consequentemente a plena cidadania. Portanto, fazendo referência à Eco (1970) para evitar a vã posição apocalíptica e a ingenuidade integrada é necessário aprofundar as reflexões sobre o uso dos meios tecnológicos na educação e mais especificamente a forma como se organiza e realiza a formação em administração. A massa de estudantes que a cada ano opta pelo curso torna urgente tal discussão, devolvendo ao curso sua capacidade de promover inserção social e cidadania.

## Conclusão

Com base no exposto, pode-se dizer que, em se tratando de cursos de graduação em administração de empresas, o uso de tecnologias no processo de aprendizagem pode ser considerado eficiente devido ao perfil do estudante e das características que o mercado de trabalho exige desse egresso. Dever-se tomar cuidado apenas com a “mecanização” ou, adaptando o conceito de Taylor, não tornar o aluno um apêndice da tecnologia aumentando a inclusão de mais e mais profissionais nas empresas sem a devida formação humanística e com toda a “frieza” que a tecnologia pode trazer.

## Referências bibliográficas

- ALCADIPANI, R. e BRESLER, R. MacDonalDização do Ensino. *Carta Capital*, 10 de maio, p. 20-24, 2000
- ANTUNES, R. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. In: GENTILI, P.; FRIGOTTO, G. A cidadania negada. São Paulo: Cortez, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BRAGA, R. *Administração é o curso com mais matrículas no ensino superior*. In: <http://educacao.uol.com.br/ultnot/2009/02/03/ult105u7548.jhtm>. Acesso em 20 de setembro de 2011.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura*, vol. 1. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, 8. ed.
- COVRE, M. L. M. *A formação e a ideologia do administrador de empresas*. São Paulo: Cortez, 1991.
- DELORS, J. et al. *Educação um tesouro a descobrir Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI*. São Paulo: Cortez, 1998.
- ECO, U. *Apocalípticos e integrados*, São Paulo: Perspectiva, 1970.
- FRIGOTTO, G. *Educação e trabalho: bases para debater a educação profissional emancipadora*. Perspectiva, Florianópolis: UFSC - Núcleo de Publicações do CED, v. 19, n. 1, p. 71 - 87, jan./jun. 2001.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1998.
- HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 12 ed. São Paulo: Cortez/Unicamp, 2008.
- LÉVY, P. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- MASETTO, M. T. Mediação pedagógica e o uso da tecnologia. In: \_\_\_\_\_. MORAN, J.M.; MASETTO, T.; BEHRENS, M. A. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. 12 ed. Campinas: Papirus, 2000.
- MATTAR, F. N. e VASCONCELLOS e E. P. G. *Avaliação do ensino de administração: modelo conceitual e aplicação*, 3º SEMEAD Programa de Pós-graduação em Administração FEA USP, São Paulo, 2003.
- NICOLINI, A. *Qual será o futuro das fábricas de administradores?* In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 25., Campinas (SP), 2001. Anais. Campinas: ANPAD, 2001 p. 122.
- RIFKIN, J. *O fim dos empregos*, Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- SACRISTÁN, J. G. *Educar e conviver na cultura global: as exigências da cidadania*, Porto Alegre: Artmed, 2002.
- SANTOS, B. S. *A universidade do século XXI*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, J. L. *O que é cultura*. Col. Primeiros Passos, 110. Brasiliense, 1994.
- SARAMAGO, J. *Este mundo da injustiça globalizada*, Fórum Social Mundial, 2002. In: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2913](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913). Acesso em 23 de setembro de 2011.
- SCHWARTZMAN, J. e SCHWARTZMAN, S. *O ensino superior privado como setor econômico*. Trabalho realizado por solicitação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), São Paulo: Agosto de 2001.
- SENNET, R. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- SEVCENKO, N. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- SOUZA, R. F. *Uma pequena contribuição para a crítica às mudanças no mundo do trabalho e os reflexos na formação educacional*. Revista CADE-FMJ, 13 ed., ano VII, p. 96 - 114, jul./dez. 2007
- TIFFING, J. *Universidade virtual e global*. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- WOOD JR., T. e PAES DE PAULA, A. P. *Pop management: contos de paixão, lucro e poder*; Revista Organizações e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, v. 9, n. 24 Salvador, Maio/Agosto 2002.
- VILLARDI, R. e OLIVEIRA, E. G. *Tecnologia na educação: uma perspectiva sociointeracionista*. Rio de Janeiro: Dunya, 2005.



# O desafio de ser professor: a sociedade muda, a prática de ensino muda e os valores não. Qual a saída?

---

Aldjane Prata<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo apresenta uma análise sobre o desafio de ser professor na era contemporânea, buscando algumas soluções para os problemas que esse desafio apresenta no cotidiano escolar. Perpassa rapidamente pelas questões das mudanças sociais, pelos valores e contra valores sociais. A prática de ensino situada na história da educação brasileira e, finalmente, chegamos a possibilidades de solução, concluindo que as atitudes são fundamentais para o sucesso escolar.

**Palavras-chave:** Ensino; gestor; mudança; prática; professor.

## Abstract

This article presents the an analyse about the challenge of being a teacher nowadays, looking for solutions to solve the problems presented by the challenge at school daily routine. Permeates quickly at social changing questions, by social values and against social values. The education practice in Brazil and finally, we achieve the possible solutions, concluding that attitudes are the best to get school success.

**Keywords:** Education; manager; changing; practice; teacher.

## Introdução

Ao deparar com o tema do VII Seminário de Passa Vinte – O Desafio de ser Educador, acolhi o desafio de dispor sobre o tema.

O cenário educacional nacional permeia minha mente, ações importantes minam do Ministério da Educação, tentando dar sentido e rumo à educação brasileira. No mesmo instante, esbarra-se no cotidiano escolar, que carrega em seu âmago sérios problemas relacionados à sua própria função; bem como a sala de aula que difusa pelo imperativo da era contemporânea se perde na ação precípua que é levar o aprendiz ao aprendizado.

À luz dos problemas enfrentados pela escola, recortamos a gestão escolar que imprime em sua ação o conceito se não equivocado, mal compreendido do

---

<sup>1</sup> Pedagoga; Especialista em Educação; Professora do Ensino Superior da Faculdade de Valença/RJ (FAA); Professora do Ensino Médio na Secretaria de Estado de Educação RJ; Supervisora Escolar no município de Barra Mansa; Assessora e consultora de assuntos educacionais e, atualmente, Secretária de Educação de Quatis/RJ.

princípio primeiro da liberdade, do que é decisão colegiada e/ou da maioria – a democracia. Não buscando o fortalecimento do grupo, da instituição, bem como a não ação democrática, necessária na realização de uma educação de qualidade. Esse não fazer, reflete num círculo vicioso que a escola não consegue se livrar.

Podemos perceber esta realidade na exposição clara e precisa do renomado professor Arnaldo Niskier (2011, p.?) “Uma gestão eficaz tem tudo a ver com a qualidade da educação, apesar de todos os óbices mais ou menos conhecidos.” Com a nossa experiência no comando da Secretaria Estadual de Educação do Rio de Janeiro em duas oportunidades, deu para inferir que muito do que se passava de bom, na escola, dependia estritamente da capacidade de gestão e de adesão à tarefa dos diretores eventuais.

Os salários sempre foram baixos, as verbas para as reformas eram mínimas, mas deu para perceber que, quando uma gestora era eficiente e dedicada, os problemas diminuía a intensidade, como num passe de mágica. O mesmo pode ser dito em relação à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde exercemos atividades docentes e administrativas durante 27 anos. Isto nos leva a uma primeira conclusão: “a performance de um estabelecimento de ensino, seja em que grau for, depende muito da figura do administrador [...]” (NISKIER, 2011, p. 19).

Somando a desvalorização histórica do magistério, desaguando em baixos salários, percebemos que a escola vive um dos eixos mais problemáticos no cenário educacional da modernidade: o desafio de ser professor.

Na certa, esse tema tem em seu cerne, uma tese creio. Mas humildemente vamos decorrer num breve artigo sobre o assunto. Para tanto, analisaremos um pouco das nuances expostas pelo tema em questão. A sociedade e sua mudança. Os valores que perpetuam a vida social e por fim a proposta de reflexão para se encontrar a saída. Daremos um recorte especial na referência maior da educação brasileira – a sala de aula.

Nosso principal foco demanda levar ao caro leitor, sem pretensões conclusivas, uma reflexão, para encontrarmos um caminho que levem os aprendizes que povoam as salas de aulas brasileiras à educação de qualidade e de sucesso.

## **A sociedade e suas mudanças**

Partindo do princípio que o leitor apresenta um conhecimento prévio da sociedade como conceito, faremos um recorte na mudança social e na instituição família que são fatores ligados intimamente à sala de aula. Reportamo-nos a abolição da escravidão, que trouxe uma mudança social relacionada à modificação básica na instituição econômica, quando o trabalho passou a ser realizado por trabalhadores livres, que recebiam salários provocando assim transformações em toda estrutura social brasileira, este é um exemplo muito íntimo de mudança social. Sabemos que pela mudança social, alteram-se as relações sociais e a família, que passou por modificações profundas que levaram a uma menor distância social

entre pais e filhos. As relações que, na família patriarcal, se punha uma estreita obediência dos filhos, foram hoje substituídas em boa parte por uma maior amizade entre pais e filhos.

O ritmo de mudança da sociedade vai variar de sociedade para sociedade. Sendo lento na sociedade mais simples, isolados e acelerados nas sociedades contemporâneas complexas como as das metrópoles. O ritmo depende também dos contatos sociais com outros povos, do desenvolvimento dos meios de comunicação e também das atitudes individuais e sociais que aceleram ou dificultam a mudança. É fato que a sociedade está sempre em mudança, lenta ou acelerada e que não é em todos os setores dela, pois uma sociedade substitui facilmente um utensílio ou uma máquina, do que uma crença um aspecto cultural, um modo de vida.

Permeiam na instituição escolar atitudes individuais e sociais da mudança, podemos destacar as quatro mais importantes.

a) atitude conservadora – a que se mostra contrária ou temerosa em relação à mudança.

b) atitude reacionária – a que se opõe a qualquer tipo de mudança das instituições sociais.

c) atitude reformista ou progressista – é a que vê com agrado a mudança moderada.

d) a atitude revolucionária – a que defende transformações profundas.

Com base nessa pontuação chamamos o leitor para a reflexão. Numa pergunta íntima: Onde a escola se situa? Quais atitudes estamos tendo na escola? O que estamos fazendo na relação escolar com as nossas atitudes?

Bom, seguimos entendendo que as conseqüências da mudança social, quer desejemos ou não, influenciam direta ou indiretamente na nossa relação com alunos que frequentam as salas de aula. Destacamos a invenção da televisão, que influenciou sobremaneira o lazer, a política, a educação, os hábitos familiares, a propaganda etc. Sem contar que o capitalismo selvagem e a revolução tecnológica que trouxeram consigo a mudança do significado profissional e como conseqüência a mudança na relação homem X emprego, onde simplesmente podemos destacar a engenharia, a arquitetura como fontes reais desta mudança. Os softwares eliminam a dita mão de obra em várias relações empregatícias.

Assim posto, deixo estes questionamentos: Como construir o desejo do conhecimento nesse contexto? Qual o sentido e o valor real do conhecimento se a máquina apodera-se do lugar do homem?

O cenário atual das mudanças sociais implica um recorte fundamental na instituição milenar e corresponsável pela educação das crianças da sociedade contemporânea – A família.

A família é reconhecida como instituição social, pois se verifica dentro do contexto social a existência de regras, ou melhor, conjunto de regras e procedimentos padronizados socialmente, reconhecidos aceitos e sancionados pela sociedade e que tem grande valor social. A forte influência da família na formação do indivíduo, sendo via de regra o primeiro grupo social a que pertencemos,

determina a princípio o comportamento e a visão de mundo que nossas crianças demonstram no cotidiano escolar. Mesmo com normas sociais institucionalizadas sabemos que cada família tem ainda suas próprias regras de comportamento e controle e que os membros se reconhecem biológica e culturalmente, pois cada família possui uma cultura particular.

Cada sala de aula recebe anualmente no mínimo um indivíduo de cada agrupamento, desses que somados significam uma classe de aproximadamente (levando em conta a regra nacional) de 35 a 45 indivíduos. Devemos analisar enquanto docente que há que se ter um modo de agir dentro do aspecto coletivo que vá respeitar e ser único e ao mesmo tempo social, que no momento que está em sala de aula precisa se desenvolver como indivíduo como ser inserido na coletividade.

No compasso desta dicotomia, a escola não deve abrir mão de suas regras e normas para manter o desenvolvimento educacional do indivíduo, sem perder nunca de vista o aspecto social e de respeito à coletividade que esta instituição pressupõe primar. Não obstante, temos que, com muita clareza e discernimento, saber que a sociedade pós-industrial criou um novo padrão de família. Hoje os filhos são criados por pais e mães, trocando papéis entre si constantemente e em alguns casos de mudança do núcleo familiar, resultado de vários casamentos e ou divórcio.

Vimos, com relação aos aspectos de mudança sociais, que somos refratários, não gostamos muito de abrir mão das crenças e dos modos de vida, temos que perceber que enfrentamos pelo menos um sério problema no universo escolar. Milhares de crianças que vivem esta mudança no seio familiar se depararam com a visão da escola que apresenta o padrão familiar tradicional como modelo da família ideal (grande parte dos livros didáticos apresentam este protótipo), criando assim um conflito interno e externo, através da negação do que aquele indivíduo vivencia dioturnamente. Como aprender nesse contexto?

Analisando o princípio pedagógico sob a visão da prática de ensino que costura a relação aprendiz/aprendizagem e a ação docente, vamos repensar na prática de ensino.

Os grandes estudos da prática de ensino, que hoje habitam as salas de aulas brasileiras, culminando em teorias que apontam para uma aprendizagem significativa, que não podem ser negada, pois os avanços da medicina com relação ao desenvolvimento cerebral colaboraram para uma pedagogia e uma didática que atendem à demanda da modernidade. A escola precisa se deter no aspecto principal da aprendizagem que tenha significado para o aprendiz, principalmente quando o mundo virtual descortina um leque de possibilidades de aprendizagem e experiências extramuro escolares, colocando nossas crianças e jovens num mundo que é desconhecido por muitos de nós docentes.

Buscando um pouco da história da educação brasileira, verificamos que, ao seu tempo, o Brasil experienciou várias fases da educação. Começamos lembrando que a tarefa primordial dos Jesuítas era lançar entre os gentios (índios) a semente

da fé cristã. Em artigo publicado sob o título *As primeiras escolas do Brasil*, o padre Serafim (apud , NISKIER, 2011, p. 45) escreveu:

“As aulas de ensinar a ler e contar criadas pelos Jesuítas começam a desenhar o cenário pedagógico e didático brasileiro, iniciando assim as várias tendências pedagógicas, que se instalariam no Brasil desde então com a expulsão dos Jesuítas nos anos de 1700, começa a modificação da educação brasileira que permanece até a presente data.”

Moreira de Azevedo (apud NISKIER, 2011, p. 61), em seu artigo *Instrução pública nos tempos coloniais do Brasil*, assim se manifestou sobre a expulsão dos Jesuítas:

“Privados desses preceptores experimentou a instrução sensível atraso, e se para substituí-los vieram escolas monásticas dos Beneditinos, Carmelitas e Franciscanos, não chegaram estas ao grau de método, ensino e regularidade das dos padres de Jesus, porém, ainda assim, quando aquelas desapareceram, eram as melhores que possuía a colônia do Brasil.”

Os fragmentos de textos expostos anunciam para a educação brasileira o longo caminho que trilhava até o século XXI. Numa rápida passagem pelo túnel do tempo, percebemos que a prática de ensino e o cotidiano escolar sempre foram temas principais nas propostas educacionais apresentadas à educação brasileira desde as correntes pedagógicas liberal e progressista com suas tendências educacionais até a visão sociointeracionista, defendendo uma aprendizagem significativa.

Na verdade muito se propôs e pouco se atingiu e os percalços da política nacional influenciaram sobremaneira os caminhos educacionais, o regime militar, a nova República, a era Collor e por ai vai, até chegar na era Fernando Henrique Cardoso com o neo liberalismo encarado no meio educacional como nova era de educação brasileira, pois apresenta como medida inovadora, os Parâmetros Curriculares Nacionais e os Referenciais da Educação Infantil, a LDBN e o PNE (Plano Nacional de Educação).

A Era Lula se instala, levando a avaliação extraescolar como ponto principal para avançar a melhoria dos índices internacionais e nacionais. Nos bastidores do cenário educacional, as pressões da nova ordem bem como o Banco Mundial estão presentes, interferindo e apresentando suas tendências e versões para o chamado 3º mundo.

Para termos uma sustentação deste universo diverso. Destaco alguns escritos da história da educação brasileira.

Na hierarquia dos problemas nacionais, nenhum sobreleva em importância e gravidade ao da educação. Nem mesmo os de caráter econômico lhe pode disputar a primazia nos planos de reconstrução nacional. Pois, se a evolução orgânica do

sistema cultural de um País depende de suas condições econômicas, é impossível desenvolver as forças econômicas ou de produções, sem o preparo intensivo das forças culturais e o desenvolvimento das aptidões à invenção e à iniciativa que são os fatores fundamentais do acréscimo de riqueza de uma sociedade.

No entanto, se depois de 43 anos de regime republicano, num balanço ao estado atual da educação pública no Brasil, verificar-se-á que, dissociadas sempre as reformas econômicas e educacionais, era indispensável entrelaçar e encadear, dirigindo-as no mesmo sentido, todos os nossos esforços, sem unidade de doar no mesmo sentido, sem unidade de plano e sem espírito de continuidade, não lograram ainda criar um sistema de organização escolar à altura das necessidades modernas e das necessidades dos pais. Tudo fragmentário e desarticulado. A situação atual, criada pela sucessão periódica de reformas parciais e frequentemente arbitrárias, lançadas sem solidez econômica e sem uma visão global do problema, em todos os seus aspectos, deixa-nos antes a impressão desoladora de construções isoladas, algumas já em ruína, outras abandonadas em seus alicerces, e as melhores ainda não em termos de serem despojados de seus andaimes.

“A educação nova que, certamente pragmática, se propõe ao fim de servir não aos interesses de classes, mas aos interesses do indivíduo, e que se funda sobre o princípio da vinculação da escola com o meio social, tem o seu ideal condicional pela vida social atual, mas profundamente humano, de solidariedade de serviço social e cooperação. A escola tradicional, instalada para uma concepção burguesa, vinha mantendo o indivíduo na sua autonomia isolada e estéril, resultante da doutrina do individualismo libertário, que teve, aliás, o seu papel na formação das democracias e sem cujo assalto não se teriam quebrado os quadros rígidos da vida social. A escola socializada reconstruída sobre a base da atividade e da produção, em que se considera o trabalho como a melhor maneira de estudar a realidade em geral (aquisição ativa da cultura) e a melhor maneira de estudar o trabalho em si mesmo, como fundamento da sociedade humana, se organizou para remontar a corrente e restabelecer, entre os homens, o espírito da disciplina, solidariedade e cooperação, por uma profunda obra social que ultrapasse largamente o quadro estreito dos interesses de classes. Mas, por menos que pareça, nessa concepção educacional, cujo embrião já se disse ter-se gerado no seio das usinas e de que se impregnam a carne e o sangue de tudo o que seja objeto da ação educativa, não se rompeu nem está a pique de romper-se o equilíbrio entre os valores mutáveis e os valores permanentes da vida humana. Onde, ao contrário, se assegurará melhor esse equilíbrio é no novo sistema de educação que, longe de se propor a fins particulares de determinados grupos sociais, as tendências ou preocupações de classes, os subordina aos fins fundamentais e gerais que assinala a natureza nas suas funções biológicas.” (MANIFESTO..., 1932, p. 112)

O documento antigo apresenta uma realidade não muito distante para nós professores.

Finalizando este momento de reflexão sobre a prática de ensino. Podemos citar que o Estado do Rio de Janeiro apresenta ao final da década de 1980 um programa especial de educação, que se traduzia em uma obra filosófica e arquitetônica alimentadas pelos respectivos mestres Darcy Ribeiro e Oscar Niemeyer, propondo uma educação integral e de qualidade. A imaturidade política brasileira faz um programa de extrema importância ruir, por uma característica principal: a descontinuidade.

Na década de 1990, chega a “inovadora” Lei de diretrizes e Bases, trazendo, pós-Constituição de 1988, a universalização do ensino, o processo democrático e como principal eixo o projeto político pedagógico e a autonomia e suas variedades no sistema de ensino. E a escola se encontra responsável por visão pedagógica e legal que em sua maioria não estão preparada para gerir.

Contudo, a dinâmica do ensinar e aprender não cessa, e o cotidiano escolar que carrega os diversos caminhos da história segue em frente, dia a dia num esforço sobre-humano para dar bons resultados. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse “educação não é gasto, é investimento que traz retorno para o País, como nenhuma fábrica trará”. (NISKIER, 2011, p. ?). Concordamos com o ex-presidente e, por isso, aceitamos o desafio de ser educador, buscamos encontrar o caminho para que este investimento possa nos levar ao desenvolvimento real, e do exercício verdadeiramente consciente da cidadania.

## Os valores que permeiam as relações na escola

“Toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes é a conduta correta, válidos para todos os seus membros [...].”

CHAUÍ

Os valores eleitos por uma sociedade geralmente não mudam, pois eles que preservam a essência da espécie humana dentro do grupo. Nosso senso moral, expressos por alguns sentimentos, modo de agir e nossas ações, é transmitido de geração em geração. Num curto espaço de tempo a nossa sociedade mudou e, consideravelmente. Um dos fatores que levaram a essas mudanças é a globalização, perpassando pelo avanço da tecnologia, a rede mundial de computadores, as redes sociais e a televisão trouxeram para o meio social imagens informações e diversões numa incrível velocidade. Ao mesmo tempo, esse *modus vivend* afasta sobremaneira as pessoas do convívio entre os grupos sociais e na mesma proporção diminui a distância entre as pessoas contraponto moderno exposto e ainda exarcebada pela cultura do ter e não ser.

A busca pela aceitação social através de bens de consumo e a relação de amor que as pessoas têm com o poder é que estes dois propósitos se unem, banalizando o corpo, as relações, os valores e a ética, produz apreço pela corrupção e o modo fácil da conquista, seja ela de qual origem for. Tudo e todos têm seu preço na vida contemporânea. Busca-se uma sustentabilidade para o planeta, sem considerar o que sustenta a humanidade atualmente. Paulatinamente, os valores vêm sendo invertido pela sociedade, pelo excesso de ter a ausência do senso moral, começa a surgir como semente fecundada, permeando as relações provocando todo tipo de violência. Assistimos a programas de televisão que excitam a traição, a competição exarcebada, o culto do corpo, as mazelas humanas expostas 24 horas diárias, como se fossem natural e normal ter uma conduta de contra-valores e intolerância ao diverso, ao diferente, ao fora da normalidade imposta pela sociedade consumista.

A escola não vai passar alheia a esse processo e essa realidade habita as salas de aula numa revolução silenciosa que se constrói dia a dia num sem fim de problemas que ela enfrenta. Essa nova ordem social se consolida diuturnamente no universo escolar; sem pedir licença e o que é pior sem ser contestada ou impedida.

Me reporto ao trecho do livro *O mundo de Sofia*, que nos remete a uma profunda reflexão e nos aponta uma luz no fim do túnel. Ao final, Sofia escreveu: “hoje em dia, pessoas diferentes, países e culturas estão em contato cada vez mais próximo umas com as outras.” (GAARDER, 1991, p. 142) Num mesmo prédio, por exemplo, podem morar cristãos, muçumanos e budistas. Assim, é mais importante tolerar a crença do outro, do que ficar perguntando por que nem todo mundo acredita na mesma coisa.

A tolerância deve ser a primeira virtude a habitar a mente do educador atual.

No sentido de discutimos o desafio de ser professor e buscar uma educação de qualidade, na perspectiva de refletirmos sobre uma saída possível, ou uma proposta que leve a tal desejo, entramos no cenário escolar, e percebemos que a intervenção deverá ser precisa para podermos mudar a realidade, que queremos e que devemos mudar.

## Qual a saída?

Sem a menor pretensão de solucionar, e sim de refletir e buscar soluções, começa agora uma reflexão única e exclusivamente de opinião pessoal, buscando compartilhar as aprendizagens experienciadas ao longo de 27 anos dedicados ao magistério em suas diversas nuances (alfabetizadora, coordenadora, diretora geral, diretora adjunta, professora do ensino médio de filosofia e sociologia, professora universitária e secretária de educação, consultora e assessora). Numa visão empírica, passemos a reflexão:

A base da saída para os problemas enfrentados hoje pela escola perpassa pelo abandono de discursos elaborados, que sustentam a escola numa visão ingênua da realidade; a culpa sempre está no outro; a teoria está distante da prática, a privação cultural impede a aprendizagem, que a família é culpada e tantas outras situações.



Ao recortar o discurso: “a teoria está distante da prática ou na prática a teoria é outra coisa”, concluímos que toda teoria nasce basicamente da observação da prática ao longo de um período. Ao contrário do que falamos, a teoria é passível de aplicação sim. Neste pressuposto, e não podemos deixar de citar o autor que desde o primeiro momento em que estive em contato com seus escritos, senti que seria o porto seguro para o que viveria o resto de minha vida profissional: Paulo Freire.

Esse grande educador e professor é a luz do trabalho aqui exposto. Freire nos ensina carinhosamente a importância da ação docente e com certeza o desprendimento ora vivido por minha pessoa com relação ao contexto educacional, a certeza do que se quer e, principalmente, a ousadia de experienciar as teorias expostas por ele.

Destaco algumas colocações deste renomado educador como base de sustentação das falas vindouras.

Educador brasileiro, progressista, conhecido internacionalmente, comprometido politicamente com a educação do oprimido e a alfabetização de adultos. Segundo sua visão crítica da educação, Freire (2001, p. 26) fala “da necessidade que temos educadores, de viver, na prática, o reconhecimento óbvio de que nenhum de nós está só no mundo.” Cada um de nós é um ser no mundo e com os outros. Viver ou encarnar esta constatação evidente, enquanto educador ou educadora significa reconhecer-nos outros, não importa se alfabetizados ou participantes de cursos universitários; se alunos de escolas do 1º grau ou se membros de uma assembleia popular, o direito de dizer a sua palavra. Direito deles de falar a que corresponde o nosso dever de escutá-los.

“Este compromisso com a humanização do homem, que implica uma responsabilidade histórica, não pode realizar-se através do palavreiro, nem de nenhuma outra forma de fuga do mundo, da realidade concreta, onde se encontram os homens concretos.”

O compromisso, próprio da existência humana, só existe no engajamento com a realidade, de cujas “águas” os homens verdadeiramente comprometidos ficam “molhados”, ensopados. Somente assim o compromisso é verdadeiro (Cadernos, 2004, p. 142).

Tão importante quanto o ensino dos conteúdos é o exemplo ético do professor ao ensiná-los, é a sua coerência na sala de aula, coerência entre o que ele diz, o que escreve e o que faz. Ensinar exige humildade, tolerância, coerência, liberdade, autoridade e, acima de tudo, alegria e esperança. Exige segurança, competência profissional, generosidade e comprometimento. Assim, nenhuma autoridade docente se exerce ausente de competência e da generosidade de respeitar o outro nas suas limitações. Ensinar é compreender que a educação é uma forma de intervenção no mundo. “Não se pode ser professor sem se perceber que, por não se poder ser neutro, a prática exige uma definição, uma tomada de posição, uma escolha...” (Cadernos, 2004, p. 12).

O convite que Freire nos faz a uma reflexão conduz-nos a uma ação real, natural, produtiva e, principalmente, capaz de intervir na realidade.

Instala-se na proposta de Paulo Freire a necessidade de mergulhar profundamente na questão, despindo-nos de todo e quaisquer se não, com relação ao aprendiz. E não distante emergir num horizonte de possibilidades de se construir e realizar uma educação progressista e libertadora que irá conduzir o mestre e o aprendiz ao conhecimento com propriedade e, nesta cadência, encontrar a qualidade e o sucesso.

Buscando demonstrar, ou melhor, apresentar algumas saídas para estas questões, convido o caro leitor à conduta analítica de sete possibilidades que podem levar a uma melhoria na qualidade, e no sucesso educacional, vivida no cotidiano escolar, no “chão da escola”, concomitante à difícil tarefa de educar e ensinar, produzindo um imenso desafio: o de ser professor.

## Possibilidades em questão

### Conhecimento

O livro sagrado dos cristãos – *A Bíblia* – nos diz: Provérbios (3.13): “Bem-aventurado o homem que adquirir conhecimento”. O conhecimento é sem dúvida, um fator fundamental para a concretização de nossas metas e nosso sucesso em qualquer área. O caminho para o triunfo se torna mais fácil quando temos as informações necessárias sobre aquilo que almejamos e quando unimos as nossas experiências com a de outras pessoas que têm um objetivo em comum.

Antes de galgarmos patamares superiores, precisamos estar intelectualmente preparados, preparar nossas habilidades e enriquecer nossos conhecimentos... “Precisamos estudar, fazer novos cursos, ler e meditar sobre o que desejamos, implementar os meios e os métodos para realizar nossos objetivos e estabelecer contato com orientadores experiente que nos ajudam a alcançar nossas metas”. (MALAFAIA, 2008, p. 99).

Conhecer, sempre conhecer, uma necessidade que nunca poderá ser abandonada por nós docentes, principalmente quando temos por força da função o conhecimento, sendo ele o objeto de nosso trabalho. Adquirir conhecimento, transmitir conhecimento, dividir conhecimento, mediar conhecimento, levar ao conhecimento, produzir conhecimento e por aí vai.

O conhecimento é mola mestra, que norteia as salas de aula do planeta. Precisa-se conhecer a história da humanidade, o legado da humanidade, os meios de sobrevivência atual, os princípios que norteiam a vida moderna. Se apropriar do conhecimento, necessidade da transformação do humano, conhecer significa ser livre, não ter barreira e nem amarras que vão me conduzir à prisão do medo, da omissão, da ignorância, da discriminação e do preconceito. Todo conhecimento pressupõe liberdade. Se apropriar dele significa entender o mundo que o cerca bem como tudo que acontece nele. A relação na sala de aula deve primar por

colocar o conhecimento em lugar importante e especial na vida tanto do professor como dos alunos, deve também ser colocado num lugar especial para os demais atores da escola, que mesmo que não tenham interferência direta para o aprendiz, pois significa para o mesmo ponto de referência de conhecimento seja em qual aspecto for. Conhecer para libertar, conhecer para mudar, conhecer para ter a capacidade de intervir e construir um mundo melhor.

## Aplicação

Um dos fatores fundamentais para que o sucesso do ensino se processe é a aplicação dos conceitos aprendidos ao longo da vida profissional do professor. Não adianta participar de diversos eventos, seminários, capacitações, se não colocar em prática tudo o que se ouve, se não se aplica o conhecimento ouvido, não existe razão para ouvir. A utilização do que se aprende é uma questão de postura, de compromisso, envolvimento e entendimento. Aplicar o discurso aprendido requer uma ousadia, uma coragem de assumir erros que só quem quer intervir na realidade se propõe a fazer. E quem quer intervir, quer mudar, quer construir, quer trazer o melhor, o belo, o humano para todos. A sala de aula é o espaço de aplicação e não de experiência aleatoriamente. É o espaço de aplicar o que pessoas comprometidas e envolvidas, como, por exemplo, a fala do professor Paulo Freire, estudar, analisar, pesquisar, diminui a distância entre o discurso e a prática, é o real motivo da aplicação dos conhecimentos adquiridos pelo professor ao longo de sua dedicação a carreira profissional. Quando o docente se propõe a colocar em prática o aprendido, ele conquista um dos maiores desafios: o de ser professor.

Então podemos nos deter nessa reflexão: a vida representa muitas possibilidades de manifestações, é preciso acreditar na possibilidade das pessoas e investir nessas possibilidades. É necessário retirar o manto de invisibilidade, que muitas vezes é colocado por nós mesmos. Isso exige sensibilidade, estudo e prática reflexiva. (CADERNOS, 2004, p. 15).

## Comprometimento

Construindo em nossas mentes, o universo escolar e podemos analisar o ato de ensinar e aprender, bem como a tarefa docente de planejar para instruir o aluno e apresentá-la ao conhecimento necessário ao seu desenvolvimento, levando a apropriação deste conhecimento, produzindo um ser capaz de interagir consigo mesmo e com a sociedade, nos remete ao comprometimento. Comprometimento este que se traduz em compromisso, ao trato a ser cumprido. Comprometimento no ato de ensinar envolve questões além das aparências estabelecidas por tudo que acontece na aula. A ação docente requer comprometimento com pelo menos três aspectos: com o ensinar, com o aluno e consigo mesmo.

Ensinar requer compromisso com o que se ensina e para quem ensina e por que se ensina e com quem ensina. Sem respeitar estes compromissos, o

ato de educar e de ensinar se perde na banalização diária desta magna tarefa. É imperativo comprometer-se, e comprometer-se com o aluno, e ainda buscar o comprometimento com o aluno é não medir esforços para que sua educação e sua aprendizagem se processem, é sem dúvida a expressão maior do compromisso com o outro, com o futuro do outro, com a parcela de mim que existe no outro!

Olhar para dentro de nós mesmos, para o profissional que somos, quem queremos ser, como desejamos é fundamental para nos situarmos enquanto profissionais, querer ainda que neste contexto o desempenho seja de excelência e a expressão maior do compromisso consigo mesmo, do respeito íntimo que todo ser tem por si mesmo. Trato a ser cumprido, o compromisso devemos enquanto educadores entender que a ação de ensinar e educar requer do educador uma profunda análise de sua própria existência.

## **Envolvimento**

A sala de aula e o cotidiano escolar requerem uma dose de envolvimento. Sem penetrar fundo no universo da escola e/ou sala de aula podemos sempre correr riscos. Risco de não ensinar e de não aprender neste movimento dinâmico que se instala nas relações humanas. Envolver significa conter, cativar, seduzir, cobrir, etc. Conter, há que se conjugar este verbo em meio ao processo ensino-aprendizagem ao mediar o conhecimento na tarefa primordial docente. Sem o olhar do envolvimento, as relações em sala se tornam frias, capaz até de produzir uma rejeição forte com relação ao aprendiz, e do aprendiz com relação ao mestre, se espalhando pelos setores escolares. Envolver, não significa a princípio que devemos tomar os problemas para si, mas conhecer nossos alunos de tal maneira que eles estejam contidos em nós, produzindo um desenrolar de possibilidades que contribuem para um ambiente acolhedor e de natural aprendizagem. Ao perceber o envolvimento do professor, o aluno se encanta, se deixa seduzir por aquele que ainda apesar de, é uma referência importante e fundamental para sua vida escolar e íntima.

Na era contemporânea, quando tudo colabora para o esfriamento das relações, consta no desafio de ser professor neste universo conturbado a necessidade de envolvimento como princípio de sucesso nas relações humanas e muito mais ainda dentro dos muros da escola.

## **Entendimento**

Buscando o real significado da palavra entendimento, conceituamos como ato de entender, percepção, inteligência, faculdade pelo qual o espírito se apodera das ideias e as compreende no foco deste conceito, reportando-nos à sala de aula, precisamos perceber que o entendimento do indivíduo tem que permear as relações na sala e na escola, olhar para o outro além do que ele demonstra, conhecê-lo e, principalmente, entendê-lo, estabelece um clima de confiança, favorecendo de maneira importante a aprendizagem. Perceber o aluno, como o indivíduo que se expressa na coletividade, implicar em deitar calmamente o olhar para tudo que

acontece na sala de aula e despir-se de qualquer tipo de avaliação, analisando as ocorrências de avaliação precípua, analisando as ocorrências, os fatos, as ações e tudo mais que acontece em sala de aula. E, neste ato, buscar caminhos para que os problemas sejam, se não solucionados, pelo menos minimizados para que o outro – o aluno – continue sua aprendizagem tão necessária para a formação humana.

Como exemplo do que é entendimento, transcrevo o relato do meu querido parceiro de trabalho e amigo de longa data, que gentilmente se revela num entendimento único de que sua ação, irá colaborar com minha proposição.

“Sou professor da rede estadual do Rio de Janeiro desde 1998, e atuo em um colégio de uma cidade do interior com as disciplinas de história e geografia no ensino fundamental e médio. Minha experiência com a educação, a despeito de todas as dificuldades que permeiam a experiência da docência em nosso país, foi sempre pautada no prazer que tenho no exercício da minha profissão. Gosto de dar aulas e a vivência em sala de aula me trás um retorno de satisfação, que vem do processo de poder contribuir com a formação dos alunos.

A experiência que vou narrar agora é recente, ocorreu no início do mês de julho deste ano [2012]. Resolvi descrevê-la a pedido da professora Aldjane Prata, pois ao compartilhar com ela o ocorrido nos emocionamos e ela me incentivou a fazer o registro alegando o que eu já sabia, a importância de fazermos os registros das experiências em sala de aula, como exercício de refletir sobre a prática docência como estratégia de aprimorar a prática.

O fato aconteceu no final de uma das minhas aulas em uma turma de 9º ano do Ensino Fundamental. É uma turma de 37 alunos que compõe um grupo bastante homogêneo no que se refere idade, situação socioeconômica estável, pais presentes, e que de forma geral demonstram um interesse pela aprendizagem dentro do parâmetro de normalidade.

Nesta turma um dos alunos sempre me chamou a atenção pela sua postura de isolamento. Todas as vezes que foram propostas atividades extraclasse, como passeios, ida ao cinema, etc. este aluno que vou identificar como PAULO sempre se recusou a participar. Sua recusa sempre foi discretíssima, como se ele não quisesse ser notado. Algumas vezes, incomodado com tal postura abordei o aluno para ouvir dele alguma justificativa e sempre recebi respostas lacônicas e evasivas. Ficava claro que ele não queria falar do assunto. Às vezes ele me fazia sentir como se eu estivesse invadindo seu espaço. Esta situação foi se cristalizando e em nenhum momento eu percebi que deveria dar mais atenção para tal postura. Simplesmente o dia a dia da sala de aula foi se ajeitando e a postura do aluno PAULO foi se tornando normal tanto para mim quanto para os demais alunos. Desde o início do ano letivo nenhum fato me levou a despertar um maior interesse a respeito do aluno PAULO. De produtividade mediana, assiduidade no

cumprimento de tarefas, desempenho normal na realização de trabalhos em equipe, tudo com Paulo parecia normal. Mesmo estando estampado certo descuido em suas roupas mais humildes, seus cabelos sem corte, sua palidez um tanto exagerada a compor aquele quadro que somado ao seu isolamento, destoava do conjunto, a presença de PAULO já estava assimilada e adquirida o status de normalidade. Claro que as coisas estavam acontecendo a despeito da 'normalidade'. Estavam acontecendo silenciosamente. Paulo sofria no seu silêncio. E claro Paulo interagia.

Na primeira semana de junho, ao final da minha aula, num clima de descontração, após finalizar a votação do local do passeio de final de ano, aonde irão 60% dos alunos, ouvi um estalido de algo se quebrar, ao voltar minha atenção para o local, percebi que PAULO e o aluno VITÓRIO (nome fictício) discutiam. Chamei a atenção dos dois de imediato. Repreendi PAULO no calor da emoção quando descobri que ele havia quebrado a régua na mesa num rompante de raiva e os levei ao Serviço de Orientação Pedagógica. Lá chegando solicitamos que eles se explicassem. O aluno VITÓRIO se dispôs a falar. Narrou que PAULO há muitos dias vinha lhe incomodando. Que o provocava de várias maneiras. Durante a fala de VITÓRIO, eu e a orientadora percebemos que PAULO tentou intervir como para se defender, mas o fez com dificuldade, com a voz embargada e os olhos marejados. Suas tentativas de intervenção não se concluíam. O semblante de PAULO era cada vez mais angustiante e ele visivelmente prendia um choro que parecia explodir a qualquer momento. Perguntamos a ele se ele tinha algo a dizer e ele nos narrou que o RODRIGO (nome fictício) que estudava com ele desde a 3ª série primária, fica colocando o VITÓRIO contra ele. Que RODRIGO nunca gostou dele, que sempre riu de suas roupas, e diz que ele é feio, sujo... Nesta hora as palavras de PAULO quase já não saíam. Entrelhamo-nos, eu e a orientadora, encurtamos a conversa num discurso improvisado, propondo um acordo entre os dois, apelando para a suposta maturidade dos mesmos. Era preciso aliviar a angústia de PAULO. Pedimos ao VITÓRIO que fosse e ficamos com PAULO na sala. Perguntei a ele se ele estava triste com alguma coisa. Bastou uma abordagem mais pessoal e ele desabou em pranto. Dissemos que ele devia chorar mesmo para aliviar, que ele podia contar com a gente, que era muito importante poder ter com quem falar das tristezas que todos nós tínhamos problemas e que era importante compartilhar. Ele só acenava com a cabeça ainda num choro convulsivo. Perguntei se ele queria dizer mais alguma coisa. E ele respondeu que a coisa que mais o incomodava é que ele nunca conseguiu fazer amigos, que ele queria muito conseguir fazer amigos. Ficamos muito comovidos com a fala de PAULO. Sua situação de baixa autoestima era visível e exigia ajuda. Propomos a ele nos encontrar semanalmente por um tempinho que fosse e estamos o encaminhando ao psicólogo além de solicitar um encontro com os responsáveis.

Escrevendo esta experiência, pretendo alertar-me e alertar os colegas para um olhar mais cuidadoso e pessoal para nossos alunos, por mais difícil que seja driblar a rotina, o corre-corre. Acredito que podemos fazer a diferença significativa na vida de muita gente, se tivermos este olhar mais cuidadoso. Afinal nossa profissão é essencialmente relacional. Sem pieguice, não podemos nos esquecer de que o afeto é também um componente fundamental do processo ensino-aprendizagem.”  
(MÁRCIO Nunes de Souza – Professor de História e Geografia do Ensino Fundamental e Médio – Estado do Rio de Janeiro)

## Disciplina

A julgar-se pelos últimos acontecimentos, disciplina é matéria meio sumida nos meios escolares, porém se tem um item primordial, importante e essencial para o funcionamento da instituição escolar é, sem sombra de dúvida, a disciplina. Disciplina é algo simples e por ser simples se torna cada vez mais difícil, pois estamos nos acostumando a não enxergar o simples, o óbvio, o que se apresenta de maneira necessária e natural. O princípio ordeiro da convivência em grupo que se traduz em regras para que o agrupamento social possa permanecer num nível de harmonia, respeito e cidadania é o ponto fundamental para difundir a disciplina na escola.

Partindo do pressuposto que a escola tem por consequência, em sua estrutura primar pela coletividade, na busca incessante de levar o indivíduo ao exercício consciente da cidadania, primando pelos princípios de cooperação, solidariedade e fraternidade, precisamos analisar o cotidiano escolar com um olhar mais denso, mais pesado no sentido de encontrar soluções mais urgentes para os problemas posto no cenário escolar, com relação à disciplina. Precisamos fazer enfrentamentos no cotidiano, e a escola não pode abrir mão de algumas proposições vitais para o seu funcionamento. Do portão para dentro da escola, as regras precisam ser claras e cobradas o tempo todo por todos os atores do cotidiano.

Lembremos algumas destas regras tão especiais e necessárias:

- “a) Trato na convivência diária: bom dia, boa tarde, posso entrar, posso sair, me dá licença, etc. Esses tratos precisam ser reforçados por todos dentro da escola e impostos a todos como essência do princípio primeiro da disciplina.
- b) A expressão da coletividade: respeito ao horário, as pessoas, as decisões da escola, o uso do uniforme, o comportamento em sala e outros. Estes itens precisam ser cobrados de maneira que se construa no indivíduo apreço por eles.
- c) Posturas coerentes: todos que trabalham na escola sem exceção precisam se apropriar de posturas que levem a uma demonstração de coerência, harmonia e organização.”

Exigir disciplina em sala de aula é uma questão de prioridade, não existe aprendizagem com a indisciplina. O trato afetivo com o aluno não impede de que seja imposto limites e a organização do grupo. A vida nos impõe regras, a cidadania também, não podemos sair por aí fazendo o que queremos, sem considerar o outro e o seu direito. Por que a escola tem que ser diferente? Quem disse que a escola é espaço de lazer? Escola é lugar de produção de conhecimento, de aprendizagens significativas e não de um espaço descompromissado. A autoridade dos professores e dos demais atores jamais pode ser abalada. O respeito do aluno pelo professor deve permear sempre o espaço de aprendizagem. O líder da sala de aula é o professor e é ele que deverá impor as regras para a sua turma, sempre se baseando na formação cidadã. O conjunto da escola deve primar para que tudo transcorra num propósito disciplinar. Regras, normas, estatutos foram feitos para ordenar e a escola não pode se furtar a este valor, exigir disciplina é o seu papel.

Sabemos que muitas coisas mudaram, mas estamos esquecendo que a autoavaliação e a nossa postura colabora para o sucesso ou o fracasso. Refletir sobre o que estamos fazendo e como estamos aceitando os contra-valores num patamar de normalidade. Deixamos algumas perguntas para se refletir: o estatuto da criança e do adolescente é ruim ou a aplicação dele é falha? Celular é material didático? Atendê-lo em sala de aula é natural? Falar quando o outro estiver falando é normal? Posso fazer o que quero na escola? Na rua? Na igreja?

Não importa a educação que o indivíduo recebeu na escola, ele tem que cumprir regras, ter comportamento, ter disciplina ser responsável entre outras atribuições. O espaço coletivo deve ser respeitado por todos que neles convivam e pronto! Esta é a realidade. Nenhuma postura progressista ou libertadora elimina a disciplina. A autoridade é da escola! Do professor! São eles que conduzem o educando e não ao contrário. Se o mundo extramuro está um caos, a escola não pode ser igual. Ensinar e educar não estão separados, sempre que eu ensino eu educo e vice-versa. Então a escola precisa entender que a grande diferença dela para as outras instituições é que ela tem a capacidade de transformar o homem.

## **Família**

A escola precisa abraçar a ideia da corresponsabilidade da educação do aprendiz escola X família, que são parceiras e não contrapontos. Redefinir o papel função da família e da escola dentro do universo da comunidade escolar é fundamental, pois cada um tem seu papel e isto não mudou, apesar das modificações sociais ocorridas. Levar ao aluno a aprendizagem com sucesso é o papel da escola, conduzir uma educação coletiva, para que o indivíduo se modifique também. Portanto, querer reportar à família toda culpa pelo insucesso do educando seria no mínimo incoerente. A família, por sua vez, precisa centrar-se novamente na tarefa precípua de educar, conduzir, desenvolver para vida. Apesar dos contra valores impostos pela interpretação errônea ou ingênua do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos imperativos dos meios de comunicação em massa. Fato é



que a criança precisa ser educada, e se a família se perdeu em algum momento da história, infelizmente ou felizmente cabe aos atores escolares reconduzir a família ao seu real papel, sob pena de carregarmos tarefas nas “costas” que não nos dizem respeito, se não fizermos este enfrentamento.

Endurecer sem perder a ternura jamais, como dizia ativista político Che Guevara. Devemos começar a fazer reuniões que levem a família a refletir sobre o seu papel diante de si, da escola e da sociedade, levando-a à recondução do seu papel. Este ato exige posturas sérias diante da comunidade escolar: O que cobrar da família? Execução de deveres e trabalhos de casa, os quais não são aptos e nem credenciados a ensinar ou cobrar posturas de responsabilidades e respeito com relação ao que é originário da escola? Como se dirigir à família? Numa postura exigente e inquisidora ou de condução e acolhedora? Com que grupo social estou falando? Qual a capacidade de entendimento deste grupo? Como vou fazer com que me entendam? São perguntas que deverão estar sempre presentes no trato com a família, para que o canal de entendimento se reestabeleça e as funções voltem ao seu curso natural. Chamar a família à retomada de suas responsabilidades é necessário hoje, assim sendo esta relação tão delicada, precisa ser cuidada pela escola, no ato de acolhimento, sabendo que, num dado momento, a família também se põe no lugar de aprendiz. Aprendiz de uma realidade muitas vezes desconhecida, principalmente em escolas que trabalham com classes sociais que estão na linha de pobreza ou abaixo dela, ou em setores de violência e carência social afetiva e cultural definidas pela comunidade escolar, o caminho que levam a redefinição de papéis da família e da escola, cabemos a aguardar o movimento, a mudança que está por vir. Abandonar o paternalismo e/ou o maternalismo e chamar à séria responsabilidade todo aquele que educa a criança. Desvelar a vida que não impede o crescimento, mostrar caminhos concretos e valorosos é um ato libertador. Entender que o outro talvez não nos compreenda, é um ato de amor. Apontar caminhos é construir um mundo melhor. Reunir este contexto dentro da escola é o grande desafio de educar.

## Concluindo

É fato, muitas coisas mudaram, não há mais retorno; a cada época uma história. A verdade bate a porta, nos convidando a arcar com as consequências de um mundo globalizado e tecnológico. Porém a capacidade do homem educar-se e ser educado não mudou, ela ainda permanece intacta. O que mudou foi à disposição do “homem” educar o “homem”, esta sim vem sendo cada dia minimizada e protelada como consequência de jovens sem norte, sem futuro e o que é pior sem desejo.

Convido a todos, num ato de solidariedade, a refletir sobre a realidade: Quem se responsabilizará por estes jovens? Nós todos que estivermos com eles. É hora de mudar de postura, colocar a “mão na massa”, encarar o problema de frente e começar a mostrar aos jovens os valores, os conceitos, os sentimentos, os

caminhos que constituirão um futuro digno para todos. Enfrentando os dissabores que surgirão, mas garantindo o mínimo de cidadania que tanto queremos. E quem sabe conseguimos formar pessoas que sejam capazes de construir uma nação verdadeiramente digna, capaz de rejeitar a corrupção, as drogas e os mensalões.

## Referências bibliográficas

- CADERNOS, Cederj – Módulo I. *Prática de ensino 2*. 2004.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*, São Paulo: Editora Ática, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia: romance da história da filosofia*. Tradução João Azenha Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- OLIVEIRA, Pésio Santos de. *Introdução à sociologia*. 20. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- MALAFAIA, Silas. *Palavras de Vitória 2*. Rio de Janeiro: Editora Central Gospel, 2008.
- MANIFESTO dos Pioneiros da Educação Nova. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, outubro de 1932.
- NISKIER, Arnaldo. *História da educação brasileira: de José de Anchieta aos dias de hoje, 1500 – 2010*. 3. ed. São Paulo: Editora Europa, 2011.
- PRATA, Aldjane. Educação escolar, o desafio dos novos tempos. *Jornal Diário do Vale*, 26 de abril 2006.

# Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro

Thalissa Corrêa de Oliveira<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo pesquisar, analisar e descrever a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no direito brasileiro. Preliminarmente, busca-se analisar o conceito de criança e adolescente, de modo a contextualizar o tratamento dispensado a eles ao longo da história. Nesse sentido, discorremos sobre o referido direito desde o Oriente Antigo, perpassando pelas convenções internacionais e, principalmente, sobre a evolução ocorrida entre o período do Brasil Colônia ao advento da Constituição de 1988. Ressalta-se ainda, a influência da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, como doutrina fundamental dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. O método de pesquisa baseou-se em pesquisa documental, realizada em fontes das legislações nacionais e por meio de pesquisas bibliográficas. Concluindo-se, finalmente, que, apesar do grande avanço na doutrina de proteção à criança e ao adolescente, principalmente, no cenário nacional, é preeminente necessário que as medidas adotadas passem por uma revisão, de modo a promover maior eficácia na proteção integral da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente; evolução histórica; proteção integral; sujeito de direito; direito brasileiro.

## Abstract

This article aims to research, analyze and describe the historical evolution of the rights of children and adolescents with emphasis on Brazilian law. Preliminarily, we try to analyze the concept of children and adolescents, in order to contextualize the treatment meted out to them throughout history. In this sense discourse about that right from the Ancient East, passing by international conventions and especially evolution occurred between the period of colonial Brazil to the advent of the 1988 Constitution. Subject to setting yet the influence of the sphere and Constitutional Law n. 8.069/90 – as the fundamental doctrines of the right of children and adolescents in Brazil. The research method was based on documentary research conducted into sources of national legislation and through literature searches. In conclusion, finally, that despite the great advances in protection doctrine to children and adolescents, especially on the national scene, is preeminent necessary that the measures adopted undergo a revision, in order to promote greater efficiency in the protection of the child and adolescents.

**Keywords:** Statute of children and adolescents; historical evolution; full protection; subject of law; brazilian law.

<sup>1</sup> Aluna do 5º período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença. Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde. Contato: o.thalissa@yahoo.com.br.

## Introdução

Os direitos da criança e do adolescente ganham cada vez mais espaço na sociedade contemporânea.

Por um longo período, esses direitos mantiveram-se quase que inexistentes, com pouca ou nenhuma inserção no cenário jurídico mundial.

A existência de um sistema protetivo pouco eficaz passou, ao longo do tempo, a ser motivo de preocupação para a população mundial, que via o índice de crianças e adolescentes abandonados e explorados aumentar cada vez mais.

A exposição quanto à situação, por vezes, deplorável, a que crianças e adolescentes eram submetidos, fez com que essa questão ganhasse cada vez mais espaço na sociedade.

Assim, para que possamos fazer uma reflexão a fim de compreender no que consiste efetivamente a mudança de paradigma ocorrida, é necessário, como ensina Veronese, que se recupere: “o histórico das nossas leis e ações em favor da criança brasileira”.<sup>2</sup>

Importante lembrar que, a interpretação da mudança de ótica em torno dos direitos da criança e do adolescente são fartas de críticas; o que é essencialmente importante, visto que as leis, nesse caso, protetivas, não nascem por acaso.

## Conceito de criança e adolescente

340

Conceituar criança e adolescente é de fundamental importância para que possamos reproduzir, de maneira mais precisa, a evolução dos direitos desses sujeitos, que nem sempre “existiram” histórica e socialmente.

Atualmente, a condição definida para conceituar criança e adolescente é a idade. De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989: “criança é todo ser humano menor de 18 anos”<sup>3</sup>, enquanto que, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/90, “criança é a pessoa que possui idade inferior a 12 anos completos e os adolescentes se enquadram na faixa etária entre 12 e 18 anos de idade”<sup>4</sup>, ressaltando, no Parágrafo Único de seu art. 2º, que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade”<sup>5</sup>. Para Antônio Carlos Costa, “(...) tanto criança quanto adolescente são indivíduos com condições de receber cuidados pessoais”<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 09.

<sup>3</sup> ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo.; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12.

<sup>4</sup> CEDCA/RJ, Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal n. 8.069 de 13/07/1990*. 12. ed. Rio de Janeiro: MEC/RJ, 2002, p. 05.

<sup>5</sup> CEDCA/RJ, Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. *Op. Cit.*, p 05.

<sup>6</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes. *De menor a cidadão: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil*. Brasília-DF: Editora do Senado, 1993, p. 11.

Não podemos nos esquecer que os conceitos citados acima nem sempre existiram. A partir daí, visando aclarar quanto aos direitos da criança e do adolescente, aborda-se a seguir o tratamento a eles dispensado ao longo da história.

## O tratamento dispensado à criança e ao adolescente ao longo da história

### Cenário mundial

No período datado entre a invenção da escrita (4000 a. C. a 3500 a. C.), da queda do Império Romano do Ocidente e do início da Idade Média, que ocorreu no século V d. C. encontra-se a Idade Antiga, período este, no qual inicialmente, os vínculos familiares eram estabelecidos não por vínculos consanguíneos, nem tampouco afetivos, mas em decorrência de vínculos religiosos.

Em Atenas, o tipo de educação regulamentada pelo Estado determinava que a criança deveria receber a educação no seio da família e nas escolas particulares. Aníbal Ponce afirma que: “(...) desde que um homem cresce, e uma vez que as leis ensinam que existem deuses, não cometerá jamais qualquer ação ímpia, nem pronunciará discursos contrários às leis”<sup>7</sup>.

Em Roma, a mãe era responsável pelo crescimento físico e moral da criança. Entretanto, Marrou explica que: “a educação da criança caberia à mãe até os 7 anos de idade, após, a educação seria exclusiva do pai, por ele ser considerado o verdadeiro educador”<sup>8</sup>. Acrescenta ainda, que, enquanto existirem mestres, a ação destes será sempre considerada semelhante à autoridade paterna.

Ainda em Roma, o culto referente a todos os rituais de determinada família eram exercidos pelo pai, considerado o chefe, o *pater familiae*, a quem era atribuída imagem de autoridade tanto familiar quanto religiosa. Quanto às crianças e aos adolescentes, não eram considerados como merecedores de proteção especial. Nívea Barros assinala que:

“No Oriente Antigo, o Código de *Hamurábi* (1728/1686 a.C.) previa o corte da língua do filho que ousasse dizer aos pais adotivos que eles não eram seus pais, assim como a extração dos olhos do filho adotivo que aspirasse voltar à casa dos pais biológicos (art. 193). Caso um filho batesse no pai, sua mão era decepada (art. 195). Em contrapartida, se um homem livre tivesse relações sexuais com a filha, a pena aplicada ao pai limitava-se a sua expulsão da cidade” (art. 154)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> PONCE, Aníbal. *Educação e luta de classes*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1981, p. 50.

<sup>8</sup> MARROU, Henri Irénée. *História da educação na antiguidade*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971, p. 362.

<sup>9</sup> BARROS, Nívea Valença. *Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social*. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, pp. 70-71.

## Nos ensinamento de Maria Regina de Azambuja:

“Em Roma (449 a.C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta nº2). Em Roma e na Grécia Antiga, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe da família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.”<sup>10</sup>

Perceptível é a falta de preocupação desde a Antiguidade com as crianças e adolescentes. Vannuchi e Oliveira afirmam que, “(...) na Grécia Antiga, as crianças nascidas com alguma deformidade eram sacrificadas”<sup>11</sup>.

Em Esparta, crianças eram tidas como objeto estatal, servindo aos interesses políticos na preparação de seus contingentes guerreiros, conforme afirma Tavares: “(...) o espartano vivia, permanentemente, com a espada em punho (...)”<sup>12</sup>.

Em Atenas, a educação tinha por base a ideia de que sua cidade-Estado se fortaleceria à medida que cada menino viesse a desenvolver, de forma integral, as suas melhores aptidões individuais.

No mesmo sentido, ensina Tavares que, “entre quase todos os povos antigos, tanto do Ocidente quanto do Oriente, os filhos durante a menoridade, não eram considerados sujeitos de direito, porém, servos da autoridade paterna”<sup>13</sup>. Todavia, na Idade Média, conforme Alberton nos descreve, “a criança era integrada ao mundo adulto no momento em que tivesse condições de sobreviver sozinha”<sup>14</sup>.

Outro fator marcante na Grécia Antiga era a diferenciação conforme o gênero, no qual às meninas eram atribuídos apenas serviços domésticos, enquanto que, aos homens, era atribuído um objetivo maior, pois, deveriam ser preparados para exercerem a cidadania.

Dessa forma, o *status* da criança era praticamente nulo, o sentimento da infância não existia e a elas não era dispensada qualquer atenção especial.

No transcorrer do séc. XVI para o XVII, a percepção quanto à necessidade de garantia da infância surgiu de forma tênue e nada admirável. As crianças até por volta dos 7 anos eram tratadas como o centro das atenções, cabendo-lhes tudo quanto permitido, e, após os 7 anos, assumiam deveres e responsabilidades de adulto<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança? *Revista Virtual de Textos e Contextos*. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006.

<sup>11</sup> VANNUCHI, Paulo de Tarso.; OLIVEIRA, Carmen Silveira de.. *Direitos humanos de crianças e adolescentes – 20 anos do Estatuto*. Brasília-DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 13.

<sup>12</sup> TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40.

<sup>13</sup> TAVARES, José de Farias. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>14</sup> ALBERTON, Maria Silveira. *Violação da infância. Crimes abomináveis: humilhação, machucam torturam e matam!* Porto Alegre, Rio Grande do Sul: AGE, 2005, p. 21.

<sup>15</sup> ALBERTON, Maria Silveira. . *Op. Cit.*, p. 22.

Nesse mesmo período surgiram as punições físicas e espancamentos como método de fazer com que as crianças agissem conforme desejo dos adultos e fossem afastadas de más influências. Nívea Barros esclarece que “entre 1730 e 1779, metade das pessoas que morreram em Londres tinha menos de 5 anos de idade.”<sup>16</sup>

Do mesmo modo, Antônio Carlos Costa elucidada que “o sentimento pela infância nasce na Europa com as grandes ordens religiosas que pregavam a educação separada, preparando a criança para a vida adulta”.<sup>17</sup>

Apenas no século XIX passou-se a ter uma visão da criança enquanto indivíduo, a quem deveriam ser dispensados afeto e educação. Dessa forma, a criança passou a ser o centro de atenção dentro da família que, por sua vez, passou a proporcionar-lhe afeto.<sup>18</sup>

Destarte, apesar do surgimento da primeira concepção da criança enquanto pessoa, o avanço ainda era ínfimo, a maior parte das crianças ainda era vista como mero objeto dentro da sociedade familiar.

“Até o final do século XIX [...], a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja. Somente no início do século XX, a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuem para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma concepção de reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas, mas também científicas.”<sup>19</sup>

Em 1919, foi criado o Comitê de Proteção da Infância, quando de fato houve a efetivação no direito internacional sobre as obrigações coletivas em relação às crianças. Posteriormente, a primeira declaração dos direitos da criança surgiu influenciando os Estados filiados a elaborarem suas próprias leis em defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Ainda nessa seara, segue-se a cronologia no período compreendido entre 1946 a 1969:

– **1946:** O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a adoção da Declaração de Genebra. Logo após a II Guerra Mundial, um movimento internacional se manifesta a favor da criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF.

– **1948:** A Assembleia das Nações Unidas proclamam em dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nela, os direitos e liberdades das crianças e adolescentes estão implicitamente incluídos.

<sup>16</sup> BARROS, Nívea Valença. *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>17</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>18</sup> BARROS, Nívea Valença. *Op. Cit.*, pp. 73-74.

<sup>19</sup> BARROS, Nívea Valença. *Op. Cit.*, p. 74.

- **1959:** Adota-se por unanimidade a Declaração dos Direitos da Criança, embora este texto não seja de cumprimento obrigatório para os Estados-membros.
- **1969:** É adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em *San José de Costa Rica*, em 22/11/1969, estabelecido que, todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família, como da sociedade e do Estado.<sup>20</sup>

Desta forma, a cronologia apresentada demonstra claramente que as questões relativas à proteção e à garantia dos direitos infanto-juvenis são assunto de discussões há longo tempo, passando por diversos sacrifícios até que a visão de que a criança era criada com o intuito de servir ao Estado fosse desfeita.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi um marco bastante significativo, pois foi a partir dela que estabeleceram-se bases para a implantação de uma doutrina de proteção integral. Seus efeitos foram tão significativos que, logo em seguida, outras medidas visando à proteção à infância foram tomadas, tais como a Cúpula Mundial de Presidentes (estabelecendo o plano de ação de 10 anos em favor da infância) e a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, por meio da Lei nº 8.069/90.

344

No cenário internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, segundo nos acrescenta Tânia Pereira, foi o resultado de um esforço conjunto entre vários países. Contudo, como afirma a autora, “(...) o grande desafio consistiu em definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, socioeconômicas e culturais da infância nas diversas nações.”<sup>21</sup>

O objetivo dessa Convenção, segundo Albernaz Júnior e Ferreira, era estimular os países membros a investirem no desenvolvimento sadio da criança dentro do ambiente familiar, para que, desse modo, pudessem viver em uma sociedade digna e igualitária.<sup>22</sup>

## Cenário nacional

No Brasil Colônia não havia qualquer proteção destinada à criança e ao adolescente. Buscando satisfazer os interesses da Coroa Portuguesa, as crianças eram catequizadas segundo os costumes daqueles, objetivando a compreensão da nova ordem que se estabelecia.

<sup>20</sup> TOMÁS, Catarina Almeida. *Dia Mundial da Criança: um percurso difícil*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 23-24.

<sup>21</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 592.

<sup>22</sup> ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo.; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.



Alberton comenta que, em 1549, a Companhia de Jesus, formada por um grupo de religiosos chegou ao Brasil objetivando a evangelização dos habitantes e a defesa da moral e dos bons costumes.<sup>23</sup>

Nesse período, meninas órfãs eram trazidas de Portugal para casarem-se com os súditos da Coroa residentes no Brasil. “Nas embarcações, além de “obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos”, eram deixadas de lado em caso de naufrágio”<sup>24</sup>.

As crianças, chamadas de “grumetes”, tinham expectativa de vida muito baixa, até por volta dos 14 anos. Ramos lembra ainda que “(...) as crianças eram consideradas um pouco mais do que animais, e que acreditavam ser necessário usar logo toda sua força de trabalho”.<sup>25</sup>

Alberton acrescenta que além dos abusos sexuais com desculpas de que não haviam mulheres, as condições das embarcações eram péssimas e muitas delas viajavam trancafiadas para que não fossem violentadas.<sup>26</sup>

Nas embarcações, Fábio Ramos ilustra que:

“[...] apesar de os grumetes não passarem muito de adolescentes, realizavam a bordo todas as tarefas que normalmente seriam desempenhadas por um homem. Recebiam, de soldo, contudo, menos da metade do que um marujo, pertencendo à posição mais baixa dentro da hierarquia da Marinha Portuguesa. Sofriam ainda, inúmeros ‘maus tratos’, e apesar de pelas regras da Coroa Portuguesa estarem subordinados ao chamado guardião (cargo imediatamente abaixo do contramestre, ocupado em geral por um ex-marinheiro), tinham de prestar contas aos marinheiros e até mesmo pajens – outro tipo de função exercida por crianças, que costumavam explorar seus pares mais pobres, a fim de aliviar sua própria carga de trabalho.”<sup>27</sup>

Maurício de Jesus pondera que a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não faz qualquer menção referente à proteção ou garantia às crianças e aos adolescentes, sem sequer mencioná-las, porque seu principal objetivo era a centralização administrativa, apesar de haver ensejo aos direitos sociais. Entretanto, “a doutrina penal do menor surgiu primeiro no Código Criminal de 1830, mantendo-se no Código Penal de 1890, ambos na vigência da Constituição Federal de 1824”<sup>28</sup>. Desta forma, não havia, portanto, qualquer proteção ou menção constitucional no que diz respeito à evolução jurídica do direito infanto-juvenil.

<sup>23</sup> ALBERTON, Maria Silveira. . *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>24</sup> BARROS, Nívea Valença. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>25</sup> RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. *Revista História*. São Paulo: Editora Abril Cultural, vol, XXIV, n. 137, dez., p. 14, 1997.

<sup>26</sup> ALBERTON, Maria Silveira. . *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>27</sup> RAMOS, Fábio Pestana. *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Savanda, 2006, p. 38.

O mesmo ocorreu com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, que não mencionava garantias de proteção à criança e ao adolescente.

O Código de Menores de 1927, como explica Veronese (1997, p. 10):

“[...] conseguiu corporificar leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse especial relevo à questão do menor de idade. Alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional.”<sup>29</sup>

O Código de Menores modificou o entendimento quanto à culpabilidade, à responsabilidade e ao discernimento das crianças e adolescentes. Foi nesse Código que o termo “menor”, “(...) foi utilizado para designar aqueles que se encontravam em situações de carência material ou moral, além das infratoras”, esclarece Veronese<sup>30</sup>.

A responsabilidade sobre os menores, nesse período, ainda era do Estado, que aplicavam-lhes corretivos necessários para impedir a delinquência, tornando-os muitas vezes, menos cidadãos.

Conforme considera Alberton, “(...) o Código de Menores de 1927 fazia menção aos sujeitos menores de 18 anos, abandonados e delinquentes”<sup>31</sup>. De certa forma foi um passo importante, pois a punição pela infração cometida deixa de ser vista como sanção-castigo, para assumir um caráter de sanção-educação por meio da assistência e reeducação de comportamento, sendo dever do Estado assistir os menores desvalidos.

A Constituição de 1934, no Título IV que se refere “Da Ordem Econômica e Social”, no art. 138, fez, pela primeira vez menção quanto aos direitos da criança e do adolescente, assim, “(...) foi o primeiro documento a referir-se, mesmo que de uma forma muito tímida, à defesa e à proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes”<sup>32</sup>.

A promulgação da Constituição de 1934 levantou questões pertinentes à proteção ao trabalho de crianças e adolescentes, com repressão ao trabalho noturno de menores com idade inferior 16 anos e proibição de trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos, além da previsão de amparo à maternidade e à infância, explica Liberati<sup>33</sup>.

Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, no qual, dentre outros pontos inovadores,

<sup>29</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 10.

<sup>30</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>31</sup> ALBERTON, Maria Silveira. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>32</sup> ALBERTON, Maria Silveira. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>33</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida socioeducativa e pena?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 31.

nos deparamos com a possibilidade de uma proteção social à infância e à juventude, bem como dos setores mais carentes da população. Assim, o art. 16, inc. XXVII, refere-se de competência da União, o poder de legislar sobre as normas concernentes da defesa e proteção da saúde e da criança. Já no seu art. 127, o mesmo menciona que a infância e a juventude são objetos de cuidado e de garantias especiais por parte do Estado e dos Municípios, com garantia de acesso ao ensino público e gratuito.

Assim, percebemos que foi durante o Estado Novo, com a outorga da Constituição de 1937, que o Estado chamou para si a responsabilidade de assegurar as garantias da infância e da juventude, conforme relata Maurício Jesus, ao comentar sobre o artigo 127 da Constituição de 1937:

“A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral e intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”<sup>34</sup>

O advento do Código Penal de 1940 alterou o Código de Menores de 1927, determinando a responsabilidade penal aos 18 anos<sup>35</sup>.

No mesmo entendimento, João Batista Saraiva completa, informando que “(...) essa responsabilização teve como fundamento a condição de imaturidade do menor até então sujeito apenas à pedagogia corretiva sem distinção entre delinquentes e abandonados”.<sup>36</sup>

Em 1941, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), que, como explica Liberati, tinha como função:

“Amparar, socialmente, os menores carentes abandonados e infratores, centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial em todo território nacional. Na verdade, o SAM foi criado, para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz, tornando-se mais uma administradora de instituições do que, de fato, uma política de atendimento ao infrator.”<sup>37</sup>

<sup>34</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>35</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>36</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

<sup>37</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. Cit.*, p. 60.

Completa Jesus, objetiva proporcionar “assistência a menores desvalidos e delinquentes; proceder à investigação social e ao exame médico-psico-pedagógico (...)”<sup>38</sup>, abrigar as crianças e adolescentes à disposição do juizado em instituições adequadas; estudar as causas do abandono e da delinquência infantil e promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

Assim sendo, o SAM funcionava de forma equivalente a um sistema penitenciário voltado para os menores de idade, com separação entre os adolescentes que teriam praticado ato infracional e o menor abandonado. Para o primeiro, era feita a internação em reformatórios ou em casas de correção, enquanto que os abandonados eram encaminhados para aprender algum ofício.

Não obstante, à presciência de investigação social e do propósito de se conhecer as causas do abandono e da delinquência, na prática, o Serviço de Assistência ao Menor se caracterizou pelas internações, sem saber como agir com os internados e, pior, sem que se buscasse medida preventiva, ensina Maurício Jesus.<sup>39</sup>

Apesar do objetivo de dar assistência social às crianças e aos adolescentes, o SAM acreditava que a internação seria o mecanismo de recuperação mais eficiente, sem se preocupar com o preenchimento das necessidades da criança e do adolescente. Assim, funcionava como um sistema prisional, disfarçado de “internações” no qual na verdade eram “penas de prisão”, atendendo à máxima que a “privação total de liberdade” funcionaria como proteção da criança e ao adolescente, influenciada pela sociedade e, assim, obteria um valioso resultado na reconstrução da personalidade, esclarece Liberati<sup>40</sup>.

O objetivo do Estado nesse período era fazer com que os menores se adequassem ao comportamento por ele estabelecido.

Na década de 60, a metodologia utilizada pelo SAM passou a ter caráter repressivo e desumano, vez que não vinha cumprindo seu objetivo inicial, o que acabou fazendo com que fosse extinto pela mesma lei<sup>41</sup>, que veio a criar a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM). Foi um ano bastante conturbado no cenário político nacional devido ao Golpe Militar de 1964, conforme informa Jesus.<sup>42</sup>

Preceitua Liberati que “(...) essa entidade tinha autonomia para formular e implantar uma Política Nacional do Bem-estar do Menor (PNBEM)”<sup>43</sup>.

No mesmo contexto, Veronese explica que “(...) a partir do momento que o problema da infância adquire *status* de problema social, sobre ele recaem os preceitos da ideologia da segurança nacional. A PNBEM – Política Nacional de Bem-estar do Menor – tem assim sua estrutura autoritária resguardada pela Escola Superior de Guerra [...]”<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>39</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>40</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>41</sup> (Lei nº 4.513).

<sup>42</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>43</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>44</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Op. Cit.*, p. 18.

Sobre este aspecto, Lima acrescenta:

“[...] o modelo jurídico menorista, representado pelo binômio ‘Código de Menores/Doutrina Jurídica da Situação Irregular’, não era apenas uma forma de controle individualizado dos menores irregulares. Era também uma forma de se projetar o controle social numa perspectiva de classe. A partir do padrão de organização de família burguesa, como ‘*célula mater* da nação brasileira’, impunha-se traçar o destino, estabelecer os valores morais, o perfil das relações interfamiliares, a lógica dos comportamentos a serem adotados pelos setores populares. Este era o caminho disponível à sua redenção das famílias pobres, sob pena de serem contra elas movidas às engrenagens do sistema legal menorista.”<sup>45</sup>

Essas diretrizes estabelecidas pela Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM) eram contrárias aos métodos aplicados pelo Serviço de Assistência a Menores (SAM). Elas visavam à garantia de programas direcionados à integração da criança e do adolescente na comunidade, “(...) valorizando a família e criando instituições que se aproximassem dos ideais da vida familiar, respeitando ainda as necessidades de cada região do País”, explica Jesus<sup>46</sup>.

Assim, conforme Castro, “(...) com o golpe militar, a estrutura democrática na qual o País até então mirava teve o seu processo interrompido”<sup>47</sup>.

Em 1979, surge o Código de Menores, com estrutura principal em conformidade com aquele instituído em 1927, ou seja, com o mesmo cunho assistencialista e repressivo. Essa nova forma levou ao surgimento da expressão “menor em situação irregular”.

Essa ideologia da “situação irregular”, completa Saraiva, sem estabelecer as diferenças das “situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam”, por diversas vezes, mantinha juntos “infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com autores de conduta infracional”, pois, de acordo com a interpretação da lei, todos estariam em “situação irregular”.<sup>48</sup>

Em resumo, estariam em situação irregular e inseridas no Código de Menores de 1979 as crianças e os adolescentes até 18 anos que praticassem atos infracionais; as que estivessem sobre a condição de maus-tratos familiares ou em estado de abandono pela sociedade.

Inspirado pela ideologia da “Doutrina da Situação Irregular”, que, sucintamente, pode ser definida como a lei em que os “menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social”<sup>49</sup>, comenta Saraiva.

<sup>45</sup> LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. 198 f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001, p. 27.

<sup>46</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>47</sup> CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 525.

<sup>48</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>49</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Op. Cit.*, p. 44.

A definição exposta nos mostra que, “(...) devido à falta de critérios determinantes sobre a aplicação do Código de Menores de 1979, a doutrina mostrou-se deficiente em agir de forma preventiva”.<sup>50</sup>

Assim, a sociedade declarou a falência da Política Nacional do Bem-estar do Menor (PNBEM) ao reclamar a sua participação sobre a política pública voltada à infância e à juventude e, desta forma, reconhecendo que “(...) os problemas não pertenciam exclusivamente ao Estado, mas também à sociedade” por serem “gerados por ela e nela instalados”<sup>51</sup>, elucida Jesus.

Completa ainda o mesmo autor que a falta de uma política pública atenuante contribuiu para os adolescentes que foram crianças em situação irregular misturaram-se a novas crianças em busca de “maturidade física, intelectual, sexual e emocional”, tornando-se meninos de rua.<sup>52</sup>

Destarte, o Código de Menores de 1979, Lei nº 6.679/79, vigorou no Brasil objetivando a proteção e a assistência da criança e do adolescente. Segundo Azambuja, além da preocupação restrita ao menor delinquente e desassistido, ela englobava também aqueles em situação irregular.<sup>53</sup> No mesmo entendimento, Antonio Carlos Costa afirma que “(...) o Código de Menores foi alvo de muitas críticas por não amparar todas as pessoas menores de idade, além do que as penas e encaminhamentos eram aplicados em caráter de controle social”<sup>54</sup>.

Leite reconhece quanto ao Código de Menores de 1979, que:

“A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (I) uma vez constatada a situação irregular, o menor passava a ser objeto de tutela do Estado; e (II) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado menor em situação irregular, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do menor no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-estar do Menor.”<sup>55</sup>

Assim, conforme argumenta Alberton, “(...) de 1830 até 1988, salvo raríssimas exceções, a legislação brasileira que se referisse “ao menor” nascido ou

<sup>50</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>51</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>52</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>53</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>54</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>55</sup> LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Juizado da Infância e da Juventude*. Porto Alegre: vol. 02, n. 05, mar., p. 12, 2005.

residente no Brasil era discriminatória”, pois não visava proteger ou assegurar direitos a todos<sup>56</sup>.

Na década de 80, a busca pela democracia tornou-se mais concreta e frequente com o advento da Constituição de 1988, que deu maior ênfase no que diz respeito à proteção e à garantia dos direitos da criança e do adolescente, tirando a responsabilidade plena do Estado e atribuindo-a também à família e à sociedade, conforme disposto no art. 227 do Diploma Jurídico de 1988:

“Art. 227. 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.”

No seguimento, o § 4º do mesmo dispositivo estabelece normas punitivas na forma da lei sobre o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, causando claramente o rompimento com a Doutrina da Situação Irregular existente e abraçando a Doutrina da Proteção Integral Consubstanciada em nossa Carta Magna.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, configurou uma opção política e jurídica que resultou na concretização do novo direito embasado na concepção de democracia.

Salientam Costa e Hermany que:

“[...] foi possível a incorporação dos novos ideais culturais surgidos na sociedade, implementando, ao menos formalmente, a democracia participativa. A proposta é de que a descentralização e a formulação de políticas públicas e eficazes, que respondem satisfatoriamente aos anseios da população e que sejam capazes de prevenir e combater a tão propalada exclusão social [...]”<sup>57</sup>.

Na visão de Miguel Bruñol, com a Constituição de 1988, “a população infanto-juvenil deixa de ser tutoria/discriminatória para tornar-se sujeito de direitos”<sup>58</sup>, ou seja, o advento desta Constituição promoveu grande transformação no País.

<sup>56</sup> ALBERTON, Maria Silveira. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>57</sup> COSTA, Marli M. M. da.; HERMANY Ricardo. A concretização do princípio da dignidade humana na esfera local como fundamento do Estado Democrático de Direito frente à pobreza, à exclusão social e à delinquência juvenil. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: vol. 03, n. 26, jul./dez., p. 165, 2006.

<sup>58</sup> BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emílio Garcia.; BELOFF, Mary (Org.). *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança 1990-1998*. Trad. Eliete Avila Wolff. Blumenal: Edifurb, 2001, p. 39.

Fato é que tratou-se de uma mudança significativa de paradigma no cenário jurídico brasileiro, que estava há décadas atrasada, tendo em vista as diversas mudanças já ocorridas a nível internacional.

## **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – A era da proteção integral**

Com o advento da Doutrina de Proteção Integral instituída pela Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, orienta Maurício Jesus:

“A partir do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua deu-se a reunião de esforços de setores especializados do Poder Público Federal e organismos da sociedade civil. Essa interação possibilitou transformar em norma constitucional as concepções norteadoras da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, mesmo antes da aprovação desta, que daria em 1989.”<sup>59</sup>

Os Direitos da Criança e do Adolescente encontram fundamento jurídico essencial na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Convenções Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. No entanto, para sua adequada compreensão, é fundamental percorrer seus princípios fundamentais.

352

Miguel Brñol pontua que:

“Os princípios, no marco de um sistema jurídico baseado no reconhecimento do direito, pode-se dizer que são direitos que permitem exercer outros direitos e resolver conflitos entre direitos igualmente reconhecidos.

Entendo deste modo, a ideia de ‘princípios’, a teoria supõe que eles se impõem às autoridades, isto é, são obrigatórias especialmente para as autoridades públicas e são dirigidos precisamente para (ou contra) eles.”<sup>60</sup>

Para Roberto Silva, “(...) a proteção agora dispensada à infância e à juventude só foi conquistada pelo advento da Constituição de 1988”<sup>61</sup>.

Neste sentido, e no que diz respeito às modificações ocorridas, pondera Maurício Jesus:

<sup>59</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>60</sup> BRUÑOL, Miguel Cillero. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>61</sup> SILVA, Roberto. *A Construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/a\\_construcao\\_do\\_estatuto\\_da\\_crianca\\_e\\_do\\_adolescente/htm](http://www.ambitojuridico.com.br/a_construcao_do_estatuto_da_crianca_e_do_adolescente/htm)>. Acesso em 20 de agosto de 2013.



“O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) institui a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança a pessoa com até 12 anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos, fixando-lhes os direitos e deveres e prevendo as medidas aplicáveis àqueles que afrontem os seus preceitos legais. O Estatuto substitui o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pendiam uma nova política de atendimento às crianças e aos adolescentes que não se baseassem no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores [...]”<sup>62</sup>

Para Dom Luciano Mendes de Almeida, bispo de Minas Gerais, ao escrever sobre a proteção integral no livro de Munir Cury, “*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*”, conjectura que a democracia “requer leis que garantam e promovam a dignidade da pessoa humana, assegurando seus direitos e cumprimento dos deveres”.<sup>63</sup>

Não obstante, objetivando promover de fato a dignidade da pessoa humana, o Estatuto da Criança e do Adolescente surge para servir como instrumento válido para salvaguardar crianças e adolescentes. Entretanto, para que isso ocorra, é fundamental a contribuição da sociedade quanto a não omitir-se diante das injustiças e atrocidades a que são submetidos crianças e adolescentes.

Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) teve seu surgimento a partir da experiência de indignação nacional e pressões internacionais a favor das crianças e dos adolescentes, que prima por mudanças na política de tratamento às crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direito.

Foi no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme ensina Alberton, que crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como “sujeitos de direitos” de “prioridade absoluta”.<sup>64</sup>

Assim sendo, os direitos da criança e do adolescente encontram-se espalhados em um sistema de direitos fundamentais. A respeito desses direitos fundamentais, o ECA traz consubstanciado no art. 4º, 7º e no *caput* do art. 19 o direito à vida, à saúde e à convivência familiar e comunitária.

O ECA estabelece, ainda, em seu art. 5º, que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma de lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>63</sup> CURY, Munir.; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e.; MENDEZ, Emílio Garcia.. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

<sup>64</sup> ALBERTON, Maria Silveira. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>65</sup> CEDCA/RJ, Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal n. 8.069 de 13/07/1990*. 12. ed. Rio de Janeiro: MEC/RJ, 2002, p. 03.

No que diz respeito à liberdade, ao respeito e à dignidade, há previsão legal no art. 15 do ECA, que afirma ser tanto crianças quanto adolescentes pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais como garante-lhes a Constituição Federal de 1988.

Conforme assinala Freire Neto, o legislador buscou, por meio do ECA, proteger crianças e adolescentes de qualquer arbitrariedade por parte do Estado, da família e da sociedade<sup>66</sup>, assim, frente a essa questão, Veronese entende que:

“O ECA criou os conselhos de direitos em âmbito nacional, estadual e municipal que passam a ser canal de participação e envolvimento conjunto do Estado e da sociedade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, e os conselhos tutelares que atuam no caso de violação dos direitos individuais das crianças e adolescentes, que se encontram em situação de risco.”<sup>67</sup>

A previsão quanto às diretrizes da política de atendimento à criança e ao adolescente, encontram-se no art. 88, inc. I a VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas há também previsão legal quanto aos Conselhos Tutelares (art. 131), que, relacionada à essa política, visam à proteção e à defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o ECA, no *caput* do art. 13, dispõe que, nos casos em que haja suspeita ou confirmação de maus-tratos, deve-se obrigatoriamente “[...] comunicar ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências”<sup>68</sup>.

É possível observar desde já, e conforme previsto no art. 18 do ECA, que a proteção às crianças e aos adolescentes trata-se de um dever de todos.

Antônio Carlos Gomes da Costa defende que, para que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja efetivamente implantado, faz-se necessário um “salto-triplo”, ou seja, três pulos necessários para que seja efetivado esse microsistema:

– *Primeiro salto*: Necessidade de Alteração no Panorama Legal: Necessidade de que os Municípios e Estados se adéquem à nova realidade normativa. Necessidade de implementação dos conselhos tutelares de forma efetiva, com meios para tal, bem como os fundos destinados à infância.

– *Segundo salto*: Ordenamento e Reordenamento Institucional: Necessidade de colocar em prática a nova realidade apresentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Conselhos dos direitos, conselhos tutelares, fundos, instituições que venham a executar as medidas socioeducativas e articulações com as redes locais para a proteção integral.

<sup>66</sup> FREIRE NETO, João Francisco. *Princípios Fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 257.

<sup>67</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 40.

<sup>68</sup> TRINDADE, Jorge.; SILVA, Milena Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violências: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In: TRINDADE, Jorge. *Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 01, n. 54, p. 246, out./2004 a abr./2005.

– *Terceiro Salto*: Melhoria nas Formas de Atenção Direta: É necessário todo um processo de alteração da visão dos profissionais que trabalham de forma direta com as crianças e os adolescentes. É necessário, também, alterar a maneira de ver, entender e agir. Os profissionais que têm lidado com as crianças e os adolescentes têm, historicamente, uma visão marcada pela prática assistencialista, corretiva e a maioria das vezes meramente repressora. É necessário mudar essa orientação.<sup>69</sup>

Analisando esses três saltos, percebe-se que o caminho a trilhar é longo e que precisamos buscar apoio em nossa sociedade para que ela compreenda o papel e a importância de nossas crianças e adolescentes.

Cury, Silva e Mendez, ao comentarem o artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstram que “(...) ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular e estabelecer diretrizes básicas ao atendimento de crianças e adolescentes”<sup>70</sup>, o legislador agiu de forma coerente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com documentos internacionais.

Destarte, acrescenta Veronese, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente veio pôr fim a estas situações e tantas outras que implicavam numa ameaça aos direitos da criança e dos adolescentes, suscitando, no seu conjunto de medidas, uma nova postura a ser tomada tanto pela família, pela escola, pelas entidades de atendimento, pela sociedade e pelo Estado, objetivando resguardar os direitos das crianças e adolescentes, zelando para que não sejam sequer ameaçados.”<sup>71</sup>

Em suma, na opinião de Maurício Jesus, com essa concepção, “a nova lei começava a reconhecer a importância do controle social e da antecipação ao desvio social”<sup>72</sup>, rompendo a cultura da “coisificação” para torná-los cidadãos com direitos e deveres, diferentemente, do que se estabelecia no Código de Menores de 1979, no qual eram apenas visualizados pela proteção estatal no momento em que os menores de 18 anos integravam a situação irregular.

Neste diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi além ao prever que são assistidos de direitos fundamentais à sua condição de pessoa em desenvolvimento crianças de 0 a 12 anos incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

<sup>69</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 232-233.

<sup>70</sup> CURY, Munir.; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e.; MENDEZ, Emílio Garcia.. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>71</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

<sup>72</sup> JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.*, p. 67.

## Conclusões

Por muito tempo, os Direitos da Criança e do Adolescente eram algo inimaginável.

Não só no Brasil, como em todo o mundo, a evolução jurídica desses direitos teve que percorrer um longo caminho até ganhar lugar na sociedade atual. Observando o longo caminho percorrido até que se alcançasse a doutrina de proteção integral, percebemos que as mudanças ocorridas foram fruto de muita luta e persistência.

A Teoria da Proteção Integral foi fundamental para a compreensão dos direitos da criança e do adolescente no Brasil contemporâneo. O que observamos de fato foi a ruptura de paradigma existente, reconhecendo os direitos das crianças que, a partir de agora, eram vistas como prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, quando surgiu, tinha por objetivo prover uma reestruturação no cenário político e institucional.

De fato, sua efetivação foi algo extremamente importante, apontou para transformações profundas no campo das concepções, da linguagem e da própria produção da realidade social. O reconhecimento da condição de sujeitos de direitos às crianças e aos adolescentes apontou para possibilidades interessantes no sentido da realização de antigos desejos.

As mudanças ocorridas até então são extremamente significativas e foi devido a elas que a criança e o adolescente deixaram de serem vistos como meros sujeitos passivos e passaram a integrar de fato uma sociedade que agora garantias-lhes proteção.

Apesar de toda mudança ocorrida tanto no cenário nacional quanto no internacional, de todas as proteções legais conquistadas e amparo constitucional a esses direitos, o que visualizamos é que crianças e adolescentes ainda são vítimas de violência e maus-tratos que, muitas vezes, não são notificados.

Levando-se em consideração que crianças e adolescentes não dispõem de plena maturidade física e psíquica, é fundamental que seja dada proteção legal integral, de modo que seus direitos sejam resguardados.

No que diz respeito ao tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes é primordial que sejam adotadas desde já medidas eficazes que possam ser atualizadas constantemente, visando promover maior eficácia na garantia da proteção integral.

Assim, podemos concluir que, observando que a mudança de paradigma na sociedade ocorre cada vez mais em um menor espaço de tempo, o que nos traz à urgente necessidade de revisar as medidas adotadas e torná-las mais eficazes, fazendo-as capazes de garantir proteção às crianças e aos adolescentes dentro da sociedade civil e do núcleo familiar.

## Referências bibliográficas

- ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo.; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALBERTON, Maria Silveira. *Violação da infância. Crimes abomináveis: humilham, machucam torturam e matam!* Porto Alegre, Rio Grande do Sul: AGE, 2005.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança? *Revista Virtual de Textos e Contextos*. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., pp. 12-16, 2006.
- BARROS, Nívea Valença. *Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social*. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.
- BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emílio Garcia.; BELOFF, Mary (Org.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os Direitos da Criança 1990-1998*. Trad. Eliete Avila Wolff. Blumenal: Edifurb, 2001.
- CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CEDCA/RJ, Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal n. 8.069 de 13/07/1990*. 12. ed. Rio de Janeiro: MEC/RJ, 2002.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes. *De menor a cidadão: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil*. Brasília-DF: Editora do Senado, 1993.
- \_\_\_\_\_. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- COSTA, Marli M. M. da.; HERMANY Ricardo.. A concretização do princípio da dignidade humana na esfera local como fundamento do Estado Democrático de Direito frente à pobreza, à exclusão social e à delinquência juvenil. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: vol. 03, n. 26, jul./dez., pp. 165-187, 2006.
- CURY, Munir.; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e.; MENDEZ, Emílio Garcia.. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FREIRE NETO, João Francisco. *Princípios Fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Savanda, 2006.
- LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Juizado da Infância e da Juventude*. Porto Alegre: vol. 02, n. 05, mar., pp. 09-24, 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato Infracional - medida socioeducativa e pena?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. 198 f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001.
- MARROU, Henri Irénée. *História da Educação na Antiguidade*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PONCE, Aníbal. *Educação e luta de Classes*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1981.

RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. *Revista História*. São Paulo, Editora Abril Cultural, vol. XXIV, n. 137, dez., pp. 14-17, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Roberto. A Construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/a\\_construcao\\_do\\_estatuto\\_da\\_crianca\\_e\\_do\\_adolescente/htm](http://www.ambitojuridico.com.br/a_construcao_do_estatuto_da_crianca_e_do_adolescente/htm)>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOMÁS, Catarina Almeida. *Dia Mundial da Criança: um percurso difícil*. São Paulo: Atlas, 2009.

TRINDADE, Jorge.; SILVA, Milena Leite.. Crianças e adolescentes vítimas de violências: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In: TRINDADE, Jorge. Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 01, n. 54, pp. 243-264, out./2004 a abr./2005.

VANNUCHI, Paulo de Tarso.; OLIVEIRA, Carmen Silveira de. *Direitos humanos de crianças e adolescentes – 20 anos do Estatuto*. Brasília-DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

# Leis *versus* crenças: a problemática da hemotransfusão em Testemunhas de Jeová

Antônio Luiz da Costa Soares Junior<sup>1</sup>

## Resumo

A religião Testemunha de Jeová tem ganhado nos últimos anos considerada expressão mundial e segue em ascensão. Teve início no final do século XIX, em que se buscava divulgar os ensinamentos de Jesus Cristo por meio de uma vida salutar em respeito ao corpo. Como crença, dispensam o uso de transfusão sanguínea e buscam por seus direitos, zelando por sua autonomia em relação ao direito à vida, quando precisam de alternativas para a transfusão. Com a transgressão de seu pensamento, o membro da crença se sente aniquilado em sua esfera mais íntima da vida e em sua própria condição de ser humano. No Brasil, o Estado Democrático de Direito precisa posicionar-se de modo neutro em relação à religião, devendo agir com imparcialidade, a fim de conferir aos cidadãos, religiosos ou não, maior liberdade possível na condução de suas vidas. Nesse sentido, não apenas a Constituição Federal, mas diversos outros tratados, códigos e pactos prezam em seus artigos e dispositivos pela autonomia, pela dignidade do indivíduo e pelo seu consentimento em qualquer tipo de tratamento. Os Conselhos Regionais de Medicina elaboraram o Código de Ética Médica, que buscou estruturar um documento em que se atentava pela personalidade, pela individualidade e pela autonomia do ser humano. Espera-se, portanto, que o profissional de saúde tenha uma compreensão clara da postura das Testemunhas de Jeová em relação ao tratamento de saúde e atitude de sempre buscar os mais variados avanços da medicina não transfusional, que se encontram em pleno desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Transfusão; dignidade humana; Testemunha de Jeová.

## Abstract

The Jehovah's Witnesses religion has gained considerable notoriety worldwide and keeps rising in recent years. It has started in the end of nineteenth century, in which the disclosure of Jesus Christ's teachings was searched, by means of a salutary life with respect to the body. It is their belief they can't accept human blood transfusion and search for their rights by ensuring their autonomy related to the right of life when they need alternatives to transfusion. If a member of this religion transgresses his thought, he feels annihilated in his most intimate sphere of life as well as in his human condition. In Brazil, the Democratic State must position itself in a neutral way towards religion, acting impartially, so that it gives its citizens, either linked to a religion or not, the greatest freedom possible in leading their lives. In this sense, not only the Federal Constitution but lots of other treaties, codes and accords cherish in their articles and devices for autonomy and dignity of the individual and for his agreement in any kind of treatment. The Regional Councils of Medicine drafted the Code of Medical Ethics, which sought to structure a document in which they paid attention to the personality, individuality and autonomy of the human being. It is expected,

<sup>1</sup> Acadêmico do 4º período da Faculdade de Medicina da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Valença, Rio de Janeiro, Brasil. 2013.

therefore, that health professionals have a clear understanding of the position of Jehovah's Witnesses in relation to health care and attitude to always seek the most varied medical advances of non-transfusion medicine, which are in full development.

**Keywords:** Transfusion; human dignity; Jehovah's Witness.

## Introdução

A temática da transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová no âmbito científico, jurídico e religioso tem proporcionado muitas discussões e estudos com o objetivo de se chegar a um consenso entre todos. Embasam-se nas leis, na autonomia do cidadão e no respeito ao próximo para se chegar a esta finalidade.

A liberdade de consciência e credo é resguardada pela Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso VI, garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante a proteção aos locais de culto e a suas liturgias<sup>2</sup>. Isso porque a República Federativa do Brasil é um Estado laico, ou seja, não professa religião oficial. Assim, são garantias fundamentais, que buscam o respeito à dignidade humana, esta associada às condições mínimas de vida e ao desenvolvimento da personalidade.<sup>3</sup> Esses que são super princípios, que prezam pela integridade física, psíquica, intelectual e, acima disso, reforçam a proteção da igualdade e da liberdade do ser humano<sup>4</sup>. O artigo 15 do novo Código Civil reforça essa ideia de autonomia do homem em ter livre arbítrio, no qual prescreve que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A ideia de laicidade não se confunde com laicismo.

“Laicidade significa neutralidade religiosa por parte do Estado. Laicismo, uma atitude de intolerância e hostilidade estatal em relações às religiões. Portanto, a laicidade é marca da República Federativa do Brasil, e não o laicismo, mantendo-se o Estado Brasileiro em posição de neutralidade axiológica, mostrando-se indiferente ao conteúdo das ideias religiosas.”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de.; et al. *Dilemas éticos na hemotransusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 19 de outubro de 2013, p. 01.

<sup>3</sup> FIALHO, Carla Cabogrosso. *Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová. Autonomia x ética médica*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Bauru, São Paulo: vol. 01, n. 36. Dez./ 2002 a abr. /2003. Disponível em: <[http://www.ite.edu.br/ripe\\_arquivos/ripe36.pdf](http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe36.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2013, p. 01.

<sup>4</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová. Uma gravíssima violação de direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258\\_transfusoes.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258_transfusoes.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2013, p. 01.

<sup>5</sup> STF, Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do STF. *Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 54 - anencefalia*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.



A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no inciso XVII, proclama que “todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.<sup>6</sup>

Neste contexto, os membros da crença “Testemunha de Jeová” têm seus direitos resguardados pela lei e regem suas vidas de acordo com os mandamentos da Bíblia, os quais, de acordo com suas interpretações próprias, não aceitam a hemotransusão<sup>7</sup>, mesmo havendo possibilidade de óbito, sustentando essa ideologia nos seguintes textos sagrados:

“1. Gênesis 9: 3-4.

3 - Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde.

4 - A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis. Levítico 17: 10-14.

10 - E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo.

11 - Porque a vida da carne está no sangue; pelo que vo-lo tenho dado sobre o altar, para fazer expiação pelas vossas almas; porquanto é o sangue que fará expiação pela alma.

12 - Portanto tenho dito aos filhos de Israel: Nenhum dentre vós comerá sangue, nem o estrangeiro, que peregrine entre vós, comerá sangue.

13 - Também qualquer homem dos filhos de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que caçar animal ou ave que se come, derramará o seu sangue, e o cobrirá com pó;

14 - Porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado. Atos dos Apóstolos 15: 28-29.

28 - Na verdade pareceu bem ao Espírito Santo e a nós, não vos impor mais encargo algum, senão estas coisas necessárias:

29b - Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne sufocada, e da fornicação, das quais coisas bem fazeis se vos guardardes. Bem vos vá.

Deuteronômio 12: 23-25.

23 - Somente esforça-te para que não comas o sangue; pois o sangue é vida; pelo que não comerás a vida com a carne;

24 - Não o comerás; na terra o derramarás como água.

25 - Não o comerás; para que bem te suceda a ti, e a teus filhos, depois de ti, quando fizeres o que for reto aos olhos do Senhor.

**5. 1 Samuel 14: 32-34.**

32 - Então o povo se lançou ao despojo, e tomaram ovelhas, e vacas, e bezerras, e os degolaram no chão; e o povo os comeu com sangue.

<sup>6</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 01.

<sup>7</sup> AZAMBUJA, Leticia Erig Osório de.; GARRAFA, Valnei.. *Testemunhas de Jeová ante o uso de hemocomponentes e hemoderivados*. Brasília-DF: 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v56n6/v56n6a22.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2013, p. 01.

33 - E o anunciaram a Saul, dizendo: eis que o povo peca contra o Senhor, comendo com sangue. E disse: aleivosamente procedestes; trazei-me aqui já uma grande pedra.

34 - Disse mais Saul: dispersai-vos entre o povo, e dizei-lhes: trazei-me cada um o seu boi, e cada um a sua ovelha, e degolai-os aqui, e comei, e não pequeis contra o Senhor, comendo com sangue. Então todo o povo trouxe de noite, cada um pela sua mão, o seu boi, e os degolaram ali.<sup>8</sup>

O rechaço da carne, de acordo com França, é por considerarem que ela possui uma alma e que ao ser assimilada pelo sangue, corpo, boca ou veias, a pessoa estaria violando a lei de Deus. Isso porque creem que a alma do homem está presente no sangue e que ao transfundi-lo em outra pessoa estaria desobedecendo ao mandamento bíblico de amar a Deus de toda a alma.<sup>9</sup>

A postura religiosa das Testemunhas de Jeová tem despertado nos últimos anos um progresso científico de descobertas e aprimoramentos nas técnicas de tratamentos alternativos. Para atender abrangentemente os membros da crença, a religião Testemunha de Jeová organizou uma rede internacional, presente em mais de 230 países, denominada de Comissão de Ligações com Hospitais (COLIH). “A finalidade dessa rede é auxiliar na transferência de pacientes para hospitais ou para equipes médicas que utilizem alternativas terapêuticas que abduquem à hemotransusão”<sup>10</sup>. Tais procedimentos apresentam-se menos arriscados e mais eficientes ao homem e, assim, “desmitifica-se” a ideia de que o sangue seja o “verdadeiro milagre da vida”<sup>11</sup>.

Como dito, as alternativas têm proporcionado um tratamento mais seguro e a realização de diversos procedimentos como cirurgia de coração aberto, cirurgias ortopédicas e oncológicas; transplantes de fígado, rim, coração e pulmão; transplantes de células-tronco periféricas<sup>12</sup>, não só em Testemunhas de Jeová, mas em muitos que anseiam um tratamento sem problemas futuros.

## Histórias e crenças das Testemunhas de Jeová

A religião Testemunha de Jeová teve início ao final do século XIX, perto de Pittsburgh na Pensilvânia (Estados Unidos), com um pequeno grupo de estudantes da Bíblia. Em seus estudos, buscavam uma análise sistemática da Palavra, comparando as doutrinas ensinadas pelas igrejas da época com o que realmente a Bíblia ensinava. Por meio de suas reflexões e conclusões, começaram a publicar

<sup>8</sup> ALMEIDA, João Ferreira de. *Bíblia Sagrada Online*. Disponível em: <<http://www.chamada.com.br/biblia/index.php?modo=0&form=adv&ver=&pesq=&scp=all&ref=>>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

<sup>9</sup> FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de.; et al.. *Dilemas éticos na hemotransusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

<sup>10</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 02.

<sup>11</sup> ANDRADE, Luiz Gustavo de.; QUINTÃO, Bruna de Oliveira.. *Op. Cit.*, p. 02.

<sup>12</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 02.

em livros, jornais e na revista, que hoje é chamada de *A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová*. O primeiro editor da revista e um dos estudantes da Bíblia foi Charles Taze Russell, que, no entanto, não é considerado o fundador da religião. Tais estudantes tinham como objetivo propagar os ensinamentos de Jesus Cristo e seguir o modelo dos cristãos do primeiro século. Nesse contexto, consideraram Jesus o real fundador do Cristianismo e, também, o da organização.<sup>13</sup>

Os membros das Testemunhas de Jeová atualmente seguem os mesmos parâmetros traçados no passado, como a preservação da relação pessoal com Deus, respeitando o corpo por meio de um estilo de vida salutar. Logo, é doutrinário não fazer uso de entorpecentes, cigarros, não abusar do álcool e nem praticar abortos<sup>14</sup>. Como objetivos gerais, beneficiam-se não só os membros, mas todos por meio das pregações, ajudas comunitárias em casos de desastres e as pessoas que querem abandonar os vícios das drogas e álcool, além de ler e escrever<sup>15</sup>.

A sede mundial das Testemunhas de Jeová localiza-se em Nova York, EUA, e a organização encontra-se presente em 239 países. O maior número das congregações realiza suas reuniões em um prédio simples, chamado Salão do Reino, construído pelas próprias Testemunhas de Jeová, sendo as despesas cobertas por donativos voluntários<sup>16</sup>. De acordo com os estudos feitos pela revista *A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová*, desde o anuário de 2008 até o de 2013, referente ao ano de 2012, pode-se observar uma religião de considerada expressão mundial e que tem apresentado significativo crescimento nesses últimos anos. Nos dois gráficos a seguir foi expresso tal crescimento:

**Gráfico 01 – Total de congregações no mundo da religião TJ**



Fonte: (A SENTINELA, 2013)

<sup>13</sup> A SENTINELA - TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

<sup>14</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer. Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1.931/09. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 07.

<sup>15</sup> A SENTINELA - TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-sao-seital/>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

<sup>16</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 07.

Gráfico 02 – TJ em atividade constante



Fonte: (A SENTINELA, 2013)

Pode-se perceber com essas informações o crescimento do número de congregações das Testemunhas de Jeová no mundo e de seus adeptos em atividade nos últimos cinco anos. Com um maior detalhamento desses valores, no ano de 2008, os números de congregações eram de 103.267, enquanto que, ao final de 2012, eram de 111.719. Já em relação ao número de membros em atividade constante, em 2008, eram 7.124.443, enquanto que, ao final de 2012, eram 7.782.346 membros.

Aceitar pequenas frações do sangue e eleger qual técnica seguir, “(...) são escolhas individuais e que cada membro da religião baseia-se em sua consciência”.<sup>17</sup>

364

Nessas situações, é essencial a observação dessas ações pelo profissional de saúde, pois servem de aprendizado e fundamento para um sistema moral, ou seja, “(...) para um conjunto de juízos deontológicos sobre o que se deve ou não fazer e, conseqüentemente, deixando de ser ignorada e menosprezada”<sup>18</sup>.

Alexandre de Moraes, em seu livro *Direito Constitucional*, de 2005, afirma que, o paciente “Testemunha de Jeová”, ao procurar ajuda médica e dispensar o uso de transfusão sanguínea, “(...) está apenas zelando pela sua vida, pela sua autonomia e liberdade de escolha de tratamento. Dessa forma, exercendo o seu direito à vida em sentido pleno”<sup>19</sup>.

Existem três situações, em caso de hemotransfusão, que envolvem o perdão, a ajuda da comunidade e a exclusão do membro da religião. A primeira refere-se ao médico que procede à transfusão contra a vontade do indivíduo, tendo sua consciência desrespeitada e, assim, não podendo condená-lo pela irresponsabilidade de outra pessoa. A segunda opção está relacionada com a aceitação de um membro à transfusão em um momento de debilidade, que tem como consequência, salvo em caso de arrependimento, oferecê-lo ajuda espiritual. Por último, “(...) se uma

<sup>17</sup> NERY JÚNIOR, Néelson. *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais*. Parecer. Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1.931/09. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 07.

<sup>18</sup> MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Transfusão de sangue*. 2005. Disponível em: <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/transfusao%20de%20sangue.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/transfusao%20de%20sangue.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2013, p. 03.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

Testemunha de Jeová aceitar voluntariamente a transfusão, sem dúvidas ou pesar, desrespeitando, assim, sua religião, conseqüentemente, terá que ser excluída. No entanto, em caso de posterior arrependimento, ela poderá voltar a praticar a fé”.<sup>20</sup>

Destarte, o indivíduo que ingressa nessa religião deve acatar a todos os ensinamentos que lhe são ministrados e evitar qualquer pensamento independente. Contudo, em caso de transgressão, será submetido a uma audiência com uma Comissão Judicativa, formada por três anciãos ou pastores. Esse encontro acontece a portas fechadas, admitindo-se, apenas, a presença das testemunhas do caso. A Comissão Judicativa poderá censurar privadamente o transgressor; suspender os seus privilégios religiosos; censurá-lo publicamente na reunião semanal ou, até mesmo, excomungá-lo. Em caso de excomunhão, os demais membros da religião devem cortar relações pessoais com o desassociado, desaconselhando-se, inclusive, o simples cumprimento. “Além de recomendar o contato mínimo possível com os parentes próximos (pais, filhos ou cônjuge) e ao congregado que desobedecer esta norma estará, também, sujeito a ser desassociado”.<sup>21</sup>

Por essa lógica, não se pode argumentar que a postura das Testemunhas de Jeová quanto às transfusões sanguíneas gere um conflito de direitos fundamentais, tais como o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. “Pelo contrário, sua postura e decisões evidenciam o exercício desses dois direitos. Assim, resguardar o direito à vida implica, inclusive, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos do indivíduo”.<sup>22</sup>

## O direito relacionado à dignidade humana

A primazia dos direitos fundamentais deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático, seja para resguardar ou implementar os direitos. Essa primazia, em um Estado Constitucional, relaciona-se com a vinculação do Executivo à lei e à Constituição, o que impede a arbitrariedade em decisões administrativas. Apenas o Legislador é convocado a decidir quando e em que condições podem ocorrer intervenções gravosas que limitem os direitos fundamentais, principalmente, o que se refere à liberdade individual.<sup>23</sup>

A atuação estatal, neste tipo de Estado, precisa posicionar-se de modo neutro em relação à religião, devendo agir com imparcialidade, a fim de conferir aos cidadãos, religiosos ou não, a maior liberdade possível na condução de suas vidas.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_155.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_155.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

<sup>21</sup> FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de.; et al.. *Op. Cit.*, p. 02.

<sup>22</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 07.

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. *Manual de Direito Constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996, pp. 501-502. *Apud* NERY JÚNIOR, Nélon. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>24</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. Liberdade religiosa, liberdade da Igreja e a relação entre o Estado e a Igreja. In: *Estudos em memória do Conselheiro Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 225. *Apud* NERY JÚNIOR, Nélon. *Op. Cit.*, p. 15.

Desse modo, o direito à vida digna é consagrado pela Constituição Federal, que, de maneira ampla, contempla a autonomia da pessoa. Quando há a recusa de um determinado tratamento (seja por convicções religiosas ou não), o indivíduo está exercendo sua autonomia e o seu próprio direito à vida. Logo, a liberdade religiosa e a escolha de tratamento médico são desdobramentos constitucionais, sendo impossível haver choque entre eles.<sup>25</sup>

Ratificando tais ideias, a Constituição Federal possui os seguintes dispositivos que prezam pela autonomia do indivíduo:

“**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Levando em conta, portanto, os dispositivos acima que consideram tais direitos como elementos indissociáveis da proteção da personalidade percebe-se que quatro deles podem ser reconhecidos e distinguidos, embora conexos: a) a liberdade de consciência; b) a liberdade de religião; c) a liberdade de culto e d) a liberdade de objeção de consciência<sup>26</sup>. Em síntese, seja na área ideológica, filosófica, intelectual, artística ou religiosa, a liberdade de opinião deve ser respeitada.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237. *Apud* NERY JÚNIOR, Nélon. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 241. *Apud* ANDRADE, Luiz Gustavo de.; QUINTÃO, Bruna de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 04.

Nessa perspectiva, o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode estabelecer ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa, bem como à sua dignidade e autonomia. Essa assertiva encontra justificativa em Jürgen Habermas, que afirma que “independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídos, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa”.<sup>28</sup>

Não só a Constituição Federal, mas diversos outros tratados, códigos e pactos prezam em seus artigos e dispositivos pelos direitos do cidadão. A primeira a ser citada é a Declaração dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e elaborada com fundamento na liberdade, na justiça e na paz no mundo:

“Artigo II.

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III.

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XVIII.

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”<sup>29</sup>

Assim sendo, em consideração ao filósofo alemão Nietzsche, o conjunto de valores morais de cada indivíduo não podem ser utilizados como fundamento para decisões tomadas a respeito da vida alheia. “Por conseguinte, o julgador não pode decidir sobre a vida alheia com base em suas crenças religiosas ou em seus preconceitos morais. Pelo contrário, deve levar em consideração os valores de quem tem sua vida sendo decidida por outrem”<sup>30</sup>.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966 intera que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e a coletividade a

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 299. *Apud* NERY JÚNIOR, Néelson. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>29</sup> BRASIL, Ministério Público. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em 16 de setembro de 2013.

<sup>30</sup> FONSECA, Ana Carolina da Costa e. *Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica*. *Rev. bioét (Impr.)* 2011; 19(2): 485 – 500. 2011. Disponível em:<[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/641/668](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/641/668)>. Acesso em 20 de outubro de 2013, p. 02.

que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos seus direitos. Os seus dispositivos relacionados à temática do artigo situam-se a seguir:

“Artigo 18.

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Artigo 19.

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais.

4. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

Artigo 27.

1. No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua<sup>31</sup>.”

<sup>31</sup> ONU, Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos\\_1\\_pdf](http://www.pacto_direitos_civis_politicos_1_pdf)>. Acesso em 10 de setembro de 2013.



Esse Pacto reiterou a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, que eram princípios já consagrados pela Declaração Universal. Posteriormente, estabeleceu direitos direcionados aos indivíduos, reforçando, assim, a proteção a vários direitos constantes da Declaração Universal, como o direito à vida (art. 6º), o direito a não ser submetido à tortura (art. 7º) e o direito a não ser submetido à escravidão ou à servidão (art. 8º, 1 e 2), entre outros. Assim, reconhecendo a sua importância no caso do direito à autodeterminação (art. 1º), no direito de não ser preso por descumprimento de obrigação contratual (art. 11), bem como em caso do direito das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27). Até maio de 2002, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos já havia sido ratificado por 148 Estados, que comprometeram-se a promover e garantir os direitos nele constantes. Este número confirma a dimensão tomada pelo Pacto e o reconhecimento da importância de se garantir direitos à vida e à liberdade.<sup>32</sup>

Um importante documento, adotado em 19 de outubro de 2005 pelo Brasil e outros países, foi a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em que seu teor muda profundamente a agenda da bioética do século XXI, democratizando-a e tornando-a mais aplicada e comprometida com as populações vulneráveis. Por conseguinte, sendo mais um instrumento à disposição da democracia no sentido do aperfeiçoamento da cidadania e dos direitos humanos universais. Relacionam-se abaixo os principais dispositivos referentes ao assunto abordado:

“Artigo 1º.

- a) A Declaração trata das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais.
- b) A presente Declaração é dirigida aos Estados. Quando apropriado e pertinente, ela também oferece orientação para decisões ou práticas de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas públicas e privadas.

Artigo 2º.

Os objetivos desta Declaração são:

- (i) prover uma estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na formulação de sua legislação, políticas ou outros instrumentos no campo da bioética;

[...]

- (iii) promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais, de forma consistente com a legislação internacional de direitos humanos;

<sup>32</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. (Org.). *Manual dos direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual\\_de\\_Direitos\\_Acesso\\_aos\\_Sistemas\\_global\\_e\\_Regional.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013, p. 07.

(iv) reconhecer a importância da liberdade da pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais;

Artigo 3º.

a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade.

b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Artigo 5º

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais.

Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Artigo 10.

A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.

Artigo 11

Nenhum indivíduo ou grupo deve ser discriminado ou estigmatizado por qualquer razão, o que constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais.”<sup>33</sup>

Considerando os parágrafos citados da Declaração, observa-se que a bioética está assentada em quatro pilares ou princípios, a saber:

*Princípio da beneficência:* Esse princípio encontra suas raízes no juramento de Hipócrates e está sustentado na regra da confiabilidade, em que o médico tem a obrigação de sempre causar os menores prejuízos ou agravos à saúde do paciente, expresso no capítulo I, artigo 2º, do Código de Ética Médica brasileiro: “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”<sup>34</sup>. Dessa maneira, é preciso que o profissional tenha convicção e informações técnicas possíveis, embasadas nas melhores evidências científicas, que assegurem que determinado ato médico será benéfico para o paciente. No entanto, para os pacientes Testemunhas de Jeová, será aquele que também respeite os ditames de sua

<sup>33</sup> UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc\\_int\\_08\\_unesco\\_declaracao\\_bioetica\\_port.pdf](http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc_int_08_unesco_declaracao_bioetica_port.pdf)>. Acesso em 08 de setembro de 2013.

<sup>34</sup> CREMERJ, Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. *Código de Ética Médica. E Legislação dos Conselhos de Medicina*. 6. ed. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://www.cremerj.com.br/publicacoes/download/167;jsessionid=9BJSECQYzg5LoHxs3nXuuc41.undefined>>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

consciência. É impossível não reiterar que a religiosidade dos pacientes faz parte deste contexto bioético e que influi diretamente em suas escolhas terapêuticas, bem como na própria expressão cidadã de sua autonomia. Inegavelmente, o ato de incluir na anamnese perguntas que se relacionem com a doutrina religiosa do indivíduo poderia evitar conflitos legais, éticos e morais, tanto quanto promover a proteção da autonomia e dos direitos cidadãos dos pacientes Testemunhas de Jeová. Logo, para um atendimento em saúde sem conflitos éticos e/ou morais faz-se necessário mais do que “boa vontade” do profissional, exige-se uma visão ampla do objeto do cuidado (o paciente) e uma formação bioética dos profissionais.<sup>35</sup>

*Princípio da autonomia:* Relaciona-se com o livre-arbítrio, com o direito da pessoa de decidir, livre de pressões externas, sobre qual terapia ou tratamento médico seguir, de acordo com suas motivações e convicções. Autonomia significa autogovernar-se, fazer escolhas, ter liberdade para decidir acerca de seu comportamento.<sup>36</sup>

Motivado por sua liberdade de crença religiosa, o direito de escolha pelo paciente decorre do seu direito da personalidade de não poder ser constrangido a tratamento médico ou cirúrgico, sob pena de violência moral, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

*Princípio do consentimento esclarecido (ou informado):* Este princípio refere-se ao ato do médico esclarecer e informar ao paciente os benefícios e os riscos correspondentes dos tratamentos cirúrgicos e terapêuticos, bem como quais podem ser as alternativas para o tratamento.

Desse modo, o paciente possuirá todas as opções e elegerá aquela que for mais conveniente para ele.<sup>38</sup>

Além de ser uma proteção para o paciente, serve como álibi de potenciais processos judiciais para as equipes médicas, pois, “(...) caso a opção desejada pelo indivíduo resulte em uma situação negativa, como o óbito, tem-se um respaldo jurídico”.<sup>39</sup>

*Princípio da justiça:* A força deste princípio surge quando há a necessidade de conscientização em torno da distribuição igualitária e geral dos benefícios e avanços propiciados pelos serviços de atendimento à saúde.<sup>40</sup>

Em reflexão aos diversos textos expostos e associando-os com a opção das Testemunhas de Jeová de não aceitarem a hemotransfusão, entende-se que a liberdade de religião, conforme o dispositivo constitucional, não abrange apenas o direito de crer em uma doutrina, mas, também, o de exercer os preceitos da fé professada. “Esta que tem a liberdade de ser expressa em todos os aspectos da vida, bem como na recusa de tratamentos médicos específicos”<sup>41</sup>

<sup>35</sup> AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de.; GARrafa, Valnei. *Op. Cit.*, p. 05.

<sup>36</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 08.

<sup>37</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>38</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 08.

<sup>39</sup> MASSONETTO, Júlio Cesar. *Bioética e espiritualidade*. Centro Universitário São Camilo. 1(1): 105. 2007. Disponível em: <[http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica\\_espiritualidade.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica_espiritualidade.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

<sup>40</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 09.

<sup>41</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 09.

Quando o Estado independente dos poderes obriga um cidadão a realizar transfusão de sangue contra sua vontade, o priva de sua dignidade, liberdade religiosa e intimidade. Este fenômeno é denominado por Habermas como “colonização do mundo da vida”, em que o Estado Social e Democrático de Direito, quando realiza uma ação interventiva, ao invés de apenas garantir a liberdade, está, na realidade, conduzindo à privação da liberdade.<sup>42</sup>

Em síntese, o Estado ao consentir uma ação atentatória ao homem, “(...) deixa de garantir a ele as condições mínimas de vida e o impede de desenvolver sua personalidade”.<sup>43</sup>

No caso das Testemunhas de Jeová, “(...) o desrespeito ao obrigá-lo a ser transfundido aniquila sua esfera mais íntima da vida e a sua própria condição de ser humano”.<sup>44</sup>

## Médicos *versus* Testemunhas de Jeová e a necessidade do consentimento livre esclarecido

O paciente enfermo independente de sua gravidade não é passível de perder seu *status* de ser humano, nem de ser menos autônomo. Seus direitos essenciais como o respeito à raça, à cor, ao sexo, ao estado de saúde, à idade, à nacionalidade ou à religião seguem intactos, não devendo o médico desrespeitar àquele que está sob seus cuidados.

372

Kant, filósofo moderno, ao se referir à felicidade afirma sobre a consciência do dever cumprido, ou seja, na tranquilidade de se ter uma boa consciência. Assim sendo, “(...) mais do que qualquer outra profissão, o médico precisa colocar-se sempre no lugar do outro e tentar enxergar com aqueles olhos o porquê que determinado tipo de tratamento foi escolhido”<sup>45</sup>. Por mais que, em contrapartida, o médico acredite que outras técnicas sejam melhores e até mais eficientes para salvar a vida do paciente, apenas o resta respeitar.

Antes de qualquer procedimento ou cirurgia, um documento legal precisa ser lido e assinado pelo paciente afirmando que os futuros acontecimentos estão de acordo com seu consentimento e livre de qualquer interferência de outrem<sup>46</sup>.

Os Conselhos Regionais de Medicina na busca da preservação tanto dos valores de seus profissionais, como da personalidade, individualidade e autonomia do ser humano elaboraram em 1988 o Código de Ética Médica, que foi reformulado em 2012. Listam-se abaixo os principais dispositivos do Código que abordam a temática do respeito do profissional com o seu paciente:

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 295. *Apud* NERY JÚNIOR, Nélon. *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>43</sup> FIALHO, Carla Cabogrosso. *Op. Cit.*, p. 03.

<sup>44</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>45</sup> MASSONETTO, Júlio Cesar. *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>46</sup> NERY JÚNIOR, Nélon. *Op. Cit.*, p. 23.

## “CAPÍTULO I

I – A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

VI – O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

## CAPÍTULO III.

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 13º Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

## CAPÍTULO IV.

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de 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.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar 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.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

## CAPÍTULO V.

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar 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.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

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 a seu representante legal.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

## CAPÍTULO X.

É vedado ao médico:

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.”<sup>47</sup>

Por meio de uma análise descuidada dos dispositivos do Código de Ética Médica se poderia concluir que, em caso de “risco iminente de vida” (Art. 31°), a decisão do paciente pode ser desconsiderada pelo médico. Contudo, essa avaliação deve ser criteriosa, “(...) pois se observam duas condutas muito importantes e obrigatórias no atendimento médico precedentes a qualquer intervenção cirúrgica ou terapêutica: a) esclarecer o paciente sobre o procedimento a ser realizado e, b) obter o seu consentimento”<sup>48</sup>. É válido destacar que esse dispositivo é considerado “(...) impróprio pela legislação e que entra em choque com os próprios princípios do Código”.<sup>49</sup>

Embora haja situações em que não será possível esclarecer ao paciente o procedimento médico a ser realizado e nem obter o consentimento do próprio ou de seus familiares. Nesse contexto, “(...) o médico deve agir de acordo com a sua ética e, conseqüentemente, nenhuma responsabilização deve ser aventada ao profissional”.<sup>50</sup>

Portanto, o total poder de decisão relacionado a qual caminho seguir compete, exclusivamente, ao paciente e não ao médico ou profissional de saúde.

“O dever do médico de cuidar do paciente acaba quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento. Ela é uma sentença verdadeira, pois se deve aproximar, cada vez mais, do valor absoluto da dignidade da pessoa e essa, em suas atribuições, pode limitar qualquer intervenção médica”<sup>51</sup>.

Publicado em 1947, o Código de Nuremberg foi o primeiro código internacional de ética para pesquisas em humanos, enfatizando o consentimento voluntário do indivíduo. “Este código surgiu impedindo que atrocidades, como as cometidas pelos médicos nazistas na 2ª Guerra Mundial, não viessem mais a acontecer ao homem”<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> CREMERJ, Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. *Op. Cit.*.

<sup>48</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>49</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>50</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>51</sup> ANDRADE, Luiz Gustavo de.; QUINTÃO, Bruna de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>52</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Sobre o consentimento informado: sua história, seu valor. Simpósio Medicina e Direito. J Vasc Br, Vol. 2, n. 3. 2003.* Disponível em: <<http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simpósio/03-02-03-267.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2013, p. 01.

Em relação à temática do consentimento tem-se a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, firmada em 1977, pelo Comitê Internacional de Bioética da UNESCO, a qual preza pelo total respeito à dignidade, à liberdade e aos direitos humanos, bem como a proibição de todos os tipos de discriminação baseadas em características genéticas:

“Artigo 5º

b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo.”<sup>53</sup>

Na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, abordado anteriormente, também se percebe esta preocupação embasada no Princípio da Autonomia. “Este que encontra aplicação prática nas regras de condutas sociais, que estão relacionadas com a atitude de respeitar a privacidade dos outros, dizer a verdade, fornecer informação fidedigna, pedir e obter permissão para intervir no corpo das pessoas, dentre outras”.<sup>54</sup>

“Artigo 6º.

1. Qualquer intervenção médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.

2. Só devem ser realizadas pesquisas científicas com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa. A informação deve ser suficiente, fornecida em moldes compreensíveis e incluir as modalidades de retirada do consentimento. A pessoa em causa pode retirar o seu consentimento a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. Exceções a este princípio só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adotadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados na presente Declaração, nomeadamente no artigo 27ª, e com o direito internacional relativo aos direitos humanos.”

O médico que executa determinado procedimento contra a vontade do paciente e não o informa está cometendo uma grave infração e poderá responder

<sup>53</sup> UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração do Genoma Humano*. Disponível em: <<http://www.fmj.br/Pdfs/genoma.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

<sup>54</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. Cit.*, p. 01.

tanto civilmente (danos materiais e morais), além de um possível enquadramento criminal relacionado ao constrangimento ilegal previsto no Código Penal, artigo 146. Se o crime for avaliado na categoria de lesão corporal, o infrator será penalizado pelo artigo 129 do Código Penal. Como não é dado ao médico o direito de constranger o paciente a tratamentos dos quais ele ou seus familiares não tenham dissentido, sem ressalvas quanto ao “imminente perigo de vida”, a ação do profissional associa-se aos termos do artigo 15 do Código Civil, que privilegia a autonomia do paciente. Além desses dispositivos, a atitude errônea do médico é passível de infração administrativa, punível pelo Conselho de Medicina, pois contraria o Código de Ética Médica nos artigos 34 e 88. Possivelmente, uma expressiva parcela dos médicos se sentiria insegura em respeitar a vontade do paciente de recusar transfusões de sangue em condições de imminente perigo de vida. “Tal receio se deve ao fato do profissional correr riscos de responder a um processo administrativo junto ao Conselho Regional de Medicina ou ser réu em um processo civil ou criminal por omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal”.<sup>55</sup>

O *habeas corpus* apresenta-se como uma das garantias obtidas pela Constituição Federal, além de ser uma medida processual adequada a proteger o direito fundamental das Testemunhas de Jeová. “Sua utilização não é cabível apenas contra prisões arbitrárias e ilegais, mas contra qualquer constrangimento ilegal ou opressão indevida à liberdade do cidadão”.<sup>56</sup>

376

Neste sentido, o documento “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde” portado pelas Testemunhas de Jeová possui validade jurídica plena, pois declara antecipadamente as diretrizes a serem seguidas pelo médico no tratamento de saúde, bem como nomeia, validamente, no mesmo documento, dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade, que devem ser acionadas em caso de inconsciência do paciente. Isso por que a possibilidade de escolher e nomear um procurador ou um representante está contemplada em nosso ordenamento jurídico, por meio da “Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde” (CDDUS), art. 5º, VII: “a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia”. Logo, esta procuração é a garantia das vontades da Testemunha de Jeová frente à sua impossibilidade de manifestá-la (...)”<sup>57</sup>, e, “a não observância das diretrizes, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético”.<sup>58</sup>

Espera-se, portanto, do profissional de saúde uma compreensão clara da postura das Testemunhas de Jeová em “(...) relação ao tratamento de saúde e o seu

<sup>55</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>56</sup> NERY JÚNIOR, Néilson. *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>57</sup> MS, Ministério da Saúde. *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde*. Brasília-DF: MS, 2011. *Apud* ANDRADE, Luiz Gustavo de.; QUINTÃO, Bruna de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>58</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 38.



interesse de sempre buscar os mais variados avanços da medicina não transfusional, que seguem em pleno e franco desenvolvimento, mostrando que evitar o uso do sangue alogênico tem sido cada vez mais seguro e eficaz”.<sup>59</sup>

## Novas alternativas à hemotransfusão

Os fatores econômicos, o desenvolvimento da genética molecular e da biotecnologia, a terapêutica celular, a inovação de equipamentos, a automação e a computação, os sistemas da qualidade e o interesse do hemoterapeuta por áreas científicas de ponta são todos fatores que contribuíram para o avanço da hemoterapia no País. “Um aspecto que não pode ser esquecido é o impacto que a pandemia do vírus da imunodeficiência humana (HIV) causou nos processos hemoterápicos, priorizando o cuidado na seleção de doadores e nos testes laboratoriais”.<sup>60</sup>

Com a finalidade de guiar ações que aumentem à segurança nas transfusões sanguíneas, com destaque para as reações transfusionais, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) vem desenvolvendo desde 2000 a construção de mecanismos para a estruturação e qualificação de uma rede nacional de hemovigilância.

A administração de sangue e hemocomponentes é um processo que, mesmo em contextos de indicação precisa e administrações corretas, respeitando, portanto, todas as normas técnicas preconizadas, envolvem riscos sanitários e estão relacionadas com a ocorrência de diversos incidentes transfusionais.

“Esses conteúdos sanguíneos podem potencialmente salvar vidas, assim como levar o paciente a graves riscos, com complicações imediatas ou tardias, em caso de falhas ou atrasos nas etapas de execução deste procedimento. Infortunadamente, além dos problemas transfusionais, deve-se atentar para eventos metabólicos, imunológicos e hidroeletrólíticos indesejados que podem gerar algum tipo de complicação. Por isso, antes da prescrição desses conteúdos, é essencial que o profissional meça os riscos potenciais da transfusão e os compare com as novas alternativas à transfusão.”<sup>61</sup>

<sup>59</sup> GOODNOUGH, Lawrence T.; SHANDER, Aryeh.; SPENCE, Richard. Bloodless Medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion. In: *Transfusion*. USA: Blackwell Publishing, nº 19, v. 43, may, p. 668, 2004. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. Cit.* p. 32.

<sup>60</sup> FLORIZIANO, Alderinger Aparecida Tulher.; FRAGA, Otávia de Souza. *Os desafios da enfermagem frente aos avanços da hemoterapia no Brasil*. Rev. Meio Ambiente Saúde. Vol. 02, n. 01, p. 282, 2007. Disponível em: <[http://www.faculadadedofuturo.edu.br/revista/2007/pdfs/RMAS%20\(1\)%20282-295.pdf](http://www.faculadadedofuturo.edu.br/revista/2007/pdfs/RMAS%20(1)%20282-295.pdf)>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

<sup>61</sup> ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Manual técnico de hemovigilância: investigação das reações transfusionais imediatas e tardias não infecciosas*. Brasília-DF: Nov. 2007. Disponível em: <[http://www.uel.br/hu/hemocentro/pages/arquivos/manual\\_tecnico\\_hemovigilancia\\_08112007.pdf](http://www.uel.br/hu/hemocentro/pages/arquivos/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013, pp. 09-45.

Nesse contexto, quando as Testemunhas de Jeová recusam a transfusão sanguínea, não estão rejeitando todos os tipos de tratamento médicos, nem exercendo direito de morrer. “Eles querem, apenas, escolher um tratamento que respeite sua doutrina e seja viável a sua fé. Além disso, rechaçam uma terapia que, conforme as próprias autoridades em saúde afirmam, acarreta riscos graves a saúde do homem”<sup>62</sup>.

“Assim, tem-se verificado que tratar pacientes sem o uso de transfusão sanguínea é a uma realidade. Há vários relatos médicos bem-sucedidos no tratamento de diversas enfermidades, bem como na realização de grandes cirurgias, que atestam essa realidade. Existem muitos outros relatos, tais como transplantes de fígado, cirurgias cardíacas, cirurgias ginecológicas, prostatectomias, traumas, entre outros que demonstram que a medicina tem se preocupado em tratar pacientes TJ sem o uso da terapia transfusional.”<sup>63</sup>

Por respeito aos direitos fundamentais das pessoas que, por motivos religiosos ou outros, não aceitam determinados tratamentos médicos, é obrigação jurídica do Estado de custear o pagamento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de tratamentos alternativos às transfusões sanguíneas. “Outro motivo que se deve ressaltar envolve o fato de que propiciar terapias médicas mais seguras aos usuários do sistema de saúde diminui e evita gastos com indenizações e tratamentos médicos de pessoas contaminadas pelas transfusões de sangue”.<sup>64</sup>

No entanto, não se pode negar que as transfusões de sangue e de hemocomponentes são recursos terapêuticos valiosos que aliviam sofrimentos e salvam vidas todos os dias. Para se ter uma disponibilização segura desses bens, ou seja, para se fazer a hemovigilância, é requerida, “(...) a colaboração de doadores de sangue voluntários, de instituições produtoras bem organizadas e distribuídas, além do controle de qualidade na testagem sorológica e imuno-hematológica, que farão um uso racional do sangue e seus hemocomponentes”.<sup>65</sup>

As reações à hemotransusão podem ser divididas em dois tipos, em que a primeira é a reação transfusional imediata, que ocorre durante a transfusão ou até 24 horas depois, e a segunda é a reação transfusional tardia, que ocorre após 24 horas da transfusão realizada.<sup>66</sup>

A seguir as principais doenças relacionadas com os tipos de reações:

<sup>62</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>63</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>64</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 12

<sup>65</sup> ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>66</sup> ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Op. Cit.*, p. 19.

**Tab. 01 – Principais doenças relacionadas com os tipos de reações**

Reações imediatas	Reações tardias
Hemolítica aguda imunológica	Hemolítica tardia
Febril não hemolítica	HBV / Hepatite B
Alérgica	HCV /Hepatite C
Anafilática	HIV / AIDS
Sobrecarga volêmica	Doença de Chagas
Contaminação bacteriana	Sífilis
Lesão pulmonar relacionada	Malária
À transfusão / Trali	HTLV I / II
Hipotensiva	Doença do enxerto contra o hospedeiro / GVHD
Hemolítica aguda não imune	Aparecimento de anticorpos
Outras	Irregularidades / Isoimunização
	Outras

Fonte: (ANVISA, 2012, p. 105).

Logo, para a identificação de causas preveníveis na cadeia transfusional, é preciso o monitoramento e a avaliação das reações transfusionais. “No âmbito hospitalar, é papel do comitê transfusional monitorar e disseminar ações estratégicas de hemovigilância e, ainda, implantar medidas de correção e prevenção”<sup>67</sup>.

“Nesse contexto, intermediando conflitos entre Testemunhas de Jeová e a categoria médica, dentro desta determinada religião foi criada a Comissão de Ligação com Hospitais (COLIHs), que estão presentes nas principais cidades e centros médicos do País. Quando é permitida ou solicitada a atuação desta comissão, colaboradores treinados podem interagir com médicos, administradores hospitalares, assistentes sociais e membros do Judiciário, se colocando à disposição para apoiar médicos dispostos a tratar pacientes Testemunhas de Jeová. Além disso, promovem apresentações aos profissionais, divulgando informações clínicas e científicas pertinentes, participando em eventos médicos e muitas outras atividades de suporte à classe médica. Em apoio às COLIHs, existe a provisão dos Grupos de Visitas a Pacientes (GVPs), que proveem apoio espiritual, emocional e, se necessário, suporte físico para os pacientes internados em hospitais.”<sup>68</sup>

Os novos membros da religião Testemunhas de Jeová, no decorrer de seus aprendizados, recebem um DVD que explica sobre os principais motivos e benefícios do porquê de se escolher alternativas para a hemotransfusão. Além da abordagem acerca dos êxitos obtidos por médicos em todo o mundo, como

<sup>67</sup> ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>68</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. Cit.*, p. 05.

também sobre quais seriam os princípios médicos, jurídicos e éticos envolvidos ao tema. Com esse material, relatam e provam que esses métodos são simples, seguros e eficazes.<sup>69</sup>

Alguns medicamentos e técnicas têm sido adotadas: “(...) como o uso de fatores de crescimento, que contribuem para a redução das transfusões especialmente em pacientes com nefropatias, que necessitam de hemodiálise periodicamente”.<sup>70</sup>

De acordo com os depoimentos médicos expostos no DVD *Alternativas à transfusão – Série de documentários* elaborado pelas Testemunhas de Jeová, as operações com esse métodos já aconteceram tanto em recém-nascidos, como em pessoas com 90 anos. Além de ensinar que o “protocolo de alternativas às transfusões”, muito importante em casos de cirurgias, está firmado em três princípios básicos, que são: 1- Tolerância apropriada à anemia; 2- Otimizar a massa eritrocitária (estimular a produção de glóbulos vermelhos) e 3- Reduzir a perda sanguínea (hemorragia) ou recuperar o sangue derramado.<sup>71</sup>

Seguindo uma linha de raciocínio independente de religião, observa-se que as novas alternativas têm proporcionado a todas as pessoas uma chance de terem seus problemas patológicos e fisiológicos tratados, com técnicas mais baratas e seguras, visto que uma bolsa de sangue possui alto valor agregado. Além das técnicas medicamentosas, outras simples como o posicionamento do paciente na mesa de cirurgia e o cuidado em manter sua temperatura estável com o uso de cobertores térmicos, bem como o uso de máquinas simples que mantêm os fluídos infundidos aquecidos podem reduzir a perda sanguínea.<sup>72</sup>

No caso de um paciente que sofreu um grave acidente e apresenta grande perda de sangue, o principal é agir rapidamente. O primeiro procedimento é o de estancar a hemorragia cirurgicamente ou por outros métodos. Após o cirurgião abrir o tórax ou o abdômen e notar que ele tem problemas no cessamento do sangramento, primariamente se deve atentar para as hemorragias dos grandes vasos, controlando com tamponamentos e, após, fechando o corpo do paciente temporariamente. Esse procedimento permite que o indivíduo seja levado a uma unidade de terapia intensiva, onde se continuará a ressuscitação e os esforços específicos para reverter os efeitos adversos sobre a coagulação. No caso das Testemunhas de Jeová, assim que um acidentado chega ao hospital, o médico não deve hesitar na utilização de eritropoetina e ferro e na reposição de volume como tratamento. Cláudio da Silva Leiria, em 2010, registrou as seguintes alternativas à hemotransusão:

<sup>69</sup> WATCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY. *Transfusion Alternatives*. Documentary Series-On DVD. Brooklyn, New York, USA: Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. 2004. 120 mim.

<sup>70</sup> FLORIZIANO, Alderinger Aparecida Tulher.; FRAGA, Otávia de Souza. *Op. Cit.*, p. 285.

<sup>71</sup> WATCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY. *Op. Cit.*.

<sup>72</sup> WATCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY. *Op. Cit.*.

- a. Dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sanguínea: eletrocautério/ eletrocirurgia; cirurgia a laser; coagulador com raio de argônio.
- b. Técnicas e dispositivo para controlar hemorragias: pressão direta; agentes hemostáticos; hipotensão controlada.
- c. Técnicas cirúrgicas e anestésicas para limitar a perda sanguínea: hipotermia induzida; hemodiluição hipervolêmica, redução de fluxo sanguíneo para a pele; recuperação sanguínea intraoperatória.
- d. Dispositivos e técnicas que limitam a perda sanguínea iatrogênica: oxímetro transcutâneo; uso de equipamento de microcoletagem.
- e. Expansores de volume: lactato de Ringer; solução salina hipertônica; colóide Dextran.<sup>73</sup>

Cabe ao médico, portanto, respeitar a autonomia do paciente e oferecer-lhe os mais variados tipos de tratamentos alternativos. Contudo, se estiver fora de seu alcance tais recursos e habilidades, o profissional tem total apoio das COLIHs para auxiliá-lo em casos de emergência e urgência. Por isso, o estudo médico precisa ser sempre contínuo e atualizado, além de atento às mais variadas formas de crenças. “Na iminência de perigo de vida e ausência de qualquer tipo de documentação ou informação, o agir representa a confirmação do juramento que o profissional fez ao receber seu diploma”.<sup>74</sup>

Desta forma, “(...) por motivos jurídicos e éticos, atualmente a categoria médica tem dado maior atenção em respeitar a vontade do paciente religioso”.<sup>75</sup>

## Conclusões

Com o presente trabalho, buscou-se entender os verdadeiros motivos doutrinários e jurídicos pelos quais as Testemunhas de Jeová abstêm-se da necessidade de transfusão de sangue, que inegavelmente possui alto potencial de salvar vidas nos momentos mais difíceis. Assim, optam pela valorização da sua moral, doutrina religiosa e aspectos psicológicos individuais que regem suas vidas. Todos esses valores são preservados pela Constituição Federal, pelo Código Civil e Código Penal, que prezam pelo direito da personalidade e da vida.

Nesse contexto, o Código de Ética Médica evidencia que as obrigações impostas aos médicos por seu Estatuto não podem superar os direitos do paciente e, conseqüentemente, não é permitido ultrapassar as barreiras impostas pela religião. Portanto, entende-se que a ética médica deve conciliar com os princípios do paciente e impedir que qualquer situação de constrangimento despreze sua autonomia.

Para o médico que ministra um tratamento contra a vontade expressa do paciente e também omite informações importantes para ele, comete grave falta à ética médica, passível de pena administrativa. Além disso, o iminente risco de vida

<sup>73</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, pp. 13-14.

<sup>74</sup> FIALHO, Carla Cabogrosso. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>75</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. *Op. Cit.*, p. 15.

não autoriza o médico a escolher tratamento ou intervenção cirúrgica no lugar do paciente, quando há manifestação prévia.

O termo de consentimento livre e esclarecido é o principal documento que respalda tanto o médico, como o paciente em geral no âmbito jurídico. Por isso, é essencial que o médico explique o tratamento ao paciente e faça com que ele assine o documento ratificando sua escolha. Se o paciente for contra ao tratamento apresentado, cabe ao médico buscar alternativas que o agradem. Caso o médico se sinta ofendido pela situação, poderá declinar a assistência em favor de outro profissional que concorde e ajude com novas soluções ao problema do paciente. Outra possibilidade é contatar a COLIH mais próxima e pedir aconselhamento.

Vale ressaltar que o SUS, por respeito aos direitos fundamentais das pessoas que não aceitam determinados tratamentos médicos, têm a obrigação jurídica do Estado de custear todo tipo de tratamento escolhido por este cidadão.

Reafirmando, as alternativas contra as transfusões sanguíneas têm se apresentado eficientes, seguras e baratas, “desmitificando” a ideia de que o sangue é o “real milagre da vida”.

Cabe ao médico entender a postura das Testemunhas de Jeová como sendo uma religião dotada de doutrinas a serem seguidas pelos seus membros. Acerca da hemotransusão, os profissionais devem se aprofundar quanto às diretrizes propostas e às eventuais atualizações legislativas, além da ampliação didática no que diz respeito às práticas alternativas da transfusão sanguínea. Desta forma, tende-se conciliar as crenças subjetivas e o cumprimento das leis estabelecidas.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, João Ferreira de. *Bíblia Sagrada Online*. Disponível em: <<http://www.chamada.com.br/biblia/index.php?modo=0&form=adv&ver=&pesq=&scp=all&ref=>>. Acesso em 20 de outubro de 2013.
- ANDRADE, Luiz Gustavo de.; QUINTÃO, Bruna de Oliveira. *Liberdade de religião e de escolha do tratamento médico e o dever de preservação da vida. Uma análise a partir da colisão de direitos fundamentais*. Revista Jurídica. Edição Temática nº 11. Direito Empresarial e Cidadania. Unicuritiba, Centro Universitário Curitiba, vol. 02, n. 27, 2011. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/212/185>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.
- ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Manual técnico de hemovigilância: investigação das reações transfusionais imediatas e tardias não infecciosas*. Brasília-DF: Nov. 2007. Disponível em: <[http://www.uel.br/hu/hemocentro/pages/arquivos/manual\\_tecnico\\_hemovigilancia\\_08112007.pdf](http://www.uel.br/hu/hemocentro/pages/arquivos/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013.
- A SENTINELA - TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.
- A SENTINELA - TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-sao-seita/>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- AZAMBUJA, Leticia Erig Osório de.; GARRAFA, Valnei.. *Testemunhas de Jeová ante o uso de hemocomponentes e hemoderivados*. Brasília-DF: 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v56n6/v56n6a22.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer. Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1.931/09. São Paulo: Lex Editora, 2010. 63 p.
- BRASIL, Ministério Público. *Declaração Universal dos Direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em 16 de setembro de 2013.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Liberdade religiosa, liberdade da Igreja e a relação entre o Estado e a Igreja. In: *Estudos em memória do conselheiro Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CREMERJ, Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. *Código de Ética Médica. E Legislação dos Conselhos de Medicina*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.cremelj.com.br/publicacoes/download/167?jsessionid=9BJSQCQYzg5LoHxs3nXuuc41.undefined>>. Acesso em 21 de outubro de 2013.
- DIREITOS HUMANOS, Instrumentos e Textos Originais. *Conselho da Europa: Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.
- FIALHO, Carla Cabogrosso. *Transfusão de Sangue e Testemunhas de Jeová. Autonomia x ética médica*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Bauru, São Paulo: vol. 01, n. 36. Dez./ 2002 a abr. /2003. Disponível em: <[http://www.ite.edu.br/ripe\\_arquivos/ripe36.pdf](http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe36.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2013.
- FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro. Vol. VII*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.
- FLORIZIANO, Alderinger Aparecida Tulher.; FRAGA, Otávia de Souza. *Os desafios da enfermagem frente aos avanços da hemoterapia no Brasil*. Rev. Meio Ambiente Saúde. Vol. 02, n. 01, pp. 282-295, 2007. Disponível em: <[http://www.faculadedefuturo.edu.br/revista/2007/pdfs/RMAS%202\(1\)%20282-295.pdf](http://www.faculadedefuturo.edu.br/revista/2007/pdfs/RMAS%202(1)%20282-295.pdf)>. Acesso em 21 de outubro de 2013.
- FONSECA, Ana Carolina da Costa e. *Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica*. Rev. bioét (Impr.) 2011; 19(2): 485 – 500. 2011. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/641/668](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/641/668)>. Acesso em 20 de outubro de 2013.
- FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de.; et al.. *Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 19 de outubro de 2013.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Sobre o consentimento informado: sua história, seu valor*. *Simpósio Medicina e Direito. J Vasc Br, Vol. 2, n. 3. 2003*. Disponível em: <<http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-267.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2013.
- GOODNOUGH, Lawrence T.; SHANDER, Aryeh.; SPENCE, Richard. Bloodless Medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion. In: *Transfusion*. USA: Blackwell Publishing, nº 19, v. 43, may, pp. 668-677, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 299.
- HESSE, Konrad. *Manual de Direito Constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996.
- HIGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *A relação médico-paciente: e o consentimento informado*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- KENIS, Yvon. Directivas Antecipadas, in: *Nova Enciclopédia da Bioética*.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová. Uma gravíssima violação de direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258\\_transfusoes.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258_transfusoes.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. (Org.). *Manual dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual\\_de\\_Direitos\\_Acesso\\_aos\\_Sistemas\\_global\\_e\\_Regional.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

MASSONETTO, Júlio Cesar. *Bioética e espiritualidade*. Centro Universitário São Camilo. 1(1):105-112. 2007. Disponível em: <[http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica\\_espiritualidade.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/54/Bioetica_espiritualidade.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Princípios Gerais do Direito Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Transusão de sangue*. 2005. Disponível em: <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/transfusao%20de%20sangue.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/transfusao%20de%20sangue.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

MS, Ministério da Saúde. *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde*. Brasília-DF: MS, 2011.

NERY JÚNIOR, Néelson. *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais*. Parecer. Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1.931/09. São Paulo: Lex Editora, 2009. 64p.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos\\_1.pdf](http://www.pacto_direitos_civis_politicos_1.pdf)>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RETAMALES, Avelino.; CARDEMIL.; Gonzalo. *Benefícios do exercício da autonomia e consentimento informado*. Rev Méd Chile 2009; 137: 1388-1394, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0034-98872009001000017&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0034-98872009001000017&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

RIDEEL, Coleção de Leis. *Código Penal, Constituição Federal, Legislação*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplantes de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Vol. 742, ago., p. 69, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*. Vol. I. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF, Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do STF. *Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 54 - anencefalia*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo nº 191.519-6/001*. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Julgado em 14.08.2007.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração do Genoma Humano*. Disponível em: <<http://www.fmj.br/Pdfs/genoma.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc\\_int\\_08\\_unesco\\_declaracao\\_bioetica\\_port.pdf](http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc_int_08_unesco_declaracao_bioetica_port.pdf)>. Acesso em 08 de setembro de 2013.

VADE MECUM, Obra Coletiva. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VILELA, Elizabeth Pricoli. A autonomia do paciente em face do Estatuto do Idoso. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: RPS, n. 278, ano 28, jan., p. 09, 2009.

WATCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY. *Transfusion Alternatives*. Documentary Series-On DVD. Brooklyn, New York, USA: Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. 2004. 120 mim.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová*. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_155.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_155.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2013.



# A arte de salvar vidas perante a religião: alma eterna em questão?

Isabella Ayrolla Soares Fonseca<sup>1 2</sup>

## Resumo

As Testemunhas de Jeová possuem em sua crença a proibição de se fazer transfusão sanguínea. Isso porque em seus preceitos religiosos, esse procedimento é contra os mandamentos bíblicos. Para os seguidores de Jeová, receber a hemotransfusão total é desobedecer às leis de Deus e, com isso, a vida eterna transformada em paraíso será comprometida. Essa questão é frequentemente contestada quando relacionada à medicina, pois, para os profissionais da saúde, a transfusão sanguínea é um importante procedimento para se combater a anemia e a hemorragia. A Justiça é favorável ao direito de escolha de tratamento pelo paciente, salvo em casos de iminente risco de vida. Teriam os médicos o direito de desprezar a decisão de seu paciente e transfundi-lo? Quais impactos esse ato trará à vida da Testemunha de Jeová? Para abordar essas questões, o Código de Ética Médica juntamente com os Códigos Civil e Penal, apresentam leis que respondem casos como esses com base na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Testemunhas de Jeová; transfusão sanguínea; medicina; religião; crença; Código Civil; Código Penal; Constituição Federal; sangue alógeno; ciência.

## Abstract

Jehovah's Witnesses have their belief in the prohibition of making blood transfusion. This is because in their religious precepts, this procedure is against the biblical commandments. For followers of the Lord, receive the full blood transfusion is to disobey the laws of God and, therefore, eternal life transformed into paradise will be compromised. This question is often challenged when related to medicine, because for health professionals blood transfusion is an important procedure to combat anemia and bleeding. Justice is in favor of the rights of the patient's choice of treatment, except in cases of imminent risk to life. Did the doctors the right to disregard the decision of his patient

<sup>1</sup> Acadêmica do 2º período da Faculdade de Medicina de Valença/RJ.

<sup>2</sup> Gostaria de agradecer imensamente ao meu professor de Responsabilidade Civil Médica e Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença (ACJV), Dr. Cleyson de Moraes Mello, por ter me dado a oportunidade de escrever esse artigo científico e ao meu professor de Metodologia Científica, Dr. Josemar Parreira Guimarães, por ter acreditado em meu potencial para a construção desse artigo. Sou muito grata também ao Dr. Gilberto Zia, bacharel em Direito e Serventuário da Justiça Estadual de Minas Gerais, que, além de ser Testemunha de Jeová, me ajudou na elaboração desse artigo por meio do fornecimento de documentos, livros e vídeos contendo informações de extrema relevância sobre o tema em pauta. Sou eternamente grata a Deus e à minha família, por terem me fortalecido e apoiado para a realização desse artigo científico. Meus pais, casal de advogados, Dr. Sebastião Roberto Fonseca e Dra. Cylmara Lúcia Ayrolla Soares Fonseca, e minha irmã, Camilla Ayrolla Soares Fonseca, muito obrigada por tudo, vocês são a minha base e o meu exemplo de vida!



Dentre os mandamentos presentes nessa crença há a proibição de se receber transfusão de sangue total, de papas de hemácias e de plasma, bem como de leucócitos e plaquetas. Entretanto, o entendimento religioso das Testemunhas de Jeová não proíbe de modo absoluto o uso de componentes, como albumina, imunoglobulinas e preparados hemofílicos; cabe a cada Testemunha decidir individualmente se deve ou não aceitá-los. O religioso também não poderá estocar o seu próprio sangue para, alguns dias depois, submeter-se à cirurgia eletiva. Isso se deve ao fato de que, para esses adeptos, a alma do ser humano está no sangue, logo ela não poderá ser repassada. Caso isso aconteça, as Testemunhas de Jeová desobedecerão ao mandamento de amar a Deus com toda a alma.

Há passagens bíblicas que são consideradas como base para a sustentação desses argumentos. A primeira delas é encontrada no livro Gênesis (9:3,4): “todo animal movente que está vivo pode servi-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis comer.” Enquanto a segunda é vista no Levítico (17:10): “quanto qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo”. A terceira passagem bíblica é encontrada em Atos (15:19,20): “que se abstenham... da fornicação, e do estrangulado, e do sangue.”

## **Transfusão sanguínea *Versus* medicina**

Para as Testemunhas de Jeová, receber transfusão sanguínea, portanto, significa desobedecer os mandamentos da Bíblia. Acreditam que, ao seguirem as leis de Deus, irão ganhar a vida eterna na Terra transformada em paraíso. Além disso, os adeptos dessa crença temem os riscos de complicações que esse procedimento poderá trazer, tais como contaminação bacteriana, contaminação viral, imunossupressão, embolia aérea, hipotermia e incompatibilidade do sistema ABO.

Deve-se ter em mente que as Testemunhas de Jeová, apesar de recusarem a hemotransfusão total, não são contra a medicina e nem aderem às chamadas curas pela fé. Eles apenas desejam tratamentos de saúde de qualidade e aceitam a ampla maioria dos tratamentos médicos, desde que sejam de acordo com suas razões religiosas baseadas na Bíblia. Muitas Testemunhas de Jeová aceitam a autotransfusão, quando o equipamento é preparado num circuito fechado, constantemente ligado ao sistema circulatório do paciente, e se não há armazenamento de sangue do paciente. Os seguidores dessa crença não aceitam coleta pré-operatória, armazenamento e reinfusão posterior de sangue. A hemodiálise e a hemodiluição, por sua vez, são assuntos para cada Testemunha de Jeová decidir individualmente, desde que esses procedimentos não envolvam armazenamento de sangue.



### **Técnicas e dispositivos para controlar o sangramento externo e o choque<sup>5</sup>:**

a) *Para sangramento:*

- Pacotes de gelo;
- Elevar a parte do corpo acima do nível do coração;
- Agentes hemostáticos;
- Cirurgia rápida;
- Torniquete.

b) *Para choque:*

- Antichoque médica;
- Apropriada reposição de volume após a hemorragia controlada.

### **Técnicas operatórias e anestésicas para limitar a perda de sangue durante a cirurgia<sup>6</sup>:**

- Hipotermia induzida;
- Oclusão mecânica do vaso sangrento;
- Reduzir o fluxo sanguíneo para a pele;
- Hemostasia meticulosa;
- Planejamento pré-operatório: equipe cirúrgica alargada, posicionamento cirúrgico, realização de procedimentos complexos.

### **Dispositivos de monitoramento de oxigênio no sangue e técnicas que limitam a coleta de sangue<sup>7</sup>:**

- Oxímetro de pulso;
- Equipamento de microamostragem pediátrica.

### **Expansores de volume<sup>8</sup>:**

- Cristaloides;
- Coloides;
- Perfluoroquímicos.

### **Agentes hemostáticos para hemorragia/problemas de coagulação<sup>9</sup>:**

- Avitene;
- Desmopressina;

<sup>5</sup> Ibid., p. 2.2.

<sup>6</sup> Ibid., p. 2.3.

<sup>7</sup> Ibid., p. 2.4.

<sup>8</sup> Ibid., p. 2.2.

<sup>9</sup> Ibid., p. 2.3.



Sabe-se que muitos profissionais da saúde não estão a par dos conceitos religiosos das Testemunhas de Jeová sobre cuidados médicos. Com base nisso, as Comissões de Ligação com Hospitais incentivam a comunicação aberta e contínua entre paciente e médico.

## A recusa da hemotransusão total

Essa Comissão é formada por uma rede internacional de ministros que receberam treinamento especializado e que trabalham com profissionais da área de saúde e órgãos de assistência social para facilitar o acesso dos pacientes a médicos, que estão dispostos a usar procedimentos alternativos isentos de sangue. Essa Comissão possui um banco de dados com artigos de periódicos médicos sobre tratamentos sem sangue, fazem consultas com especialistas qualificados e dão assistência pessoal a pacientes Testemunhas de Jeová para ajudá-los a resolver questões espirituais ou éticas relacionadas ao tratamento médico<sup>11</sup>.

Após acionar a Comissão de Ligação com Hospitais e mesmo assim o médico se sentir inseguro e não apto a prosseguir com o tratamento de seu paciente, ele poderá repassar o atendimento para outro médico. Com base nisso, o Artigo 36 do Código de Ética Médica diz que é vedado ao médico “abandonar pacientes sob seus cuidados”. A ressalva é que “ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se a continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder”.

## Direitos de escolha de tratamento médico

É de extrema importância o profissional da saúde respeitar a opinião e os direitos de seu paciente para a escolha de tratamento médico. Isso se verifica no Artigo 5º, VI, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”. Além disso, o Código de Ética Médica diz em seu Artigo 56: “veda ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”. Quando o paciente estiver correndo risco de vida e, mesmo assim, não aceitar os procedimentos indicados pelo médico, o profissional

<sup>11</sup> Rede de comissões de ligação com hospitais para as Testemunhas de Jeová – serviços de apoio a pacientes e médicos. Tatuí/SP. Comissão de Ligação com Hospitais.

da saúde obterá respaldo do Artigo 146, inciso I, do Código Penal para a realização de transfusão sanguínea, que diz: “é lícita à intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Observa-se, todavia, que para se fazer hemotransfusão em um paciente, que é extremamente contra a esse procedimento, o profissional da saúde deverá utilizar esse recurso em última instância, ou seja, quando todos os procedimentos possíveis, isentos de sangue, não puderem salvar a vida do paciente Testemunha de Jeová. Isso porque, mesmo que não exista outras alternativas que substituam a transfusão sanguínea (o que é difícil de não se existirem), o paciente poderá sofrer um trauma emocional muito significativo. Isso porque, para o paciente, receber a hemotransfusão total é o mesmo que violar e desobedecer às ordens bíblicas. E com isso, ele poderá sofrer consequências por causa dessa desobediência, que se aplicam em casos análogos ao da “fornicação”, mencionado em Atos (15:19,20).

Em casos em que o paciente a ser tratado é uma criança, filha de pais Testemunhas de Jeová, o Estatuto da Criança e do Adolescente, do Brasil, determina que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência”, e permite que o Estado intervenha na unidade familiar, se os direitos fundamentais da criança forem “ameaçados ou violados...(II) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”, inclusive “por falta” ou por “omissão” de lhe proporcionar tratamento médico. (Artigos 5º., 7º., 98 [II] e 101 [V]). Assim, caso os responsáveis de cuidar da criança não façam isso, então a criança é considerada “abandonada”. No entanto, a escolha de um eficaz tratamento médico alternativo, isento de sangue, por parte dos pais responsáveis, obviamente não é o mesmo que a “omissão” de tratamento médico. Se o eficaz procedimento médico alternativo, isento de sangue, fornecer o tratamento necessário, então a criança não poderia ser considerada “objeto de negligência”. Logo, ela não teria necessidade de proteção governamental<sup>12</sup>.

Isso mostra que nem o Governo e nem os médicos estão livres para impor tratamentos médicos padrões ou populares, se a escolha parental de tratamento alternativo, isento de sangue, satisfazer efetivamente as necessidades de tratamento médico para o filho. De acordo com isso, os pais simplesmente têm de prover o que é adequado e que evitará danos [ao filho]. Se não se exige sangue, e pode-se evitar que haja danos ou deficiências físicas sem usar a hemotransfusão, não haverá necessidade de intervenção governamental.

---

<sup>12</sup> Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová. Cesário Lange/ SP. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, p. 13.



## Casos selecionados de hemotransusão total<sup>13</sup>

Seguem, abaixo, alguns casos clínicos:

– Infartado necessita de transfusão sanguínea em caráter de urgência. Por ser Testemunha de Jeová, ele e sua família recusam o procedimento, mas médicos resolvem sedá-lo e, escondido, ministram o sangue.

– Criança de três anos necessita de transfusão urgente. Seus pais pedem para não transfundi-la, mas a equipe médica resolve contrariá-los, salvando-lhe a vida.

– Familiares de paciente Testemunha de Jeová acidentado permitem que ele receba sangue, à revelia de sua opinião. Assim que melhora, este decide processar a todos – inclusive parentes, médicos e hospital.

– Mulher Testemunha de Jeová deixa claro que não pretende, em hipótese alguma, receber sangue. Internada em estado gravíssimo, recebe transfusão compulsória. Mesmo assim, morre.

Grávida de 24 semanas, Testemunha de Jeová apresenta complicações que levam a um sangramento intenso. Durante atendimento, recebe sangue de forma compulsória, já que intensivistas consideram que sua autonomia não supera o direito da criança.

## Discussão sobre os casos apresentados

Em casos de urgência como os de infarto que, caso não tratados imediatamente, poderão levar o paciente ao óbito, os médicos agiram corretamente ao realizar a transfusão sanguínea (Artigo 146, inciso I, do Código Penal). Caso fosse uma ocorrência que não levasse o paciente a correr risco de vida, os médicos teriam sido negligentes ao transfundi-lo (Artigo 56 do Código de Ética Médica). Isso porque além de terem contrariado a escolha de seu paciente, os médicos não optaram pela realização de procedimentos isentos de sangue e não contataram a Comissão de Ligação com Hospitais para que os auxiliasse com formas alternativas de tratar o paciente sem a utilização da hemotransusão.

Nesse caso, verifica-se que a criança estava correndo risco de vida. Logo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Artigos 5º, 7º, 98,101) juntamente com o Código Penal (Artigo 146) e com a Constituição Federal (Artigo 5º) permitem a intervenção do médico em favor da vida do paciente, visto que os direitos contidos na Constituição Federal se sobrepõem aos direitos de crença.

A partir do momento em que a vida do paciente foi salva por meio da transfusão sanguínea feita, qualquer eventual processo que o paciente fizer, alegando o desrespeito ao direito de escolha, não irá obter o resultado esperado. Isso porque a vida do paciente estava em risco e foi salva graças à hemotransusão. Caso ele não estivesse sob risco de vida, o processo seria válido, visto que o médico assim como os familiares do paciente não validaram a opinião do paciente sobre o tratamento a ser realizado.

<sup>13</sup> Bioética clínica – Reflexões e discussões sobre casos selecionados. São Paulo/SP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2008.



A medicina vem avançando, ao longo dos anos, fazendo com que procedimentos, cada vez mais alternativos, sejam realizados em cirurgias, em quimioterapias e nos tratamentos em geral. Artroplastia total do joelho (substituição total do joelho por próteses), cirurgias do coração aberto (cardiopatias congênitas) e cirurgias hepáticas (neoplasias hepáticas) são exemplos de cirurgias complexas que obtiveram resultados eficazes sem a utilização de transfusões sanguíneas. Com base nisso, observou-se que o índice de mortalidade assim como o índice e a internação tiveram uma queda significativa em pacientes cuja transfusão sanguínea não foi utilizada.

Sabe-se que há ainda diversos profissionais da saúde que não estão familiarizados com os conceitos religiosos das Testemunhas de Jeová e nem com as formas alternativas de tratamento existentes que substituam a hemotransfusão total. Por isso que é de extrema importância, em situações como essa, a comunicação entre a equipe médica com a Comissão de Ligação com Hospitais. Isso porque a Comissão fornece um banco de dados contendo artigos médicos, esclarecendo as dúvidas desses profissionais sobre os métodos alternativos isentos de sangue. Instrumentos como eletrocautério, adesivos de tecidos, eritropoietina recombinante e coagulador por feixe de gás argônio são exemplos de técnicas e métodos alternativos utilizados em cirurgias na substituição da transfusão sanguínea.

Existem casos, entretanto, que essas alternativas não são eficazes, tendo como o método mais adequado, portanto, a transfusão sanguínea total. Isso implica em discussões entre a medicina e as Testemunhas de Jeová, pois o que prevalece: o direito de escolha do paciente ou a decisão do médico?

A resposta para isso depende muito do caso em questão, pois, se o paciente não estiver correndo riscos de vida e o médico desrespeitar seu direito de escolha, o profissional da saúde estará sendo negligente e desobedecendo às leis do Código de Ética Médica (artigo 56) e às leis da Constituição Federal (artigo 5º). Em uma situação como essa, o paciente tem todo o direito de processar o profissional da saúde que tenha sido negligente na forma de tratamento médico, baseando-se assim no artigo 186 do Código Civil que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Caso o paciente estiver correndo riscos de vida, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, a decisão do médico prevalecerá, salvando assim, a vida de seu paciente.

Deve-se observar as consequências que esse ato poderá trazer, visto que a decisão de se transfundir um paciente Testemunha de Jeová é contrário aos princípios religiosos seguidos por ele. O trauma emocional que poderá ser ocasionado é de extrema relevância para se refletir antes de se aplicar a hemotransfusão total. Enfatiza-se, portanto, que as Testemunhas de Jeová não são contras à prática da medicina e nem são a favor das chamadas curas pela fé, apenas desejam a realização de tratamentos alternativos baseados na isenção de sangue.

## Referências bibliográficas

- AZEVEDO, A.V. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue*. Ed 2010. São Paulo: Parecer, 2010.
- BERRI, C.H.G. Conduta médica no atendimento a pacientes Testemunhas de Jeová. Âmbito Jurídico. Rio Grande, novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12304](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12304)>. Acesso em 20 de agosto de 2013.
- Bioética clínica – reflexões e discussões sobre casos selecionados. São Paulo/SP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2008.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5, inciso II. Lex: Vade Mecum Compacto. 6. ed., São Paulo, p. 10, 2011.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5, inciso VI. Lex: Vade Mecum Compacto. 6. ed., São Paulo, p. 10, 2011.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*. Art. 146, parágrafo terceiro, inciso I. Lex: Vade Mecum Compacto. 6. ed., São Paulo, p. 529, 2011.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Civil)*. *Apelação Cível*. Transfusão de Sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de Tratamento. Interesse em agir. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007). Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>. Acesso em 21 de outubro de 2013.
- 396 Cuidados com a família e tratamento médico para as testemunhas de Jeová. Cesário Lange/SP. Associação Torre de Vigia de Bíblias. p. 2.1-2.5.
- DIVEP. *Cartilha Transfusional*. Hospital Federal dos Servidores do Estado. Rio de Janeiro, 2011.
- FRANÇA, I.S.X. *Dilemas éticos en la transfusión sanguínea de Testigos de Jeová: un análisis jurídico-bioético*. Acta paul. Enferm, São Paulo, v. 21, n. 3, 2008.
- GOLDIM, J.R. *Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Bioética e espiritualidade*. Tatuí. 2007. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Bio%C3%A9tica%20e%20Espiritualidade/ESPIRITUALIDADE.pdf>> Acesso em 13 de agosto de 2013.
- LUFT, Lya. *A Sentinela*. Ed. 2005. Editora Record, 2005, p. 29-31.
- NELSON, N.J. *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová*. 2009.
- RIBEIRO, V.S. *Dilemas éticos nas transfusões sanguíneas em Testemunhas de Jeová*. Rev Ajes. 2012.
- São Paulo (Estado). Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Guia sobre o erro médico - Orientações ao consumidor: manual de orientação*. São Paulo, 2006, 18 p.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Ed. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 90-92.
- Testemunhas de Jeová. Como pode o sangue salvar sua vida. Alternativas de qualidade para a transfusão*. JW.ORG. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfus%C3%A3o/>> Acesso em 20 de agosto de 2013.
- VIANNA, J.A.R. *Comparação do Código de Ética Médica do Brasil e de 11 países*. Rev. Assoc. Med. Bras, São Paulo, v. 52, n. 6, 2006.

# Sustentabilidade da pequena propriedade leiteira

---

**José Rogério Moura de Almeida Neto**  
**Giancarlo Magalhães dos Santos**  
**Rafael José Otero Arroyo**  
**Valesca Oliveira de Sousa**  
**Ademir de Moraes Ferreira**

## **Introdução**

O Brasil, pela sua imensa área e por ser um País de clima tropical e subtropical, apresenta grande potencial para produzir leite e carne, tendo as pastagens tropicais como principal fonte de alimento para os animais, a um custo relativamente menor do que em outros países. O Brasil pode se tornar, a médio ou longo prazo, um importante exportador de leite e de produtos lácteos, a exemplo do que já ocorre com a carne bovina. As pastagens tropicais têm qualidade inferior às gramíneas de clima temperado, mas sendo mais produtivas, suportam maior número de animais por hectare.

A pecuária bovina leiteira teve, nos últimos anos, um acentuado crescimento de produção, passando de 14,4 bilhões de litros, em 1990, para aproximadamente 32,0 bilhões de litros/ano, em 2012. Apesar do grande aumento na produção de leite no País, a produtividade não teve um aumento significativo, passando de 759 kg/lactação, em 1990, para 1.213 kg/vaca/ano, em 2006, com um crescimento de 59,7%, continuando muito inferior à Argentina (3.918 kg) e aos países desenvolvidos, onde a média de produção é maior que 5.000 kg/lactação.

A cadeia agroindustrial do leite é reconhecida como uma das mais importantes do agronegócio nacional sob a ótica social e econômica, estando presente em todo o território nacional com papel relevante no suprimento de alimentos, geração de empregos e de renda para a população. A pecuária bovina vem impulsionando o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) do País, representando quase 25% do PIB Nacional em 2012.

O Brasil possui o maior rebanho bovino comercial do mundo, contando com aproximadamente 177 milhões de animais, dos quais 35 milhões (20%) constituem o efetivo da pecuária leiteira. Cerca de 19 a 20 milhões de vacas, pertencentes a 1,4 milhões de produtores, produziram cerca de 32 bilhões de litros de leite, em 2012, colocando o país na quarta colocação no ranking mundial de produção leiteira. Contudo, a pecuária leiteira nacional ainda é caracterizada pela baixa produtividade dos rebanhos, visto que o aumento do volume de leite produzido ao longo dos anos ocorreu, em grande parte, devido ao aumento do número de vacas ordenhadas e não por melhoria de produtividade, embora esta tenha tido um pequeno aumento na última década.

Vários fatores têm contribuído para a baixa produtividade no setor leiteiro: rebanhos não especializados; alimentação deficiente quanti-qualitativamente (manejo

inadequado de forrageiras tropicais e pouca disponibilidade de volumosos no período seco); manejo geral inadequado ou incorreto; ausência de controle zootécnico (reprodutivo e leiteiro); condições gerais de higiene insatisfatórias; infraestrutura de produção insuficiente; ausência de práticas administrativas indispensáveis (mau gerenciamento da propriedade), mão de obra não especializada, práticas sanitárias inadequadas, e falta de assistência técnica qualificada. Acrescente-se a estes, outros fatores como deficiências nos sistemas de transporte, armazenamento, comercialização do produto e insumos, crédito rural e falta de associativismo dos produtores.

Estes diversos fatores, associados ou individualmente, são responsáveis pela baixa eficiência reprodutiva dos rebanhos leiteiros nacional, traduzida pela idade avançada ao primeiro parto e o longo intervalo de partos dos animais, o que impede a total exploração do potencial produtivo e reprodutivo dos mesmos. O processo produtivo da pecuária bovina fundamenta-se, primariamente, na eficiência reprodutiva dos rebanhos, já que com intervalo de partos de 12 meses pode-se maximizar a produção de leite do rebanho, com o parto sendo o evento de maior significado em um sistema de produção, pela geração de uma nova cria e início de uma lactação.

O expressivo aumento na produção leiteira nacional ainda é insuficiente para atender às recomendações de consumo interno indicadas no Guia Alimentar do Ministério da Agricultura (360 kcal/dia proveniente de leite e derivados ou 233 litros/habitante/ano), para o que seriam necessários cerca de 40,88 bilhões de litros ano em 2012, ou seja, 9 bilhões (66,03%) a mais. Como, em 2012, foram produzidos somente 32 bilhões, fica evidenciado um déficit significativo de produção para atender à demanda atual, agravando-se a situação pelo fato desta vir crescendo de forma expressiva.

Segundo o presidente nacional da Câmara de Comércio e Indústria Brasil-China, o objetivo do governo deste País é de que cada habitante aumente o consumo *per capita* de 70 mL (atual) para um copo de leite/dia (250 mL). Este é um cenário excelente para futura exportação de leite, pois, embora na China esteja concentrada 22% da população mundial, o País possui apenas 7% das terras agricultáveis no mundo. Estima-se que a produção mundial de leite tenha de ser incrementada em 50%, para que a demanda dos chineses possa ser atendida. Este fato associado à atual conjuntura mundial de produção de lácteos, mostra uma condição favorável para o crescimento do setor leiteiro no Brasil, o que para ocorrer necessita da intensificação dos trabalhos de difusão e transferência de tecnologias, visando à profissionalização de um grande número de produtores de leite no Brasil, e assim aumentar a competitividade dos mesmos no cenário mundial.

Mesmo com baixos índices de produtividade, a cadeia produtiva do leite continua sendo de suma importância para a economia do País, uma vez que a elevação na demanda final por produtos lácteos em R\$ 1,0 milhão gera 195 empregos permanentes. Este impacto supera o de setores tradicionalmente importantes, como o automobilístico, o da construção civil, o siderúrgico e o têxtil. O setor leiteiro no País envolve cerca de cinco milhões de pessoas, considerando também os 1,3 milhão de produtores de leite.

O principal problema encontrado na pecuária leiteira nacional é a baixa produtividade dos fatores de produção: terra, capital e mão de obra. A média da produtividade da terra destinada à produção de leite, por exemplo, está ao redor

de 1.200 kg de leite por hectare por ano, quando é possível obter produtividade 50 vezes mais alta, por meio da aplicação de tecnologia adequada.

O produtor que quiser se profissionalizar e permanecer na atividade deve ter como meta principal obter alta eficiência em seu sistema de produção, o que permitirá elevar a renda e diminuir os custos de produção. Para isto, deve melhorar a eficiência da produção de alimentos volumosos, buscando boa qualidade e produção em quantidade suficiente para alimentar o rebanho durante todo o ano.

Outro fator, ao qual o profissional na produção de leite deve estar atento, é a exigência atual do mercado por qualidade. Vários fatores indicam que essa tendência veio para ficar como, por exemplo:

- A exigência crescente por parte dos consumidores, que se preocupam não só com preço mas também com qualidade, não tolerando produtos com prazo de validade reduzido ou histórico de contaminação.
- A aplicação da legislação atual, que estabelece padrões mínimos de qualidade e fiscalização mais rigorosa.

Estes fatores indicam que a demanda será cada vez maior por leite de alta qualidade, produzido por vacas saudáveis, ordenhado com higiene e resfriado logo após a ordenha. A indústria deve atender a esta tendência do mercado, com produtos cada vez mais elaborados, de alta qualidade e com padrões internacionais, sob risco de perder mercado.

## Metodologia

O objetivo do PROJETO FAZENDEIRO é promover o desenvolvimento da pecuária leiteira na região de atuação via transferência de tecnologia para os técnicos extensionistas locais, quer sejam de entidades públicas ou privadas. Aplicando uma metodologia inovadora, na qual uma propriedade leiteira de cunho familiar é utilizada como “sala de aula prática”, com as finalidades de reciclar o conhecimento de todos os envolvidos (pesquisadores, técnicos e produtores) e, ao mesmo tempo, servir como exemplo, ao demonstrar a viabilidade técnica, econômica, social e ambiental da produção de leite neste tipo de estabelecimento. Essas propriedades selecionadas, agora denominadas Unidades de Demonstração (UDs), as tecnologias são propostas, discutidas e implementadas, com a participação dinâmica de todos os envolvidos.

Selecionada a propriedade pelo técnico extensionista e aprovada pela equipe do projeto, o proprietário deverá responder um questionário que identificará além de seu sistema de produção, aspectos relacionados à situação socioeconômico-educacional da família, bem como questões referentes ao ambiente. A visita de um integrante da equipe do projeto ocorrerá a cada quatro meses durante quatro anos, totalizando 12 visitas de acompanhamento. Nessas visitas, além do integrante da equipe, deverão estar presentes o técnico extensionista responsável pela UD e o produtor. A presença de mais pessoas, outros técnicos e produtores de leite da região não é obrigatória, mas é muito desejada. O técnico extensionista do município, responsável pela UD, deverá visitá-la ao menos uma vez por mês, ressaltando que, quanto maior a frequência das visitas deste à propriedade, mais rápido ocorrerá seu desenvolvimento profissional.





## Sistema de produção

### Módulos de pastejo

- No verão, utiliza-se pasto rotacionado intensificado e na época do inverno suplementa o rebanho com cana de açúcar.
- São utilizados dois módulos de pastejo:
  - Módulo 1 – 18 piquetes de 135 m<sup>2</sup>, de Tifton-85, totalizando área útil de 2.430 m<sup>2</sup>, irrigado.
  - Módulo 2 – 18 piquetes de 30 m<sup>2</sup>, de Tifton-85, totalizando área útil de 540 m<sup>2</sup>, irrigado.

### Canavial

- Existe um canavial de 2.000 m<sup>2</sup>, variedade RB 84-5257
- Com a alta produtividade do canavial (200 toneladas de matéria natural por ha).

VARIÁVEIS	2007	ÚLTIMOS 12 MESES
Receita (R\$/ano)	1.567,88	18.863,34
Produção diária (litros/dia)	4	94
Produtividade (litros/há/ano)	2.929	61.320
Preço recebido (R\$/litro)	0,40	0,52
Fluxo de caixa (R\$/ano)	- 789,65	11.198,76
Custo operacional (R\$/litro)	0,37	0,23
Lucro (R\$/ano)	- 1567,99	9.456,77
Lucro (R\$/ha/ano)	- 3.135,98	18.913,54
Número de vacas	7	7
Número de vacas em lactação	2	6
Área utilizada (ha)	0,5	0,5





# Uso de substâncias psicoativas lícitas por estudantes de enfermagem

Fernanda Borba Neves<sup>1</sup>  
Ana Carolina de Lima Carvalho<sup>1</sup>  
Luiz Rubio Martins Silva<sup>1</sup>  
Márcia Ribeiro Braz<sup>2</sup>

## Resumo

A dependência química está entre os principais problemas de saúde pública, e esta dependência engloba as substâncias lícitas e ilícitas. As drogas lícitas, apesar de serem legalmente permitidas e aceitas pela sociedade, também podem causar dependência, além de danos físicos e psicológicos. Este estudo tem por objetivo identificar o padrão do consumo de substâncias psicoativas consideradas lícitas entre estudantes universitários de um curso de enfermagem. Trata-se de uma pesquisa quantitativa descritiva e exploratória realizada entre estudantes de enfermagem do CESVA, localizado no município de Valença. O curso possui atualmente 146 alunos matriculados regularmente. Foi utilizada uma amostra não probabilística de 30% dos estudantes (44) que responderam a um questionário sobre uso de drogas lícitas. Apesar de a maioria dos estudantes se considerarem muito bem informados acerca das consequências do uso deste tipo de droga, os resultados apontaram para o seguinte padrão de consumo: álcool (93,2%), tabaco (59,1%), tranquilizantes e ansiolíticos (31,8%), anfetamínicos e medicamentos para emagrecer (22,7%), opiáceos (20,5%), antidepressivos (20,5%), barbitúricos e sedativos (15,9%), esteroides anabolizantes (2,3%). Ressalta-se que o consumo de álcool começou muito cedo, na adolescência e o consumo de antidepressivos um pouco mais tarde, porém, ainda na adolescência, evidenciando que não foi a vida acadêmica a precursora deste consumo. O estudo demonstrou uma realidade preocupante de consumo de álcool e outras drogas lícitas entre estudantes de enfermagem e a necessidade de programas que visem à educação e à conscientização destes futuros profissionais da saúde.

**Palavras-chave:** Drogas lícitas; estudantes de enfermagem; padrão de consumo.

## Abstract

Chemical dependence is one of the major public health problems, and this dependence includes both licit and illicit substances. Licit drugs, despite being legally allowed and accepted by society can also cause dependence, and physical and psychological damage. This paper aims to identify the pattern of use of psychoactive substances among college students considered to be licit by students from a nursing course. This is a descriptive and exploratory quantitative research conducted among nursing students of CESVA, located in the city of Valença. We used a non-probability sample of 30% of students who answered a questionnaire about the usage of legal drugs. Although most students consider themselves well informed

<sup>1</sup> Graduandos do 8º período do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

<sup>2</sup> Doutora em Enfermagem (EEAN-UFRJ), Prof<sup>ª</sup>. do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

about the consequences of using this type of drug, the results pointed to the following pattern of consumption: alcohol (93,2%), tobacco (59,1%), tranquilizers and anxiolytics (31,8%), amphetamines and slimming drugs (22,7%), opiates (20,5%), antidepressants (20,5%), barbiturates and sedatives (15,9%), anabolic steroids (2,3%). It is noteworthy that alcohol consumption began very early, during adolescence, whereas consumption of antidepressants started a little bit later, but also in adolescence time, showing that the academic life was not the precursor of this consumption. The study showed a worrying reality of alcohol and other legal drugs usage among nursing students and the need for programs aimed at the education and awareness of these future health professionals.

**Keywords:** Legal drugs; nursing students; consumption pattern.

## Introdução

A dependência química é um dos mais críticos problemas de saúde pública causado pelo abuso de drogas, atingindo o indivíduo em diferentes fases de sua vida, com repercussões abrangentes e negativas ao longo da evolução da doença.

A *United Nations International Drug Control Programme* conceituou: “droga é toda e qualquer substância psicoativa, ou seja, qualquer substância que altere a consciência, a percepção ou as sensações” (UNIDCP, 2003 *apud* FIGUEIREDO 2008). De acordo com Figueiredo (2008), uma forma de classificar as drogas seria segundo sua produção, em ilícitas e lícitas, sendo consideradas ilícitas aquelas que têm sua produção proibida por lei e lícitas aquelas que têm sua produção permitida por lei. Estas substâncias podem ser estimulantes, depressoras ou perturbadoras do sistema nervoso central. De acordo com Carlini (1994 *apud* CARLINI *et al.*, 2001), podemos citar como exemplos de drogas depressoras o álcool, os inalantes e os benzodiazepínicos. Como exemplos de drogas estimulantes, a cocaína, o crack, a merla e, como drogas perturbadoras, a maconha e alguns medicamentos anticolinérgicos.

Dentre as consequências causadas pelas drogas ilícitas, podemos citar a sensação de euforia ou bem-estar, sede, fome, insônia, alucinações, delírios, excitação, angústia, ansiedade, cansaço, taquicardia, agressividade, convulsão, bronquite, infertilidade, degeneração neuronal e renal, paralisia do estômago, depressão respiratória e cardíaca, coma e óbito (MURAD, 1994 *apud* FIORINI; ALVES, 1999).

As drogas lícitas, apesar de serem legalmente permitidas e aceitas pela sociedade, também podem causar dependência, além de danos físicos e psicológicos. Assim como as drogas lícitas e ilícitas, o uso indevido de medicamentos pode trazer prejuízos ao organismo, levar à dependência, à síndrome de abstinência e a distúrbios comportamentais (NASCIMENTO, 2003, *apud* PIZZOL *et al.*, 2006). Sendo assim, além do álcool e do tabaco, outras substâncias também vêm sendo usadas abusivamente e causando diversos males, como os benzodiazepínicos, os anorexígenos, os xaropes, os descongestionantes nasais, os inalantes e os anabolizantes.

No que tange ao consumo de anorexígenos, pode-se observar a existência de um grande problema devido ao abuso na prescrição e comercialização, a falha

de racionalidade e a banalização do uso desses psicotrópicos, que resultam em um elevado consumo destas substâncias (CARNEIRO; JÚNIOR; ACURCIO, 2008).

Para Carneiro (2005), o consumo de drogas não afeta somente o usuário, como também pessoas de seu convívio, seja em casa, no trabalho ou em seu círculo social, e todo estes indivíduos sofrem as consequências deste abuso. O problema é evidenciado exemplificando as informações da Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre as drogas que se caracterizam como sendo um dos mais graves problemas de saúde pública do último século. Dados mostram o destaque do álcool que levou a óbito meio bilhão de pessoas no século XX, vindo logo após do pioneirismo do tabaco que causou enormes danos à saúde pública nessa mesma época.

O meio social e cultural no qual uma pessoa vive pode induzir uma pessoa ao consumo de drogas. Uma sociedade pode ser mais suscetível desta forma quando existem neste meio sentimentos emocionalmente degradantes, falta de segurança, e o não encaixe de um indivíduo em seu papel social (MARTINS; CORREIA, 2004).

De acordo com o CENSO 2010, o município de Valença possui uma população de 69.347 habitantes (BRASIL, 2010). Podemos considerar Valença como uma cidade universitária, pois agrega sete faculdades que, juntamente com outras instituições culturais, transformam a cidade em um grande campus universitário. Percebe-se no cotidiano de jovens o fenômeno do consumo e da dependência de substâncias psicoativas consideradas lícitas, no contexto universitário. Enquanto acadêmicas de enfermagem, nestes quatro anos de curso, percebemos o consumo abusivo de álcool e tabaco no meio acadêmico, bem como o uso de antidepressivos e anorexígenos também. Tal fato nos motivou a investigar este tema.

“O ingresso na universidade, ainda que traga sentimentos positivos e de alcance de uma meta programada por estudantes do ensino médio, por vezes pode se tornar um período crítico, de maior vulnerabilidade para o início e a manutenção do uso de álcool e outras drogas” (PEUKER *et al.*, 2006 *apud* WAGNER; ANDRADE, 2008,p.112).

O risco de dependência pode ser considerado maior na enfermagem uma vez em que é uma profissão com maioria feminina e as mulheres possuem maior hábito de fazerem uso de medicamentos prescritos para alterar o humor e acabam desta forma sendo mais suscetíveis ao abuso destas drogas. E se tratando de um profissional da área de saúde, o enfermeiro dependente químico traz risco de danos principalmente ao paciente, já que se trata de um indivíduo que terá suas habilidades e capacidade de julgamento prejudicadas (MARQUIS; HUSTON, 1999).

Quando se avalia quais atitudes e comportamentos que estes indivíduos desenvolvem e que são ligados a estas drogas e ao álcool se torna possível entender o comportamento deste grupo de indivíduos. O efeito do uso de substâncias psicoativas influencia o comportamento em estudantes universitários e surgem assim consequências, como desastres no trânsito, agressão, comportamento sexual de risco,

prejuízos na vida acadêmica, alteração da percepção e estresse (SILVA *et al.*, 2006). A preocupação que se destaca sobre o uso de drogas entre acadêmicos da área de saúde se dá ao fato de que o mesmo interfere sua própria saúde física e mental bem como a da sociedade na qual este acadêmico está inserido (PORTUGAL *et al.*, 2008).

Entre os anos de 1998 e 2008, as pesquisas realizadas com estudantes universitários demonstraram que o uso de substâncias psicoativas é alarmante e que são necessários novos levantamentos sobre o tema, mesmo levando em consideração que estas pesquisas não são representativas do universo desses estudantes (WAGNER; ANDRADE, 2008 *apud* BOTTI, 2010).

“O conhecimento sobre uso de drogas de uma determinada população auxilia e define o tipo de intervenção que deve ser realizada. Para que isso ocorra, há a necessidade de dados específicos a respeito do uso de determinadas substâncias em certos grupos populacionais e em variados ambientes” (LEITE *et al.*, 2008, p. 44).

Percebemos, como futuros profissionais de saúde, a necessidade de conhecer o perfil destes jovens para se estabelecer e desenvolver estratégias de atuação em dependência química. A escassez de pesquisas na área no contexto local fomenta a importância da discussão sobre o uso de drogas, que engloba, segundo estudos da OMS, um universo que diz respeito à cerca de 10% da população mundial situada em áreas de centros urbanos (OMS, 2001).

Nesse sentido, este estudo tem por objetivo identificar o padrão do consumo de substâncias psicoativas consideradas lícitas entre estudantes universitários no município de Valença.

## Abordagem metodológica

Trata-se de estudo exploratório-descritivo, transversal, de campo, com abordagem quantitativa. A pesquisa exploratória tem como objetivo explorar aspectos de uma situação e a descritiva objetiva descrever as características de determinada população ou fenômeno (POLIT; HUNGLER, 1995).

Para a realização do estudo foi solicitada uma autorização da diretora do curso envolvido, no qual foram esclarecidos os objetivos do estudo. Após esse consentimento, o projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Faculdade de Medicina de Valença, recebendo o CAAE nº. 08269812.7.0000.5246.

O curso de enfermagem do CESVA teve seu início no ano de 2009, no município de Valença/RJ e, atualmente, possui um universo de 146 alunos matriculados, sendo 31 alunos matriculados no 2º período, 30 alunos no 4º período, 38 alunos no 6º período e 47 alunos no 8º período. Foi utilizada uma amostra não probabilística, ou seja, as pessoas foram convidadas a participarem do estudo sem que estas pessoas tenham probabilidade conhecida de pertencer

a amostra. Os critérios de inclusão foram ser aluno do curso de enfermagem do CESVA, ter mais de 18 anos e aceitar participar do estudo. A pesquisa atendeu todos os critérios da Resolução nº 196/96 e teve uma amostra de 44 estudantes. Todos os informantes assinaram um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (Apêndice I)

Os dados foram coletados através de um questionário que foi distribuído entre os alunos que concordaram em participar do estudo. O questionário utilizado foi adaptado (Apêndice II) de um Instrumento de Pesquisa – USP, “Álcool e Drogas – Terceira pesquisa sobre atitudes e uso entre alunos da Universidade de São Paulo – Campus São Paulo” que visa colher informações sobre atitudes, uso de drogas lícitas, comportamento de risco e possíveis prejuízos na vida acadêmica entre acadêmicos de enfermagem. A análise dos dados se deu por porcentagem simples, os resultados e foram apresentados sob quadros, tabelas e gráficos.

## Resultados e discussão

Para o estudo foi utilizada uma amostra aleatória de, aproximadamente, 30% dos alunos, com um n de 44 alunos. O Quadro 1 apresenta a caracterização dos acadêmicos de enfermagem atualmente.

Quadro 1: Caracterização sociodemográfica da amostra		
	Dados	Percentual
Gênero	Masculino	20,5
	Feminino	79,5
Idade	16-19	9
	20-24	43,8
	25-29	15,8
	30-35	13,5
	36 ou mais	13,5
	Não responderam	4,4
Estado civil	Solteiro	70,5
	Casado / Relacionamento estável	20,5
	Separado / Divorciado	9
	Viúvo	0

Percebe-se através dos dados que o curso possui uma predominância do gênero feminino na profissão. Já bastante conhecida é a predominância de mulheres na graduação em enfermagem, tendo em vista a constituição histórico-social da profissão. Apesar de atualmente ser constante a presença do homem nas salas de aula do curso, ainda não é o suficiente para ir de encontro à literatura, nossos dados corroboram o estudo de Coelho (2001, p. 124), ao afirmar que:

As práticas de cuidado sempre estiveram associadas ao sexo feminino. Revisitando a história, constatamos no que se refere ao lugar social das mulheres, há um mito definido por concepções que remetem as mulheres a uma condição inata de inferioridade atribuída à sua aproximação com a

natureza. Tais representações têm em seus princípios relação direta com a capacidade natural da reprodução biológica e com as responsabilidades nos cuidados com o doméstico e com a família.”

Em relação à faixa etária, os alunos são muito jovens, aproximadamente 60% estão entre 20 e 29 anos. Entretanto, a idade de ingresso, conforme evidenciado no Quadro 2, é semelhante àquela descrita na literatura. No estudo de Pereira (2003), a faixa de idade na qual frequentemente os indivíduos se inserem na universidade é considerada entre 18 e 24 anos. Outro estudo na área da enfermagem indica que a idade predominante dos estudantes é de 20-22 anos (Horta; Bonilha; Ribeiro, 1988) Outros trabalhos mostram mudanças no perfil do estudante de uma escola pública da cidade de São Paulo, sendo percebido um decréscimo na idade dos alunos, ao serem comparados dados coletados de 1973 a 1982 com dados de 1988, prevalecendo a faixa etária de 20-21 (NAKAMAE, 1992).

Quadro 2: Caracterização acadêmica da amostra		
	Dados	Percentual
Idade de ingresso	17-22	54,5
	23-28	11,4
	29-34	13,6
	35-40	6,9
	Não responderam	13,6
Ano que cursa	1º	20,4
	2º	20,4
	3º	25
	4º	34,2
Desempenho no último semestre	Aprovação	38,6
	Exame final - Aprovação	36,4
	Exame final - Dependência	25
	Repetência	0

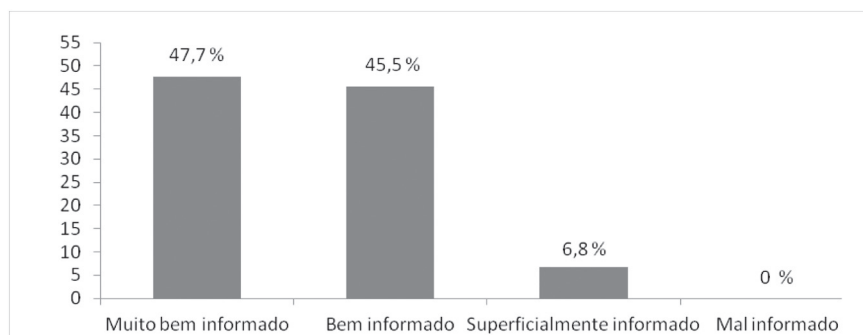


Gráfico 1: Percepção de acadêmicos de enfermagem acerca das consequências do uso de drogas lícitas



No que tange ao conhecimento de acadêmicos acerca das consequências do uso de drogas lícitas, observa-se no Gráfico 1 que a maioria se considera muito bem informada.

Em vista da complexidade da problemática do consumo de drogas e de como e por qual meio a informação sobre o assunto chega aos jovens, considerando sua capacidade crítica, é preciso elaborar estratégias educacionais visando permitir a interação e a reflexão (PAVANI *et al.*, 2009). Os autores *op cit* prosseguem afirmando que os adolescentes atualmente têm fácil e rápido acesso à informação e se consideram informados quanto às drogas.

Nicastro e Ramos (2001 *apud* SANCHEZ *et al.*, 2010) enfatizam o papel crucial da informação como medida preventiva entre adolescentes e jovens. Porém, sugerem que seja veiculada com cautela, de tal forma que não despertasse a curiosidade ao consumo, ao invés de preveni-lo. Assim como outros autores, consideraram que a informação seria apenas uma das muitas estratégias a serem abordadas num programa de prevenção.

Em relação ao consumo de álcool, o Quadro 3 apresenta os dados referentes a esta droga lícita.

Quadro 3: Álcool		
Questões	Respostas	Percentual
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	93,2%
	não	6,8%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	38,6%
	média de idade	15,6 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	65,8%
	não	22,6%
	não respondeu	11,6%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	31,8%
	menos de 1 vez por semana	29,5%
	1 ou mais vezes por semana	25,0%
	2 ou 3 vezes por semana	2,3%
	4 ou mais vezes por semana	2,3%
	Não respondeu	9,1%

Quando iniciamos este trabalho esperávamos comprovar que o consumo de álcool se iniciava no ensino superior em grande parte dos casos. Porém, os dados que encontramos nos provam que este é um hábito que geralmente se inicia na adolescência (média de 15,6 anos), sendo que 77,3% das pessoas confirmaram já terem usado álcool antes de ingressar na faculdade, e este hábito se manteve na fase adulta.

Estes dados corroboram o estudo de Fiorine e Alves (1999), que constatou dentro da população estudada que respondeu afirmativamente que já havia utilizado drogas cerca de 92% o fez antes do ingresso na universidade, sendo incluído neste dado o álcool e o tabaco. Os autores ressaltam que esta é uma informação de grande relevância, uma vez que a mesma demonstra não ser o meio universitário o ponto de partida para o uso de drogas. Destes 92%, 14% afirmaram ter experimentado drogas antes dos 12 anos, 45% entre os 13 e 15 anos, 33% entre os 16 e 18 anos e apenas 8% após os 18 anos.

A mídia e suas propagandas sobre o álcool podem induzir os adolescentes a acreditarem que beber é um hábito normal (AUSTIN; JOHNSON, 1997 *apud* FARIA *et al.*, 2011) e podem fazer com que acreditem que os comerciais de bebidas alcoólicas falam a verdade, uma vez que se assemelham as situações reais vividas por estes jovens. (FARIA *et al.*, 2011). Ainda analisando o uso de álcool, 63,6% responderam que amigos ou conhecidos os introduziram no consumo de álcool e 20,4% pessoas responderam que fazem uso regular de álcool (no mínimo três vezes por semana) com os amigos. Os jovens sempre buscam inserção em um determinado grupo e muitas vezes é necessário pertencer completamente as características desse grupo. Sendo assim, eles tentam adequar suas atitudes com às ações do grupo para que seja fácil sua aceitação (CAVALCANTE; MARIA DALVA SANTOS; BARROSO, 2008). Então, se um grupo tem como característica o uso de álcool, estes adolescentes acabam fazendo este uso para serem aceitos pelo grupo.

Levantamentos nacionais na população como um todo e entre os universitários têm indicado que as mulheres vêm fazendo um uso de álcool elevado ou que vêm mudando seu padrão de consumo (LARANJEIRA, *et al.*, 2007; PILLON; WEBSTER, 2006 *apud* PILLON *et al.*, 2011). A maior parte da amostra foi composta por mulheres e o consumo de álcool se mostrou significativamente elevado, sendo que 65,8% das pessoas relataram terem consumido álcool nos últimos três meses e 59,1% das pessoas relataram terem consumido nos últimos 30 dias. Este fator se torna relevante uma vez em que este consumo tem sido alto, 18,2% responderam terem bebido de sete a oito doses na ocasião em que mais beberam no último mês e 22,7% responderam que bebem de sete a oito doses em uma noite de fim de semana. Este consumo é considerado alto uma vez que o consumo ideal e que oferece baixos riscos à saúde, segundo a OMS, para as mulheres, é de no máximo duas latinhas de cerveja por ocasião e este pode se justificar pela frequência às festas universitárias, pela pressão social que induz ao consumo e o estresse relacionado ao cotidiano universitário (PILLON *et al.*, 2011).

Os dados da pesquisa também demonstraram que a maior parte dos universitários teve prejuízos em seu desempenho acadêmico (61,4%), tendo que fazer exame final e passando ou fazendo exame final e ficando em dependência. Os universitários costumam desmerecer os riscos de abuso por álcool em relação às drogas ilícitas e, como os mesmos não percebem estes riscos, podem sofrer prejuízos e não os perceberem até que este acadêmico adquira alguma disfunção que influencie de forma negativa sua vida pessoal e profissional (MESQUITA; NUNES; COHEN, 2008).

Consideramos como fatores de risco intensificados pelo álcool e que são promovidos nas festividades universitárias aqueles como comportamento sexual de risco, comportamento agressivo e acidentes automobilísticos. Um total de 41% das pessoas relataram já terem tido relação sem camisinha após terem ingerido bebida alcoólica. Nota-se que o consumo de álcool antes de uma relação sexual é um fator incentivador para que tanto o homem quanto a mulher deixem suas inibições de lado e se sintam mais abertos a um desempenho sexual que será, em sua concepção, superior ao que fariam sem uso de qualquer substância (STONER *et al.*, 2007 *apud* CARDOSO; MALBERGIER; FIGUEIREDO, 2008 ).

Em contrapartida, o álcool impede a capacidade de julgamento dos riscos que pode causar um relacionamento sexual desprotegido porque facilita o esquecimento do preservativo ou a negociação para não utilizá-lo e maior probabilidade de se contrair HIV e outras DST's (KALICHMAN *et al.*, 2007a; STONER *et al.*, 2007; CASTILLA *et al.*, 1999; KALICHMAN *et al.*, 2007b; MAISTO *et al.*, 2004 *apud* CARDOSO; MALBERGIER; FIGUEIREDO, 2008). Quanto aos riscos automobilísticos, 29,6% das pessoas responderam terem dirigido um carro ou outro veículo após terem ingerido bebida alcoólica em qualquer quantidade ou estiveram no carro ou outro veículo de alguém que dirigiu após ter ingerido bebida alcoólica em qualquer quantidade, o que o torna um percentual preocupante devido aos riscos que ele traz. O álcool tem sido apontado como principal culpado por aproximadamente 70% dos acidentes de trânsito envolvendo mortes (LIMA, 2007 *apud* ABREU, 2010). Apesar de o álcool ter relação direta com o comportamento agressivo, nosso estudo não demonstrou isto, 91% das pessoas responderam que não se envolveram em uma briga no último mês estando alcoolizado.

Em relação ao tabaco, nosso estudo apontou que 59,1% das pessoas experimentaram tabaco muito cedo, com média de 14,8 anos, sendo a primeira substância a ser experimentada, como podemos observar no Quadro 4.

Quadro 4: Tabaco		
Questões	Respostas	Percentual
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	59,1%
	não	40,9%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	31,8%
	média de idade	14,8 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	4,5%
	não	95,5%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	95,5%
	menos de 1 vez por semana	4,5%
	1 ou mais vezes por semana	0,0%
	2 ou 3 vezes por semana	0,0%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
	Não respondeu	0,0%

O tabaco costuma ser a primeira droga consumida pelas crianças e adolescentes (AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, 2001 *apud* FERREIRA; TORGAL, 2010), porém somente uma porcentagem não significativa continuou fazendo uso (4,5%). Isto se deve provavelmente às campanhas contra o tabagismo que podem estar sendo responsáveis por esta diminuição no número de fumantes de uma forma geral (PETROIANU, 2010).

Após o consumo de álcool e tabaco, as substâncias com maior consumo foram os tranquilizantes e ansiolíticos, conforme o Quadro 5.

O consumo destes medicamentos com potencial de abuso entre os acadêmicos pode indicar que estes estão se sentindo sobrecarregados, ansiosos,

tenso ou preocupado. Talvez por motivos advindos da vida universitária, ou problemas familiares, no emprego, problemas sociais ou culturais, entre outros fatores. O aumento da procura por benzodiazepínicos pode ser justificado pela diminuição da capacidade das pessoas para lidar com o estresse, o surgimento de novas drogas e a propaganda das indústrias farmacêuticas em torno das mesmas ou ainda o hábito de prescrever estes medicamentos de forma imprópria pelos médicos (PAPROCKI, 1990 *apud* AUCHEWSKI, 2004). Trata-se de medicamentos que são consideradas as substâncias psicotrópicas mais usadas de forma indiscriminada no mundo e por maioria feminina, e o consumo destes medicamentos podem levar à alteração do comportamento e à dependência psíquica e/ou física (CARVALHO; DIMENSTEIN, 2004).

<b>Quadro 5: TRANQUILIZANTES E ANSIOLÍTICOS (medicamentos utilizados para aliviar ansiedades, preocupações, temores e tensão) Ex: Diazepam®, Diempax®, Rivotril®, Valium®, Lorax®, Rohypnol®, Somalium®, Lexotan®, Librium®, Rohydorm®, etc</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	31,8%
	não	68,2%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	11,4%
	média de idade	23,5 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	11,4%
	não	88,6%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	90,9%
	diariamente	2,3%
	menos de 1 vez por semana	4,5%
	1 ou mais vezes por semana	0,0%
	2 ou 3 vezes por semana	2,3%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
Sob orientação médica?	sim	18,2%
	não	9,1%
	não usaram	68,2%
	não responderam	4,5%

Os dados do estudo também apontam para o uso de substâncias anfetamínicas e anorexígenas pelos acadêmicos, conforme podemos observar no Quadro 6.

Barcellos *et al.* (1997 *apud* LUCAS *et al.*, 2006) confirmaram que existe um padrão no uso de anfetaminas pelos estudantes das áreas das ciências e que, além deste consumo ser predominantemente feminino, a finalidade de uso entre homens e mulheres diverge, sendo que os homens costumam usar como estimulantes e são recomendados por amigos e as mulheres usam estes anfetamínicos para agirem como anorexígenos após conversarem com algum profissional da saúde. Dentre os motivos que justificam o uso de anorexígenos estão não apenas a obesidade e o sobrepeso que têm prevalecido no Brasil nos últimos 40 anos, como também o grande uso indiscriminado destes e de outros medicamentos no País (NOTO *et al.*, 2002 *apud* MARTINS *et al.*, 2006), e um dos principais motivos que levaram os nossos resultados a serem elevados foi a amostra ser composta de maioria feminina e este ser um público que consome anorexígenos em maior quantidade se comparado aos homens devido ao fenômeno da pressão causada pela sociedade que pode ser definida segundo Massuia; Bruno e Silva (2008 *apud* MARTINS *et al.*, 2006) como “ditadura da magreza”.

<b>Quadro 6: ANFETAMÍNICOS e medicamentos para emagrecer (medicamentos que causam efeito estimulante da atividade mental, podendo ser usados indevidamente para o emagrecimento, para aumentar a concentração mental ou para se manter acordado ou ainda medicamentos para diabetes) (Hípodagim<sup>®</sup>, Moderex<sup>®</sup>, Dualid S<sup>®</sup>, Pervetin<sup>®</sup>, Sibutramina<sup>®</sup>, Tesofensina<sup>®</sup>, Victoza<sup>®</sup>, Dasten<sup>®</sup>), Fórmulas para Emagrecer, etc)</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	22,7%
	não	77,3%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	9,1%
	média de idade	24,5 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	2,3%
	não	97,7%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	100,0%
	menos de 1 vez por semana	0,0%
	1 ou mais vezes por semana	0,0%
	2 ou 3 vezes por semana	0,0%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
Sob orientação médica?	Não respondeu	0,0%
	sim	13,6%
	não	9,1%
	não usaram	77,3%

Os opiáceos se destacaram como medicamento mais utilizado nos últimos três meses (15,9%) e nos últimos 30 dias (13,6%). No Quadro 7, observamos estes dados.

Por mais que os opiáceos sirvam como analgésico, muito se confronta sobre seu real benefício já que existe a possibilidade de ocorrer toxicidade, alto grau de efeitos colaterais, desenvolvimento de dependência física e principalmente possibilidade de desenvolver dependência psíquica. (MARUTA; SWANSON; FINLAYSON, 1979; PORTENOY, 1990; PORTENOY; FOLEY, 1986; SAVAGE, 1993; SCHOFFERMAN, 1993; SEES; CLARK, 1993; TURK; BRODY; OKIFUJI, 1994; ZENS; STRUMPF; TRYBA, 1992 *apud* PIMENTA *et al.*, 1999).

<b>Quadro 7: OPIÁCEOS (medicamentos utilizados para o alívio da dor) Ex: Dolantina<sup>®</sup>, Meperidona<sup>®</sup>, Demerol<sup>®</sup>, Alfgan<sup>®</sup>, Morfina, Tylex<sup>®</sup>, Codein<sup>®</sup>, etc.</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	20,5%
	não	79,5%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	20,5%
	média de idade	-----
Usou nos últimos 3 meses?	sim	15,9%
	não	84,1%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	86,4%
	menos de 1 vez por semana	6,8%
	1 ou mais vezes por semana	6,8%
	2 ou 3 vezes por semana	0,0%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
Sob orientação médica?	Não respondeu	0,0%
	sim	13,6%
	não	6,9%
	não usaram	79,5%

No Quadro 8, observamos que o uso de antidepressivos se iniciou na adolescência (média de 17,25 anos), sendo que este uso caiu para números não significativos durante os últimos três meses antes de terem sido aplicados os questionários. Por se tratar de uma fase em que é necessário definir fatores sexuais, profissionais e familiares, a adolescência acaba por ser um período bastante difícil e que pode levar a sofrimento psíquico e a quadros psicopatológicos. (BALLONE, 2003 *apud* CRIVELATTI; DURMAN; HOFSTATTER, 2006). O que observamos no cenário atual é a pressão que as escolas fazem nos alunos, que acabam de entrar no nível médio, sobre a importância de os mesmos passarem no vestibular e ingressarem na universidade, o que pode estar gerando maior ansiedade entre estes adolescentes. A depressão é também uma intercorrência que acomete mais o sexo feminino se comparado ao masculino (CRIVELATTI; DURMAN; HOFSTATTER, 2006) e, levando em consideração que se trata de um curso de maioria feminina, estes dois fatores unidos justificam o consumo de antidepressivos entre estas mulheres quando mais jovens.

<b>Quadro 8: ANTIDEPRESSIVOS (medicamentos utilizados contra a depressão e transtornos de afetividade, melhoram o humor e promovem conforto emocional) Ex: Cloridrato de Fluoxetina, Cloridrato Sertralina, Venlaxin®, Paroxetina®, etc.</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	20,5%
	não	79,5%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	9,1%
	média de idade	17,5 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	4,5%
	não	95,5%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	95,5%
	diariamente	4,5%
	menos de 1 vez por semana	0,0%
	1 ou mais vezes por semana	0,0%
	2 ou 3 vezes por semana	0,0%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
	Não respondeu	0,0%
Sob orientação médica?	sim	20,5%
	não	0,0%
	não usaram	79,5%

O consumo de barbitúricos e sedativos nesta pesquisa se mostrou 3,5 vezes maior após a faculdade e que dos 15,9% que experimentaram na vida, 6,8% foram sem orientação médica, como podemos observar no Quadro 9 estes dados podem indicar de acordo com SOARES *et al.* (2011), que a convivência na universidade pode estar levando à automedicação nos acadêmicos.

<b>Quadro 9: BARBITÚRICOS e SEDATIVOS (medicamentos utilizados como indutores do sono, calmantes e para dores de cabeça) Ex: Optalidon®, Gardenal®, Tonopan®, Nembutal®, Comital®, Pentotal®, etc.</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	15,9%
	não	84,1%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	13,6%
	média de idade	25 anos
Usou nos últimos 3 meses?	sim	6,8%
	não	93,2%
	não respondeu	0,0%
Quantas vezes você usou nos últimos 30 dias?	não usei	97,7%
	menos de 1 vez por semana	0,0%
	1 ou mais vezes por semana	2,3%
	2 ou 3 vezes por semana	0,0%
	4 ou mais vezes por semana	0,0%
Sob orientação médica?	Não respondeu	0,0%
	sim	9,1%
	não	6,8%
	não usaram	84,1%
	não respondeu	0,0%

Os esteroides anabolizantes possuíram porcentagens não significativas de uso já feito na vida (2,3%), como podemos observar no Quadro 8. Observa-se que este tipo de droga é pouco consumido entre os estudantes, acredita-se que seja devido às características rurais da cidade, que destoa do cotidiano dos estudantes de zonas urbanas. De acordo com Iriart; Andrade (2002), são escassos os estudos sobre uso de esteroides anabolizantes no Brasil, não possibilitando saber a extensão de consumo destas substâncias. Porém, existem indícios que sugerem que este uso pode estar crescendo entre os jovens, o que se caracterizaria como um problema de saúde pública relevante. Por este motivo, decidimos pesquisar também este dado.

<b>ESTERÓIDES ANABOLIZANTES (Deca-Durabolim®, Durateston®, Zinabol®, etc)</b>		
<b>Questões</b>	<b>Respostas</b>	<b>Percentual</b>
Você já experimentou alguma vez na sua vida?	sim	2,3%
	não	97,7%
Que idade você tinha quando experimentou pela primeira vez?	não lembro	2,3%
	média de idade	0

## Conclusão

Da leitura feita a partir dos dados coletados em campo de pesquisa, podemos entender que temos cada vez mais uma diminuição do tempo de iniciação ao consumo de bebidas alcoólicas e, do mesmo modo, um aumento no nível deste consumo. A diminuição da relação idade-consumo nos mostra a possibilidade de elevação do número de jovens que se aventurarão nesse campo e com a

possibilidade de ultrapassar a barreira do lícito para o ilícito, ocorrendo, assim, várias implicações negativas que poderão culminar em reações mais enérgicas da parte do Estado.

Os estudantes pesquisados recebem informações sobre drogas por vários meios e, apesar de se considerarem bem informados de seus prejuízos e consequências na vida social, acadêmica e familiar, ainda persistem no uso de substâncias psicotrópicas.

As instituições de nível superior, bem como as escolas, deveriam tomar medidas mais efetivas para mudar esse quadro. A educação com treino de habilidades para melhor lidar com o estresse, detecção precoce do uso de drogas, fornecimento de informação científica e maior carga horária para as disciplinas que abordam o uso de álcool e outras drogas são algumas sugestões que podem trazer mudanças para a realidade de uso de drogas dentro das universidades.

O estudo demonstrou uma realidade preocupante de consumo de álcool e outras drogas lícitas entre estudantes de enfermagem do CESVA e a necessidade de programas que visem à educação e, à conscientização destes futuros profissionais da saúde. Nesse sentido, este estudo traz uma contribuição significativa, uma vez que nos mostra a necessidade de ações educativas mais enérgicas como forma de possibilitar aos estudantes que já consomem algum tipo de droga um nível de compreensão das consequências sobre a saúde e sobre as relações estabelecidas no contexto social.

## Referências bibliográficas

- ABREU, A. M. M *et al.*, *Uso de álcool em vítimas de acidentes de trânsito: estudo do nível de alcoolemia*, Rev. Latino-Am. Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 18, n. spe, June 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-11692010000700005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692010000700005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.
- AUCHEWSKI, L. *et al.*, *Avaliação da orientação médica sobre os efeitos colaterais de benzodiazepínicos*, Rev. Bras. Psiquiatr., São Paulo, v. 26, n. 1, Mar. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462004000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462004000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11 de novembro de 2012.
- BOTTI, N. C. L; LIMA, A. F. D; SIMOES, W. M. B., *Uso de substâncias psicoativas entre acadêmicos de enfermagem da Universidade Católica de Minas Gerais*, SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. (Ed. port.), Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-69762010000100013&lng=pt&nrm=iso](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-69762010000100013&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 12 de abril de 2012.
- BRASIL. IBGE, *Dados do Censo 2010 publicados no Diário Oficial da União do dia 04/11/2010*. Disponível em: <[http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados\\_divulgados/index.php?uf=33](http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php?uf=33)>. Acesso em 12 de abril de 2012.
- CARDOSO, L. R. D.; MALBERGIER, A.; FIGUEIREDO, T. F. B., *O consumo de álcool como fator de risco para a transmissão das DSTs/HIV/Aids*, Rev. psiquiatr. clín., São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-60832008000700015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832008000700015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.
- CARLINI, E. A; NAPPO, S. A; GALDURÓZ, J. C. F., *Drogas psicotrópicas - O que são e como agem*, Revista IMESC, nº 3, pp. 9-35, 2001. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br>> Acesso em 13 de junho de 2012.



CARNEIRO, H; VENÂNCIO, R. P., *Álcool e drogas na história do Brasil*, São Paulo, ALAMEDA, 2005.

CARNEIRO, M. F. G.; JÚNIOR, A. A. G; ACURCIO, F. A., *Prescrição, dispensação e regulação do consumo de psicotrópicos anorexígenos em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil*, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 8, agosto, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2008000800005&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000800005&lang=pt)> Acesso em 06 de maio de 2012.

CARVALHO, L. F.; DIMENSTEIN, M., *O modelo de atenção à saúde e o uso de ansiolíticos entre mulheres*, *Estud. psicol. (Natal)*, Natal, v. 9, n. 1, Apr. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2004000100014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2004000100014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

CAVALCANTE, M. B. P. T; MARIA D. S., Alves; BARROSO, M. G. T., *Adolescência, álcool e drogas: uma revisão na perspectiva da promoção da saúde*, Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, Sept. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-81452008000300024&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452008000300024&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.

COELHO, E. A. C., *Enfermeiras que cuidam de mulheres: conhecendo a prática sob o olhar de gênero* [tese]. São Paulo (SP): Escola de Enfermagem da USP; 2001.

CRIVELATTI, M. M. B.; DURMAN, S.; HOFSTATTER, L. M., *Sofrimento psíquico na adolescência*, Texto contexto - enferm., Florianópolis, v. 15, n. spe, 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-07072006000500007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072006000500007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.

FARIA, R. et al., *Propaganda de álcool e associação ao consumo de cerveja por adolescentes*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 45, n. 3, June 2011. Disponível em: <[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.

FERREIRA, M. M. S. R. S; TORGAL, M. C. L. F. P. R., *Consumo de tabaco e de álcool na adolescência*, Rev. Latino-Am. Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 18, n. 2, Apr. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-1169201000200017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-1169201000200017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 10 de novembro de 2012.

FIGUEIREDO, N.M.A., *Ensinando a cuidar em saúde pública*, 1. ed, São Caetano do Sul/SP: Yendis editora, 2008.

FIORINI, J. E.; ALVES, A. L., *Uso de drogas lícitas e ilícitas no meio universitário de Alfenas*, Revista Un. Alfenas, Alfenas, 5:263-267, 1999. Disponível em: <<http://movpelavida.com.br>> Acesso em 13 de junho de 2012.

HORTA A. L. M., BONILLA A. L. L., RIBEIRO M. O., *Características e aspirações do atual graduando de enfermagem: comparação entre duas instituições de ensino*, Rev Esc Enferm USP. 1988;22(3):323-37.

IRIART, J. A. B; ANDRADE, T. M., *Musculação, uso de esteroides anabolizantes e percepção de risco entre jovens fisiculturistas de um bairro popular de Salvador, Bahia, Brasil*, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 18(5):1379-1387, set-out, 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csp/v18n5/11011.pdf>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

LUCAS, A. C. S. et al., *Uso de psicotrópicos entre universitários da área da saúde da Universidade Federal do Amazonas, Brasil*, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, Mar. 2006. Disponível em: <[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2006000300021&lng=en&nrm=iso](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000300021&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

MARQUIS, B. L.; HUSTON, C. J., *Administração e liderança em enfermagem, teoria e aplicação*. 2. ed., São Paulo, SP: Editora Artes Médicas Sul LTDA, 1999.

MARTINS, E.R.C; CORRÊA, A.K., *Lidar com substâncias psicoativas: o significado para o trabalhador de enfermagem*. Revista Latino-Americana de Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 12, mar./abr., 2004. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v12nspe/v12nspea15.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2012.



# A prática de exercício físico pode ser utilizada como meio de tratamento da hipertensão arterial?

Enéas Van Der Maas do Bem Filho<sup>1</sup>

## Resumo

As doenças cardiovasculares são as principais causas de morte da população atual, sendo a hipertensão arterial um dos principais fatores de risco para tais doenças. A hipertensão arterial sistêmica é uma doença crônica caracterizada por elevados níveis de pressão sanguínea nas artérias, geralmente associada a alterações estruturais, metabólicas e neuro-humorais. Seu tratamento é dividido em terapias medicamentosas e não medicamentosas. Quanto ao tratamento não medicamentoso, o exercício físico vem sendo bastante investigado e o presente estudo revisou os artigos sobre esse tópico, a fim de verificar os efeitos da terapia supramencionada na diminuição dos níveis de pressão arterial em indivíduos hipertensos.

**Palavras-chave:** Pressão arterial; doença crônica; aptidão física; saúde; terapia por exercício.

## Abstract

Cardiovascular diseases are the leading causes of death in world population, and Hypertension is one of the major risk factors for such diseases. Hypertension is a chronic disease characterized by high levels of blood pressure, usually associated with structural, metabolic and neuro-humoral abnormalities. Treatment is divided into drug and non-drug therapies. As for non-medication treatment, exercise has been widely investigated and this study reviewed some works about this topic in order to verify the effects on the aforementioned therapy on the blood pressure decrease in hypertensive subjects.

**Keywords:** Blood pressure; chronic disease; physical fitness; health; exercise therapy.

As palavras-chave foram escolhidas a partir dos Descritores em Ciências da Saúde, da Biblioteca Virtual em Saúde - <http://decs.bvs.br>

## Introdução/fundamentação teórica

As doenças cardiovasculares constituem a principal causa de mortalidade na população atual (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010). Embora não haja uma única causa responsável por tais doenças, existem fatores de risco que aumentam substancialmente a probabilidade de sua ocorrência.

<sup>1</sup> Acadêmico da Faculdade de Medicina da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Valença, Rio de Janeiro, Brasil.

Na primeira metade do século passado, aproximadamente 50% das mortes eram decorridas de doenças infecciosas. Nos anos 50, tal percentual diminuiu para 35%, nos anos 60, para 25%, nos anos 70, chegou a 15% e, nos anos 80, caiu para 11%. Hoje sabe-se que apenas 5% das mortes decorrem de enfermidades infecciosas. Por outro lado, a prevalência de mortes causadas por doenças de caráter crônico tem crescido significativamente, dentre as quais podemos citar a hipertensão arterial sistêmica (HAS) (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a HAS é uma das dez maiores causas de mortalidade no mundo, além de se configurar como um problema de saúde pública no Brasil. Estima-se que a HAS afete cerca de 25% da população adulta com mais de 20 anos. Além disso, em torno de 85% dos pacientes com acidente vascular encefálico (AVE) e 40% das vítimas de infarto do miocárdio possuem HAS associada (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

A adoção de estilos de vida saudáveis vem sendo amplamente recomendada para o tratamento da HAS. Dentre as medidas não medicamentosas, a prática de exercícios físicos tem sido indicada por profissionais da saúde como um dos meios mais eficazes no controle dos níveis de pressão arterial (PA) (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

Após revisão bibliográfica, o referido artigo propõe discutir se há contribuição efetiva do exercício físico no tratamento da HAS.

## Conceituação da doença

A PA remete à força exercida pelo sangue contra as paredes das artérias em um ciclo cardíaco. A PA sistólica (PAS) ocorre durante a sístole (contração ventricular) quando o coração bombeia 70 a 100ml de sangue para dentro da artéria aorta. Depois da sístole, ocorre a diástole (relaxamento dos ventrículos), as artérias recuam-se e a pressão arterial diminui continuamente. Dá-se o nome de PA diastólica (PAD) à pressão exercida pelo sangue contra as artérias no período da diástole (MCARDLE, 2003).

A HAS é uma síndrome multifatorial caracterizada pela presença de níveis elevados de PA e normalmente associada a distúrbios metabólicos, hormonais e estruturais no sistema cardiovascular (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010). Excetuando populações primitivas para as quais a pressão arterial sistólica e diastólica não se eleva com a idade, nas demais populações percebe-se uma elevação com a idade, desde o nascimento. Desta forma, nos estudos de prevalência a pressão arterial sistólica eleva-se continuamente com a idade, mostrando tendência a se estabilizar em grupos etários mais velhos, sendo maior para homens do que para mulheres nos grupos

mais jovens e, inversamente, maior nas mulheres mais velhas do que para homens da mesma idade. Já a pressão arterial diastólica se eleva com a idade até a quinta década, quando tende a atingir um máximo, estabilizando-se ou vindo a declinar (MCARDLE, 2003).

Um Comitê de Peritos da World Health Organization (WHO) no ano de 1978 definiu a HAS como “uma doença caracterizada por uma elevação crônica da PAS e/ou PAD”. Além disso, alegou como necessárias, para se considerar um indivíduo adulto como sendo hipertenso ao menos três medidas de pressão arterial feitas em no mínimo duas ocasiões distintas, sob condições padronizadas. O critério de corte para diagnóstico da HAS é PAS  $\geq$  140 mmHg e/ou PAD  $\geq$  90 (WHO, 1978).

## Impacto médico e social da hipertensão arterial

Estudos demonstram que a HAS possui alta incidência e é um agravante fator de risco, além de ser uma das maiores enfermidades que acometem a saúde pública. Com elevação da PA nota-se intenso aumento de mortes por doenças cardiovasculares (DCV). Cerca de 7,6 milhões de mortes no mundo no ano de 2001 acometeram a população em detrimento de elevação da PA, sendo a maior parte em indivíduos entre 45 e 69 anos e em países de baixo e médio desenvolvimento econômico. No Brasil, as DCV mostram-se como a principal causa de morte (Figura 1) (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

Nota-se que doenças cardiovasculares sejam responsáveis por grande frequência de internações, gerando altos custos médicos e socioeconômicos à nação. Só em 2007, foram realizadas 1.157.509 internações por DCV no Sistema Único de Saúde (SUS). Quanto aos custos, em novembro de 2009, houve 91.970 internações, resultando um custo aproximado de R\$ 165.461.644,33 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

Nos últimos 20 anos, foram realizadas pesquisas populacionais em cidades brasileiras e a prevalência de HAS mostrou-se acima de 30%. Considerando-se os valores de PA  $\geq$  140/90 mmHg, estudos encontraram prevalências entre 22,3% e 43,9%, (média de 35,5%), com mais de 50% entre 60 e 69 anos e 75% acima de 70 anos. A prevalência entre gêneros foi de 35,8% nos homens e de 30% em mulheres. Uma pesquisa sistemática de 2003 a 2008 em 35 países ilustrou uma prevalência global de 37,8% em homens e 32,1% em mulheres (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

Estudos apontam que o tratamento e o controle da HAS são fundamentais para a redução efetiva de doenças cardiovasculares. E, além disso, que o comprometimento de profissionais de saúde, agências governamentais e das sociedades científicas são fundamentais para o controle da HAS (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

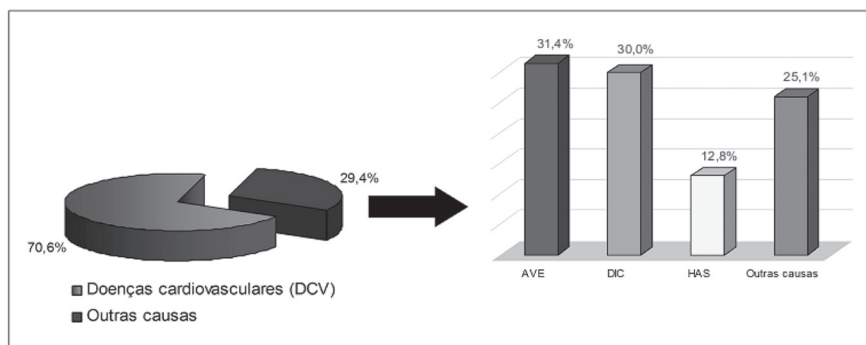


Figura 1 - Taxa de mortalidade por doenças cardiovasculares (DCV) e suas diferentes causas. A HAS corresponde a 12,8% do total de morte por DCV no Brasil (VI Diretrizes Brasileiras de HAS, 2010).

## Exercícios físicos e hipertensão arterial

O tratamento de pacientes hipertensos inclui atitudes não medicamentosas como mudanças do estilo de vida. Já as medidas medicamentosas devem ser individualizadas para cada situação clínica. Contudo, as mudanças do comportamento habitual adquirido ao longo da vida não são facilmente realizadas, já que exigem disciplina e paciência para obter resultados (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010).

Dentre as alterações de estilo de vida, a atividade física tem sido apontada como principal medida não medicamentosa, pois assume aspecto benéfico e protetor no tratamento de doenças cardiovasculares e crônicas (SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO, 2010). O exercício físico é uma atividade realizada com repetições sistemáticas de movimentos orientados, com consequente aumento no consumo de oxigênio devido à solicitação muscular, gerando, portanto, trabalho (Barros-Neto *et al.*, *apud* Monteiro & Sobral-Filho, 2004). O exercício representa um subgrupo de atividade física planejada com a finalidade de manter o condicionamento (Wilmore & Costill *apud* Monteiro & Sobral-Filho, 2004). Pode também ser definido como qualquer atividade muscular que gere força e interrompa a homeostase (Silverthorn *apud* Monteiro, Sobral-Filho, 2004).

Estudos epidemiológicos têm demonstrado que o estilo de vida ativo reduz a pressão arterial de indivíduos hipertensos. Portanto, a recomendação da prática de exercícios físicos regulares para hipertensos tem aumentado muito nos últimos anos (Figura 2) (Negrão, Barreto, 2010).

Em relação ao tipo de exercício físico sugerido para a redução da PA, a maior parte das evidências científicas sugere exercício físico aeróbico, ou seja, de longa duração e que envolva grande trabalho muscular. Para indivíduos hipertensos,

indicam-se exercícios com duração de 30 a 60 minutos e frequência de três ou mais treinos por semana. Estudos têm demonstrado uma redução média de 7-10 mm Hg na PAS e PAD associada ao treinamento físico aeróbico (Negrão, Barreto, 2010).

Diversos fatores interferem na resposta da PA ao treinamento físico. Dentre eles destacam-se o gênero, a idade, a etnia e mesmo as influências genéticas. Em relação ao gênero, a queda da PA após o treinamento físico parece ser maior em mulheres do que em homens. Quanto ao fator idade, estudos têm demonstrado maior queda da PA em indivíduos de meia idade. A respeito da influência da etnia, a queda da pressão arterial após o treinamento físico parece ser maior em asiáticos do que em caucasianos. Nesta linha ainda há poucos estudos com afrodescendentes. Por fim, também se tem observado que a magnitude da queda da PA após o programa de exercícios parece ser influenciada pela herança genética, já que alguns grupos parecem ser resistentes à queda de pressão arterial (Negrão, Barreto, 2010).

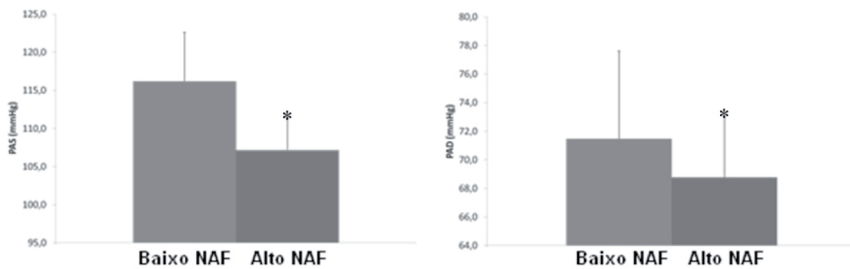


Figura 2 - Pressão Arterial Sistólica (PAS) e Diastólica (PAD) em indivíduos com baixo nível de atividade física (Baixo NAF) e alto nível de atividade física (Alto NAF); \* diferença estatisticamente significativa – adaptado de Ferreira *et al.*, 2011.

## Conclusão

Com a realização deste estudo, infere-se que o exercício físico regular é um procedimento não farmacológico que, além de diminuir a pressão arterial, reduz substancialmente o risco de acidentes vasculares cerebrais, doença arterial coronária e mortalidade geral. Portanto, deve ser incluído no tratamento de indivíduos portadores de HAS, dada a relação inversa entre a prática de exercícios físicos e os níveis pressóricos. Entretanto, avaliações clínicas e acompanhamento médico são extremamente importantes antes, durante e após os períodos de treinamento físico a fim de garantir eficácia no controle do tratamento da doença.

## Referências bibliográficas

- FERREIRA, R. B. *et al.* Influência do nível de atividade física na ocorrência de hipotensão pós-exercício em indivíduos normotensos. *HU Revista*, v. 37, n. 2, p. 199-205, abr./jun. 2011.
- MCARDLE, W. D.; KATCH F. I.; KATCH, V. L. *Exercise Physiology: Energy, Nutrition, and Human Performance*, 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, 1113.
- MONTEIRO, M. F. Exercício físico e o controle da pressão. *Revista Brasileira de Medicina do Esporte*, v. 10, n. 6, p. 513-516, nov./dez. 2004.
- NEGRÃO, C. E.; BARRETO, A. C. P. *Cardiologia do exercício: do atleta ao cardiopata*. 3. ed. Barueri: Manole, 2012, 725.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE HIPERTENSÃO. VI Diretrizes de Hipertensão Arterial. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*, v. 96, n.1, p. 1-51, jan. 2010.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. Expert Committee on Arterial Hypertension, Geneva, 1978. *Report*. Geneva, 1978. (Technical Report Series, 628).



# Cotejando a precaução e a prevenção na ótica da Defesa Civil: céσιο 137, um estudo de caso

Claudia Lobo<sup>1</sup>

## Resumo

A sociedade de risco tem produzido ações de desenvolvimento que, por vezes, conduzem a situações de descontrolo quanto aos danos delas decorrentes. O processo de responsabilização atualmente aplicado, centrado na existência do dano, quando quase nada poderá ser feito, parece estar bem ilustrado no caso céσιο 137, demonstrando forte despreparo dos profissionais e riscos enfrentados pela falta de informação e preparo da sociedade e da Defesa Civil, desafio a ser enfrentado. Antes da possibilidade de “exposição à radiação” deve-se construir um sistema em que haja uma responsabilização adequada ao comando constitucional, que articule de um lado esta mesma sociedade de risco e seus interesses e de outro o comportamento subjetivo exigível ao agente.

**Palavras-chave:** Dano ambiental; sociedade de risco; responsabilização; democracia; intersubjetividade; Defesa Civil.

## Abstract

The risk society has been producing development actions which sometimes lead to lack of control conditions as to the damage arising therefrom. The accountability process currently in effect, centered on damage existence, when almost nothing can be done to repair, seems to be well illustrated in the case Caesium 137, demonstrating a great inability of the professionals and risks faced due to lack of information and training of the society and Civil Defence, a challenge to be faced. Before happening the “exposure to radiation”, there should be built a system containing an accountability proper to the constitutional command that articulates, on one side, this very risk society and its interests and, on the other side, the subjective behavior required from agent.

**Keywords:** Environmental damage; risk society; accountability; democracy; intersubjectivity; Civil Defence.

## Introdução

O final do século XX e início do século XXI levou a sociedade a refletir sobre um novo sistema: o ecossistema. A relação homem–meio passa a fundamentar-se em um complexo sistema que considera todas as relações físicas, biológicas e sociais. Agrega-seo homem tudo o que se encontra ao seu redor e percebe-se uma ampliação dos conceitos.

No mesmo passo, as relações jurídicas devem passar a contemplar essa complexidade, e assim não foi diferente no direito pátrio. A partir da Constituição Federal de 1988, além da colocação do direito ao meio ambiente como direito fundamental, expande-se o conceito para a presente e futuras gerações, incorporando-

<sup>1</sup> Advogada; Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Professora de Direito Civil e de Direito Ambiental da Universidade Estácio de Sá.

se o conceito de sustentabilidade. Esta também é uma vertente complexa e sistêmica, que, por um lado, considera o homem e seu meio e, por outro, estabelece diretrizes norteadoras da própria ação do homem, tais como limite e necessidade.

Estas relações do homem com a natureza estão agora normatizadas em toda a sua amplitude, através do movimento conhecido como a “Constitucionalização do Direito”, a releitura de todo o ordenamento jurídico.

Paralelamente, o histórico da Defesa Civil no Brasil começa na Segunda Guerra Mundial, tendo suas raízes ligadas às Forças Armadas. Todavia, surge e sobressai a partir de 1960, 20 anos antes desta lei, em consequência de uma grande enchente, quando passa a atender às catástrofes locais, sem nenhuma normatização voltada para a prevenção e muito antes das orientações previstas na Constituição de 1988.

Seguindo a linha do tempo, a proteção ambiental é inaugurada a partir da década de 1980, através da Lei nº 6938/81, com sua exigibilidade prévia de análise de impacto e responsabilidade independente de culpa, sobretudo na forma dos artigos 9º e 14º, § 1º.

Na realidade, a organização sistêmica da Defesa Civil no Brasil se deu pela criação do Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), em 1988, sendo reorganizado em agosto de 1993 e atualizado em 2005.

Para atender ao compromisso firmado na Resolução nº 44/236, o Brasil elaborou um plano nacional de redução de desastres para a década de 90, que estabelecia metas e programas a serem alcançados até o ano 2000, conhecido como Política Nacional de Defesa Civil (PNDC) estruturada em quatro pilares: prevenção, preparação, resposta e reconstrução.

A tentativa de tão amplo aparato legal visava também a uma articulação e resposta aos crescentes danos ambientais, consignados e visualizados pós-Conferência de Estocolmo (1972). Ainda no meado de 1985, outro diploma vem em auxílio da lei e estabelece direito substantivo público capaz de ampliar ainda mais essa dinâmica de defesa: a ação civil pública, Lei nº 7347/85. A partir de então, diversos complexos normativos regulamentam a Carta Maior de forma a consolidar os dispositivos protetivos do ambiente. Estes diplomas legais vêm sendo atualizados.

Importante, portanto, deixar registrado que, em princípio, o panorama legal atende a uma vontade de proteger o meio ambiente e de responsabilizar o agente pelos danos causados numa sociedade de risco. Porém, o que se tem percebido é que o objetivo da lei não vem obtendo êxito. Pelo contrário, na medida em que são criadas diversas leis, maiores têm sido as agressões ambientais: novas e antigas agressões. Resta a dúvida sobre a motivação.

A ocorrência de importantes eventos, social e ambientalmente danosos, como no caso do Césio 137, tem levado a sociedade a se questionar quanto ao despreparo legislativo quando da ocorrência do dano ambiental. Amplia este questionamento, perguntando-se porque não agir antes do dano. A fragilidade do sistema protetivo evidencia-se antes e após a ocorrência do dano.

Pretende este trabalho, amparado em breve análise fática, apresentar, a partir da crítica, patamares de reflexão, se não para enfrentar o atual panorama legislativo de responsabilização, ao menos que conclua pela necessidade de uma maior proteção.

Assim não pretende esgotar o tema, mas reiniciá-lo sob um novo paradigma de responsabilização.

## Desenvolvimento

### A situação fática que norteia a análise

O Brasil, apesar de diversas opções já avançadas na ciência, optou por um modelo de desenvolvimento em que o risco da atividade tem sido a regra, a instalação tecnológica, as armas de fogo, os esportes radicais, os meios de transporte, as usinas nucleares ou as indústrias químicas, e mesmo o fumo. De fato, União, Estados e Municípios visam à promoção de ações a partir da efetiva exploração destas atividades.

Estes procedimentos requerem tecnologias avançadíssimas e específicas, e que muitas vezes sobrevém a dúvida sobre a real segurança das ações, sobretudo no que tange a procedimentos ambientalmente nocivos. Assim, enorme é o risco destas e outras atividades fruto do desenvolvimento sem estudo prévio destes riscos, da própria sociedade, aumentando a possibilidade de que algo possa dar errado.

O melhor exemplo foi o ocorrido em Chernobyl em 26 de abril de 1986, ainda hoje considerado o **pior acidente nuclear da história**, tendo recebido a classificação 7 (sete), nível máximo na escala da Agência Internacional de Energia Atômica. A **radiação** que vazou do reator número 4 da **Usina de Chernobyl** foi 200 vezes maior do que a das bombas de Hiroshima e Nagasaki juntas. Cerca de 200.000 km<sup>2</sup> de terra foram contaminados. A estimativa é de que cerca de 4 mil pessoas devem ter morrido de câncer na Bielo-Rússia, Ucrânia e Rússia.

No Brasil, em **Goiânia**, o acidente com o **Césio-137**, ocorrido em 13 de setembro de 1987, foi o **maior acidente radioativo do Brasil** e o maior do mundo ocorrido fora das usinas nucleares.

Uma cápsula contendo o césio foi encontrada nos escombros do Instituto Goiano de Radioterapia e vendida a um ferro-velho. O brilho azul emitido pelo césio atraiu a atenção de moradores da região que o passaram de mão em mão. Mais de 800 pessoas foram contaminadas e pelo menos outras 200 morreram devido aos efeitos da radiação. As manchetes, além de evidenciarem os danos ambientais, trazem um aspecto importante e até então despercebido dos analistas e dos operadores do direito em geral. Diz a manchete: “o caso césio revela crime contra o povo”<sup>2</sup>

A matéria pretende, sem sucesso, que o conteúdo jornalístico amplie sua abrangência no sentido de trazer parâmetros legais em nível internacional, mas termina por restringir-se ao panorama legal nacional. Feito o registro, detendo-se mais na matéria jornalística e adotando o chamado inicial como parâmetro, o conteúdo segue na tentativa de manter a visão preventiva da ação danosa, *ex vi*: “os 20 anos da tragédia com o Césio 137, em Goiânia, revelam, além do descaso do Estado com as vítimas, a ausência de um projeto de tecnologia nuclear para o País.”<sup>3</sup>

Na mesma vertente, 25 anos após, e depois de, com novo acontecimento de vazamento de Petróleo em Campos/RJ, o governo brasileiro comprometeu-se a elaborar um Plano Nacional de Contingência (PNC), abrangendo todos os tipos de acidentes, conforme noticiaram os jornais na época: “legislação brasileira para lidar com vazamentos é mais punitiva do que preventiva”

<sup>2</sup> Manchete no Jornal *A Nova Democracia*, n.38

<sup>3</sup> Conteúdo da chamada de primeira página do Jornal *A Nova Democracia*, n. 38.

Lembra ainda a notícia de 21/03/2012, Jornal *O Globo*, que dois anos após o acidente na Bacia Petrolífera no Golfo do México, e cinco meses após o primeiro vazamento da Chevron, o Brasil não conseguiu pôr em prática o seu Plano Nacional de Contingência (PNC) e ainda hoje não é dada atenção à prevenção de acidentes. Mais adiante, afirmam os jornalistas<sup>4</sup>: “a legislação concentra o seu foco na punição”.

No interior da matéria há o desenvolvimento de uma linha de raciocínio muito interessante. Trata-se, conforme o título “depois do óleo derramado”<sup>5</sup>, de breves observações quanto à falta de uma legislação que atue na prevenção e na reparação de danos. Expõe as fragilidades da indústria no País, que se apresenta como a mais nova potência energética do mundo”<sup>6</sup>.

O Plano Nacional de Contingência deve prever outros casos, além dos narrados na matéria, como os casos de vazamento nuclear, ocorridos em Goiânia. Fazendo a ponte com outro país, mais avançado na questão nuclear, a notícia revela a fragilidade da sociedade diante de tão importante assunto: “a empresa estatal japonesa, Power Reactor and Nuclear Fuel Development (PNC), responsável por ter ocultado informações a respeito de acidentes nucleares revelou que, desde o fim de 1994, houve 11 vazamentos de trítio radioativo que não foram denunciados na usina onde ocorreu o acidente mais recente. Segundo executivos da PNC, os acidentes não foram revelados porque as quantidades de material radioativo liberadas ficaram abaixo do nível de risco mínimo, ou seja, aquele que a direção seria obrigada legalmente a informar às autoridades. Entretanto, as autoridades do distrito de Fukui suspeitam de outro acobertamento, pois alguns dos vazamentos fizeram disparar alarmes automáticos.

O acordo entre a PNC e os governos locais diz que a usina precisa informar todos os acidentes “graves”, o que significam todos os acidentes que disparem os alarmes automáticos. Comparativamente, o Brasil não possui um plano estruturado e “vê uma reação desencontrada e sem firmeza de emergência”<sup>7</sup>.

Ainda na mesma direção, o diretor do Centro Brasileiro de Infraestrutura – CBIE, empresa de consultoria e informação especializada em serviços de inteligência e gestão de negócios no mercado de energia, Adriano Pires, afirma que há defasagem na legislação. Para o dirigente, seria oportuno seguir o modelo americano, em que um fundo financeiro deve lidar com os acidentes, com mecanismos de autofinanciamento, sendo que a cada barril produzido, a empresa contribui com US\$ 0,08 (oito centavos de dólar) para o fundo, tratando-se de vazamento de petróleo. O fundo tem por objetivo a reparação de danos<sup>8</sup>.

Também como participante de uma entrevista sobre o assunto, o coordenador do Laboratório Interdisciplinar de Meio Ambiente da COPPE/UFRJ, professor Emilio La Rovere, informa ter enviado, em 2006, ao Ministério do Meio Ambiente, um levantamento de experiências internacionais que podem auxiliar o *Plano Nacional de Contingências* brasileiro a “sair do papel”. E ainda, que faltam medidas de prevenção diante do aumento da exposição dos riscos frente à grande ampliação da exploração e produção.

<sup>4</sup> CARNEIRO Lucianne; NAIDIN, Hugo. Jornal *O Globo* de 21/03/2012, p. 19.

<sup>5</sup> *IBIDEM*.

<sup>6</sup> *IBIDEM*.

<sup>7</sup> *IBIDEM*.

<sup>8</sup> *IBIDEM*.

Diante dos relatos, percebe-se que ainda hoje existem dificuldades na aplicação das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais, principalmente nas questões que envolvem a prevenção, a punição, a informação e o preparo dos profissionais responsáveis por questões que envolvem riscos ambientais, e neste caso, a Defesa Civil foca suas ações baseadas somente no pós-acidente.

A CNEN, Comissão Nacional de Energia Nuclear, responsável pela segurança e fiscalização das atividades nucleares no Brasil, reagiu de forma improvisada, no caso do césio 137. Por exemplo, contratou trabalhadores para executar a descontaminação do local sem nenhum preparo ou mesmo conhecimento do perigo que corriam. E hoje, como seria sua atuação?

Em conclusão preliminar, pode-se afirmar que o acima exposto tem ligação e assemelha-se a casos ocorridos no Brasil, com relação a acidentes nucleares. Casos como estes devem envolver diversos níveis de conhecimento e de distintos agentes sociais, opiniões de cientistas, pesquisadores, doutrinadores e operadores do direito, além daqueles diretamente envolvidos nos eventos danosos. A questão envolve várias áreas, devendo haver uma interdisciplinaridade que envolva estudiosos de distintas áreas do conhecimento, possibilitando o intercâmbio de opiniões.

O que chama a atenção no debate neste tema é a constatação de que o sistema legislativo pátrio não possui uma resposta adequada na temática da proteção ambiental. E mais, as investigações ocorrem sempre a partir do dano, o que de certa forma implica propostas de solução que estão diretamente articuladas à sua existência, tais como, a busca da reparação, o seguro ambiental e a incriminação dos autores. Não se observa uma resposta às possibilidades de atuação no campo da prevenção ou da precaução. Nem mesmo o denominado *Plano de Contingência*, que se refere a uma atuação dos responsáveis após o dano, inclui a preocupação com a prevenção.

Para melhor entender, e possível adequação do relato fático à análise que se pretende, passa-se a dar sequência às reportagens e à pesquisa desenvolvida na dissertação da professora Elaine Campos Pereira em relação ao mesmo evento danoso, de forma a compreender a evolução dos fatos e os desdobramentos jurídicos que vão sendo colocados no caso concreto cotidianamente, e que tende a reforçar as afirmações já verificadas.<sup>9</sup>

No dia 28 de setembro de 1987, a CNEN, que tem sede no Rio de Janeiro, foi acionada pelas autoridades. O grupo de emergência da comissão era treinado para atender acidentes em reatores nucleares. Uma cápsula de césio 137 aberta em uma capital brasileira era novidade.

Na época, o controle foi feito a partir da retirada dos materiais das áreas que estavam contaminadas. Tudo foi embalado. Para armazenar os rejeitos, foram usados tambores metálicos de 200 litros, caixas de um metro quadrado (mil litros) e até um contêiner marítimo, devido à grande quantidade de material. Os recipientes passaram por testes físicos e de resistência para garantir a segurança.

Inicialmente, os rejeitos foram estocados de forma provisória no mesmo lugar onde hoje funciona a unidade da CNEN no então recém-criado município

<sup>9</sup> PEREIRA, Elaine Campos. *Risco e vulnerabilidade sócioambiental: o depósito definitivo de rejeitos radioativos na percepção dos moradores de Abadia de Goiás*. Dissertação (trabalho de conclusão de mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal de Goiás, 2005.

de Abadia de Goiás, porém, de forma provisória, naquele momento. Controlado o acidente, um projeto feito longo prazo definiu o local onde os rejeitos seriam definitivamente guardados.<sup>10</sup>

A sociedade foi surpreendida com a decisão da CNEN de provisoriamente estocar os rejeitos na própria cidade, gerando revolta local. Percebe-se, diante das notícias da época e mesmo hoje, a falta de esclarecimento dos profissionais que lidam com substâncias altamente perigosas, como também da própria população.

Para melhor ilustrar a atuação dos agentes e os comandos das chefias imediatas, é importante registrar o relato da moradora Francisca Pereira Cardoso Cruz, de 79 anos, que viveu de perto o drama dos moradores de Abadia:

“Invadimos a BR-060 (rodovia que liga Goiânia a Abadia) e tentamos bloquear a vinda do céσιο. Foi um presente de grego que recebemos naquela época. As manifestações duraram uns três dias ou mais. Passamos a noite às margens da BR, em vigília. Mas fomos surpreendidos porque para cada morador tinha o dobro de policial e eles ficavam na porta das casas para nos vigiar. Lutei muito para o céσιο não vir para a Abadia”<sup>11</sup>.

O depósito definitivo foi construído em 1997, mesmo ano em que foi inaugurado o Centro Regional de Ciências Nucleares do Centro-Oeste (CRCN-CO), unidade da CNEN em Goiás. O local fica dentro do Parque Estadual Telma Ortegal, que tem 1,6 milhões de metros quadrados. A estrutura que abriga os rejeitos foi projetada para resistir 300 anos, intacta e preparada para desastres como tremor de terra e queda de avião. O depósito do céσιο 137 tornou-se, então, o único depósito de lixo radioativo definitivo do Brasil.<sup>12</sup>

430

As consequências e a falta de informação ainda hoje se manifestam, seja na saúde ou mesmo nas alterações sociais, comportamentais, ambientais, vividas pela população.

Recentemente veiculou-se a seguinte notícia: “veículo foi roubado com selênio 75. Material é usado em aparelhos de raio-x e soldas”.

Segundo a polícia, o roubo do material foi informado também à Comissão Nacional de Energia Nuclear. “Em contato direto com a pele, a radiação é capaz de causar danos em células e produzir mutações genéticas. Mas dificilmente ocorre o contato direto, pois sua forma de transporte é em cápsulas blindadas”, explica Ellen Guimarães Dias, presidente da Associação Brasileira de Química (ABQ- RJ).<sup>13</sup>

A empresa Arctest Serviços de Manutenção e Inspeção Industrial, responsável pelo veículo, minimizou os riscos de contaminação. Segundo Mário de Boita, supervisor de proteção radiológica, o produto radioativo estava dentro de uma caixa metálica presa com cadeado no porta-malas do veículo. O que não impediu o seu furto e o total desconhecimento da sociedade dos riscos provenientes de um possível manuseio desta substância.

Até a presente data, estes são os fatos principais que norteiam a análise que se pretende. De antemão, deve-se adiantar que a conclusão a que se chega é que,

<sup>10</sup> Matéria jornalística TV Anhanguera, 13/09/2012, G1, GO.

<sup>11</sup> *IBIDEM*

<sup>12</sup> Princípio da Precaução – princípio 15; Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida também como ECO-92, Rio-92, Cúpula ou Cimeira da Terra, realizada entre 3 e 14 de junho de 1992, Rio de Janeiro.

<sup>13</sup> Matéria Jornalística no *O Dia*, dia 03/04/2012.

pelo modelo de gestão de risco vigente na sociedade, se novos fatos surgirem, estes dificilmente serão capazes de reverter a curva que se impõe há mais de duas décadas.

### **Elementos da modernização e sua evolução na sociedade de risco**

Segundo Beck<sup>14</sup>, os riscos evoluíram no século XX e possuem agora uma nova arquitetura social e dinâmica política, que pode ser resumida em teses.

Os riscos são apresentados articulados com desenvolvimento de forças produtivas, que escapam à percepção humana e atinge a todos, são invisíveis e em sua maioria produzem danos irreversíveis; podem ser aumentados e diminuídos ou mesmo alterados e, assim, podem ser interpretados segundo processos sociais de definição. Melhor exemplo: radioatividade.

Há uma relação entre as situações sociais de ameaça e o incremento e a distribuição dos riscos. Todos ao final são atingidos, independentemente de classes sociais. Registre-se que os riscos além de atingir a saúde humana, também o fazem em relação à propriedade, ao lucro e à desapropriação ecológica. Melhor exemplo: fluxo de poluentes que escapam à competência do Estado Nacional.

Os riscos da modernização são também um excelente negócio, um novo estágio com sua expansão e mercantilização, sem limites, interminável, infinito, dada a sua necessidade, passando a ser um reforço à lógica capitalista do desenvolvimento. Esta mesma sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de riscos.

As riquezas podem ser possuídas, porém, quanto aos riscos, são afetados. Assim é preciso que os riscos sejam conhecidos, disseminando uma teoria sociológica assumida pelo potencial político da sociedade de riscos.

Por fim, há um forte ingrediente político dos riscos que são socialmente reconhecidos, o que faz com que haja uma aproximação do público com o empresarial. Passa a atingir não somente à saúde humana, mas os efeitos colaterais são sociais, econômicos e, sobretudo, políticos. Melhor exemplo: o desmatamento e a perda de mercado, a depreciação do capital. Trata-se, assim, do potencial político das catástrofes, que é um estado de exceção e que pode tornar-se uma normalidade.

Conclui o autor que “o efeito social das definições de risco não depende, portanto, de sua solidez científica.” E explica: a constatação de risco e a modernização devem ser analisadas sob o parâmetro do conhecimento científico. A alegação generalizada tem levado a conclusões de insegurança científica. Assim, ingrediente importante a ser contemplado diz respeito à ética, aproximando-se a filosofia, a cultura e a própria política

Nesta linha de desenvolvimento das sociedades, os parâmetros teóricos devem ser objetos de pesquisa, tanto nas concepções habermasianas, quanto nas sociedades contemporâneas, seu desenvolvimento sócio, político, econômico e cultural, posto que o risco produzido a partir deste desenvolvimento considera novas plataformas temáticas transnacionais.

Para tanto, nesta releitura das sociedades, Beck<sup>15</sup>, que toma como referência em seus estudos a evolução e feitos da sociedade de risco, tem muito a contribuir ao presente debate, de quem se tomam emprestadas as ideias norteadoras.

<sup>14</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27-28.

<sup>15</sup> *IBIDEM*

De início, o autor conclui que o conceito de modernização contribui na concepção da sociedade de risco:

“Modernização significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança de caracteres sociais e de biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.”<sup>16</sup>

Da mesma forma que as sociedades industriais passaram anos a debater como distribuir riquezas de forma desigual e ao mesmo tempo “legítima”, a sociedade de risco está centrada num novo paradigma: como é possível que as ameaças e os riscos produzidos a partir desta modernização sejam evitados ou minimizados, ou se inevitáveis como efeitos colaterais, sejam redistribuídos de forma a não atingir o limite do aceitável?

Assim, além de tratar de libertar socialmente as pessoas através da modernização e do desenvolvimento econômico social, há que se preocupar e refletir sobre os efeitos desta modernização quanto aos riscos. A modernização passa a ser ao mesmo tempo solução e problema. Na realidade, a tendência tem sido de que o emprego de tecnologias se sobrepõe aos riscos apresentados, considerando a relevância econômica, de onde encerra um sistema de normas públicas que possa ser o único.

Importante considerar, nesta linha de análise, que ambas as sociedades, industrial e de risco, possuem o mesmo paradigma a enfrentar sob óticas diferentes: a desigualdade. E da mesma forma articulados pelo tema da modernização, nesta em posições distintas, mas sempre em relação à riqueza produzida.

## **Análise jurídica**

Após o relato fático apresentado, bem como dos princípios constitutivos da noção de sociedade de risco, passa-se ao mérito que se pretende ressaltar, tendo como fio condutor a análise crítica da responsabilidade pelos danos ambientais.

Para melhor compreender a crítica que tenta esclarecer a irresponsabilidade do Estado e da sociedade em relação à proteção dos recursos naturais, é necessário o aprofundamento temático no processo de responsabilização, no conceito de dano estrito, dano real e dano potencial, e no meio ambiente como um direito fundamental.

Assim, parece que o ponto de partida é a análise comportamental da sociedade, e principalmente das instituições e dos profissionais diretamente ligados a acidentes nucleares. Conceitualmente, a Defesa Civil caracteriza-se por um conjunto de medidas permanentes que visam evitar, prevenir ou minimizar as consequências dos eventos desastrosos e a socorrer e assistir as populações atingidas, preservando seu moral, limitando os riscos e as perdas materiais e restabelecendo o bem-estar social. São aspectos subjetivos da ação do homem pertencente a uma sociedade de risco<sup>17</sup> que vem sendo construída aleatoriamente e que se pretende reinventar.

<sup>16</sup> *IBIDEM*

<sup>17</sup> GUVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. Estudos Sociedade e Agricultura - *Revista semestral de Ciências Sociais Aplicadas ao Estudo do Mundo Real*. v. 16, p. 95-112, abril/2001. <http://bibliotecavirtual.clasco.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>- Acesso em fevereiro de 2013.



De início, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas, que o processo de responsabilização inserido na legislação pátria tem o dano como seu requisito necessário. Portanto, o agente somente será responsabilizado na hipótese de existência do dano, nas diversas espécies de responsabilidades. Observa-se que na contramão do aparato legal, os princípios que norteiam o direito ambiental exigem a atitude prévia e precavida do agente e, para tanto, deve responder na inexistência do comportamento protetivo. Assim, teoricamente, sem a devida atitude prévia exigida, a hipótese é de responsabilização.

Especificamente em relação ao dano ambiental, duas características marcantes têm sistematicamente abraçado discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a irreparabilidade e a quantificação do dano.

De longa data, questiona-se se é possível a reprecinação. A doutrina é unânime<sup>18</sup> ao concluir que, uma vez atingido o meio ambiente com um dano, seria impossível o seu retorno ao *status quo ante*. Até mesmo as chamadas medidas mitigadoras, constantes nos estudos de impacto ambiental, têm demonstrado, em sua maioria, ineficácia quanto ao restabelecimento da lógica ambiental, podendo nascer uma nova e diferente cadeia no ecossistema, mas biologicamente, o que se perdeu com o dano é irrecuperável. Não só o ambiente, mas também os aspectos sociais envolvidos nele.

Por óbvio, parece que qualquer que seja a ação antrópica, sempre trará algum impacto, podendo ser este absorvido ou não pelo meio ambiente, e este é o mérito do comportamento subjetivo. A questão relevante é que, na defesa de um desenvolvimento, busca-se a implementação de tecnologias por vezes inadequadas e que conduzem aos danos ambientalmente não absorvidos. Nas áreas urbanas, essas distorções se repetem, ao largo dos planejamentos estratégicos e dos instrumentos de controle, sempre por interesses de empreendedores e financeiros.

Nesta sociedade de risco, não há outro caminho que não seja a aproximação de proteção ao meio ambiente com a proteção à vida. A Defesa Civil assim pode ser percebida como instituição estratégica para redução de riscos de desastres. Sua funcionalidade está definida no Sistema Nacional de Defesa Civil, conforme Decreto nº 97.274, de 16.12.1988, uma de suas finalidades é o dever de prevenir e minimizar os efeitos dos eventos desastrosos.

Ao abordar tal raciocínio no relato fático apresentado, verifica-se de pronto que as tecnologias disponíveis não foram suficientes para evitar o dano. Começa aqui a demonstração concreta de que este elemento subjetivo comportamental, ou seja, a ação do agente é de fundamental importância para a questão ambiental, sem desejar ser, desde já, conclusivo, mas ressaltando como ponto importante a ser retomado adiante.

#### – Porque a questão envolve o elemento subjetivo?

De fato, procede ao questionamento, sobretudo, em se tratando da espécie de responsabilização da matéria em questão. Ocorrendo o dano ambiental, impõe-se sua reparação, é o que determina a Carta Magna em seu artigo 225, § 3º, bem como a Lei nº 6938/81, em seu artigo 14 § 1º, que acrescenta a inexistência de culpa na relação jurídica obrigacional. Logo, volta-se aqui para o

<sup>18</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36. Também nesta posição MILARÉ, KISS, SADELEER, GODARD, VARELLA E MACHADO.

dano, objetivamente e a sua simples comprovação, na melhor corrente<sup>19</sup>, gera a obrigação de indenizar. Portanto, necessita-se do dano. Se acrescentarmos a essa objetividade a dificuldade de reprecinação e de reparação indenizatória, chega-se à conclusão de que a simples existência do dano não deveria ser a condição primeira exigível, mas sim o comportamento prévio precavido do agente, mas como mensurá-lo, ou mesmo apontar a sua existência?

Novamente aproximando a temática da proteção ambiental e da Defesa Civil e seus objetivos de estudar, definir e propor normas, planos e procedimentos que visem à prevenção, ao socorro, à assistência da população e à recuperação de áreas, é possível verificar a necessidade do mesmo comportamento prévio. Assim, a gestão de risco possibilita que as ameaças ou os fatores adversos poderão sugerir obras e medidas de proteção com o objetivo de prevenir ocorrências graves. E este é um comportamento exigível da sociedade. Poderá ajudar, ainda, a promoção de campanhas educativas junto às comunidades e estímulo ao seu envolvimento.

Na busca destes objetivos, quando do exame dos aspectos múltiplos que envolvem a reparabilidade, seja o *quantum* indenizatório no caso da impossibilidade de se tentar a reprecinação, seja o dano à saúde humana ou mesmo o seu atingimento psicológico, não há como quantificá-los.

Assim, nem sempre é possível calcular o dano ambiental, justamente em virtude de sua irreparabilidade. Édis Milaré<sup>20</sup> salienta que essa característica ficou mais complexa com o advento da Lei nº 8.884/94 que, em seu art. 88, alterou o *caput* do art. 1º da Lei nº 7.347/85, ensejando que também os danos morais coletivos sejam objeto das ações de responsabilidade civil em matéria de tutela de interesses transindividuais.

434

No caso concreto apresentado, há um quanto que pode até ser estimado, mas sem qualquer parâmetro ou exatidão. E ainda, quais organismos vivos deveriam ser repostos? Este ecossistema está inteiramente identificado e classificado? Dificilmente se chegaria a uma conclusão. Em relação ao *quantum* indenizatório, como valorar as perdas? Iguamente impossível.<sup>21</sup>

A legislação pátria, sem dúvida é bastante rigorosa na objetivação da responsabilidade, incluindo-se aqui a espécie integral (de risco da atividade), mas sempre nas situações de existência de dano. Não só no Brasil, mas em todo o mundo, há a exigibilidade do dano. Até mesmo a ideia do dano potencial, rechaçada pelos tribunais brasileiros, é aceita em alguns países da Europa e no Japão.

O ser humano, sujeito de direitos e obrigações para presentes e futuras gerações, exige medidas comportamentais. Assim, para quem atua colocando em risco a sociedade como um todo e seus interesses, a reação pode ser repressiva da lesão consumada ou preventiva de uma consumação iminente. O que se espera é que com toda a fundamentação legal existente, possa a precaução de forma efetiva vir a fundamentar uma nova atitude do Estado e da sociedade.

<sup>19</sup> Conforme doutrinadores como Milaré, entende que a Constituição Federal impõe um sistema garantista, ao passo que outros, como ToshioMukai, entendem que o sistema é de responsabilização objetiva.

<sup>20</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 671.

<sup>21</sup> BARBOSA, Tania Mara Alves. *A resposta a acidentes tecnológicos: o caso do acidente radioativo de Goiânia*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Sociologia, da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009.

A precaução e a prevenção são duas faces da prudência que se colocam frente a situações quando há existência ou possibilidade de dano. Os princípios da precaução e da prevenção norteiam toda a política de proteção ambiental e estão relacionados às teorias de uma sociedade de risco. Estes preceitos deveriam fundamentar as políticas de gestão de riscos e, sobretudo, estarem presentes nas propostas e nas ações da Defesa Civil, por ser seu dever atuar nas situações de risco. A seguir apresenta-se como se configuram esses princípios, a relação que mantêm com o contexto de atuação da Defesa Civil e a vinculação dos mesmos com a jurisprudência nacional.

A precaução é de ordem hipotética de risco específico e fático, envolve casos concretos relativos ao meio ambiente, evitando a atividade no caso de dúvida, avaliando sempre o fato concreto que aconteceu ou está para acontecer. Nesse processo, cumpre aferir em que medida é necessário evitar certa atividade ou acompanhar de perto os movimentos de determinados equipamentos pelos responsáveis por seu manuseio. Seu universo é incerto, exigindo ações particulares, avaliação de riscos, podendo haver ações para diminuí-los, com base na comparação entre diversas possibilidades para se optar por uma, de menor risco. Há, ainda, a possibilidade de se ter que optar por uma nãoação, baseado no grau de desequilíbrio em relação ao custo-benefício.

Já a prevenção é de ordem abstrata e generalista, não reclamando a presença de um fato, embora requeira um aparato legislativo protetivo, a funcionar como estimulante negativo para a prática de agressões. Se as opiniões nacionais ou estrangeiras, após inventário, concluírem pela possibilidade de haver dano denota-se a prevenção, ou seja, há o que ser prevenido.

Quanto à certeza científica, aqui abordada como elemento de fundamental importância para a aplicação do princípio da precaução, deve ser recolocada na sua amplitude e não aplicada exclusivamente em questões pontuais. Este princípio em sua integralidade ainda terá um caminho árduo a percorrer, sobretudo na jurisprudência nacional. Neste sentido, parece estar firmada a concretização da prevenção, o que é importante, seja pela exigibilidade do próprio estudo de impacto às atividades de risco, seja por seu abrigo no sistema legislativo nacional.

A questão da dúvida quanto aos danos, ou mesmo em relação aos possíveis danos potenciais, parece ainda distante de ser amadurecida. O próprio Estado não vincula o ato administrativo a uma atitude precavida que considere o recuo da decisão de fazer quando persiste a dúvida dos efeitos danosos. Há uma hesitação sobre a decisão, pois o dano potencial para a jurisprudência, não é dano, deixando-se advir sua efetivação para buscar a reparação, o que pode ser irreversível.

Retornando ao relato fático apresentado e comparando aos conceitos doutrinários e fundamentos legais apresentados, observa-se que a tônica é a possibilidade de indenização civil quanto aos danos. Mas até que ponto este fato contribui para a reversão do quadro de ações de risco, sobretudo em empresa que manipula vultosas quantias? 10 bilhões? 100 milhões? Que diferença faz, até mesmo e porque, conforme verificado, a restituição e o *quantum* a reparar são matérias de difícil definição e abordagem, quanto aos resultados a que se propõe.

Os fatos demonstram questões e conceitos que abordam sempre o tema do dano. A própria legislação somente possibilita qualquer imputação ao agente na sua ocorrência. Mas esta trajetória sabe-se como se inicia e quais são os resultados

finais. A simples observância no relato fático apresentado demonstra uma curva de responsabilização que tende a irresponsabilidade.

Os paradigmas trazidos pela nova ordem constitucional e sua reflexão apontam uma proteção integral e assim há um descompasso com o processo de responsabilização vigente, apoiado na legislação. A intenção do legislador é que o agente responda pelo dano havido, ou seja, se houver danos, responderá de forma objetiva sem análise da culpa, em situações de risco.

Estas hipóteses aceitas e desenvolvidas na doutrina e praticadas na jurisprudência não acompanham o que determina o princípio internacional da precaução, consagrado em âmbito internacional através da edição como Princípio 15 da Conferência Rio/92.<sup>22</sup>

Porém, o que de fato se exige, através dos princípios constitucionais, tendo o direito a um meio ambiente de qualidade como ícone primeiro, é que o agente atue de forma preventiva e precavida e isto se refere a um comportamento subjetivo, internalizado a partir de um processo de socialização de regras de conduta e normas sociais, adequados e condizentes com o espírito protetivo numa sociedade de risco.

Assim, a hipótese seria de que para o agente, ao não agir dentro dos parâmetros exigíveis do princípio da prevenção e da precaução, haveria também uma responsabilização. Caso não, impossível enquadrar a relação jurídico-obrigacional, conforme determina o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88. Não se trata aqui de tão-somente utilizar-se dos meios disponíveis para o melhor resultado possível, pois este não é o sistema imposto. O que se espera deste comportamento subjetivo é a garantia de que com determinado comportamento subjetivo previamente estabelecido, o risco de ocorrer o dano é diminuto. E para estes procedimentos há a garantia do agente de sua ocorrência como elemento garantidor.

Observe-se que no fato narrado as abordagens são inteiramente descabidas neste sentido. Os responsáveis na CNEN trataram o evento danoso como falta de cuidado do laboratório, se eximindo da sua própria responsabilidade de prevenção e precaução. Ora, se há imprevisibilidade, a determinação obrigacional é que não faça.

Se para o direito penal o elemento culpa ou dolo é princípio lógico e de substancial referência, para a responsabilização civil ambiental ocorre o oposto, e os operadores permanecem utilizando um pelo outro por sua conveniência processual. Há que ser afastada a tese patronal.

O que se espera é o não fazer diante da incerteza e, portanto, a hipótese é de que poderá haver responsabilização quando não se atua conforme o esperado, mesmo considerando a inexistência do dano real. A falta de atitude prévia poderia conduzir à responsabilidade do agente e ainda, se há um dano potencial, porque não responsabilizar-se o agente pela falta de atitude prévia?

### **O sistema garantidor que não garante**

A primeira garantia do sistema remete à responsabilização objetiva ou responsabilidade integral, centrada exclusivamente no dano, sem o nexos causal, tal como afirma Édis Milaré<sup>23</sup>. Desta forma, numa sociedade de risco, em existindo

<sup>22</sup> RIO 92, *op. cit.*

<sup>23</sup> MILARÉ, Édis, *op. cit.* p. 757.

dano, há a garantia de que este será reparado. Conforme já abordado, a crítica a este sistema é que em havendo dano a reparabilidade e a reprecinação impossibilitam tal garantia. Neste passo, os tribunais vêm decidindo na exigibilidade do dano real de forma geral, afastando-se dos princípios constitucionais que embasam a atuação precavida exigida em lei.

A outra garantia é de que o agente deve atuar fundado dentro do princípio da precaução. Ao se examinar a natureza jurídica da precaução, há que se percorrer um estreito caminho entre a norma jurídica e o princípio. O que se busca, ao final é a força e a efetivação daquele princípio.

Alguns autores, como Roberto Andorno<sup>24</sup>, em visão ilustrativa, demonstram que se trata de um pleno exemplo de formação de uma regra de direito. Portanto, o que mais se adapta à precaução é o seu enquadramento como um princípio político-jurídico<sup>25</sup>: é político, pois inspira a atuação governamental em medidas protetivas da ação pública pró-sociedade; é jurídico, pois trata de força obrigatória em normas jurídicas nacionais e internacionais, além do reconhecimento da própria jurisprudência, sobretudo na Europa. Afirma o autor que as jurisdições internacionais são unânimes em reconhecer no princípio da precaução um estatuto de regra de direito diretamente aplicável, na ausência de regulamento particular.

Como consequência, decorre a conclusão de que somente poderá alcançar esta amplitude se a sua eficácia estiver atrelada a uma responsabilização, conduzindo a um valor jurídico geral. Assim, a garantia deveria estar no atuar precavido do agente. Mas este processo de responsabilização garantista fundado na precaução não possui respaldo legal no direito pátrio. Aqui também o sistema é precário, pois apresenta um fundamento constitucional, mas não concede meios de sua aplicação.

A análise deste elemento subjetivo comportamental do agente parece ser o único caminho a percorrer que poderá trazer respostas para este processo de responsabilização.

Tomando-se o caso concreto, hoje a sociedade discute, opina e lamenta a contaminação radioativa que ocorreu a partir de procedimentos desprecauidos. Mas a hipótese poderia ser: se o procedimento garantista não estivesse correto e não houvesse danos, responderia o agente? Certamente que não, pois este elemento subjetivo é comportamental e exige outra espécie de abordagem que não seja pelo aparato legal objetivo.

Se há um risco a enfrentar, os encaminhamento deveria examinar se o agente agiu de forma precavida. Alguns autores contribuem com o debate. Hans Jonas<sup>26</sup>, em 1980, formulou o princípio da responsabilidade, aprofundando-se no conceito de risco e da necessidade da comunidade científica produzir conhecimentos de maneira responsável. Já Gerd Winter<sup>27</sup> inverte a abordagem em relação ao risco. A pergunta não seria se a atuação do agente causaria dano, mas se é necessária a atuação arriscada do agente.

<sup>24</sup> MARTIN, Gilles. *La nature du principe de précaution*, apud ANDORNO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>25</sup> ANDORNO, Roberto. *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 11.

<sup>26</sup> JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995, p. 38

<sup>27</sup> WINTER, Gerd. *As facetas do significado de desenvolvimento sustentável - Uma análise através do estado de direito ambiental*. PALMA, 2011, p. 41-43

Assim procedendo, retira-se o fundamento da identificação do risco, cujo cerne está centrado no campo político e técnico-científico, para abrigar-se na razão final da própria atividade: o bem-estar social da comunidade. Portanto, há autores que trabalham o conceito e seus mecanismos, mas seria preciso melhor categorizar a sociedade de risco e este comportamento subjetivo exigível. E neste aspecto o aparato legal e o comportamento subjetivo da sociedade são insuficientes.

Assim, a garantia que está posta não responde como elemento garantidor de proteção, posto que se por um lado ocorreu o dano, rompido estará todo o sistema irreparável, por outro há um elemento subjetivo comportamental que até aqui é não exigível e que sem ele todo o sistema ficará exposto.

## **A hipótese de uma equação social de estabilização**

O sistema jurídico de direitos e deveres apoia o indivíduo em sua exigência quanto ao exercício de direitos. Porém, também traz ao horizonte um “comando social” que determina que este mesmo indivíduo sujeito de direitos, em reação reflexiva, deverá arcar com seu papel social por inteiro, o que impõe obrigações mínimas do que fazer e como fazer. Esta é uma condição primeira, posto que, pela regra geral, a cada direito caberá um dever.

Da mesma forma, nesta equação social, se o indivíduo faz jus a direitos fundamentais, mais ainda, a mínimos sociais, há que se exigir a contraprestação social que se traduz no comportamento mínimo subjetivo, ou dever social.

438

Mas onde está este “comando social” que assim determina? Quem o legitima? O que faz com que o indivíduo entenda uma contraprestação como um comportamento subjetivo exigível de parte de um todo?

A premissa que sustenta esta obrigatoriedade é de que cada indivíduo deverá arcar com sua parte, fortalecendo instituições justas promovendo a estabilidade social. Importante observar que as instituições injustas não podem impor obrigações, pois o dever seria também natural de justiça.

Pelo que parece, o contraponto do exercício dos direitos fundamentais é um comando normativo como dever comportamental imposto àqueles sujeitos de direitos, pela construção do bem maior da coletividade. As limitações impostas à sua conduta de forma fundamentada estão diretamente relacionadas à sobrevivência do grupo e, por consequência, do indivíduo.

Compreendido este dever comportamental, deve ser examinada a forma de se fazer preponderá-lo na sociedade. Na realidade, poderia-se afirmar que este movimento na sociedade estaria articulado a partir do somatório de vontades individuais. Mas a caracterização também poderá partir da ideia da ação coletiva que promoveria este conjunto de vontades individuais. Kant<sup>28</sup>, em sua obra sobre o esclarecimento (*Aufklärung*), aborda a libertação do homem e sua projeção para as decisões de razão autônoma. Afirma a dificuldade de o homem fazer isto por si só e construir a sua liberdade. Conclui que será na democracia que se construirá uma sociedade justa, a partir do conceito de uso público e de uma opinião pública crítica.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. *Textos Seletos*. Rio de Janeiro: Vozes, p. 102.

Portanto, é conclusivo que haja um dever obrigacional exigível pela sociedade e imposto ao homem que determina o agir integradamente com a coletividade como condição para se ter o exercício de direitos fundamentais. É razoável que este dever possa estar na interseção do campo do dever moral com o dever obrigacional.

A compartimentalização de ações e a retaliação deste dever centrada no homem para o homem, não têm surtido os efeitos desejados, pois o que se verifica é a prevalência do individualismo e do interesse particularizado. As tentativas de simples normatização, portanto, esbarram na natureza do direito à vida de qualidade, o que se faz refletir a possibilidade de um novo paradigma que reinvente este subjetivo comportamental exigível.

### **O risco como elemento imprescindível da responsabilização pela precaução**

Qualquer sistema que se pretenda hábil a incorporar ações comportamentais exigíveis em prol da sociedade deverá considerar a análise permanente do risco. Ou seja, diante de situações que possam trazer uma única hipótese de dano, haverá a adoção de um comportamento, que seria exigível, amparado numa análise estrutural do risco. Assim, risco e responsabilidade do Estado e da sociedade caminhariam juntos.

O que se tem percebido, em geral, é que na medida em que as ameaças a danos não se convertem em ações, diminuem ainda mais as medidas preventivas de superação deste risco, o que aumenta a possibilidade de dano.

A questão que deve ser abordada é o conceito de sociedade de risco e os deveres dela decorrentes. Assim, sem esgotar o tema, pretende-se alinhar duas frentes do conhecimento, abrangendo conteúdos da sociologia e da filosofia de forma a alicerçar esta relação social sobre o comportamento subjetivo ideal ou esperado.

De início, o processo de responsabilização voltado para a aplicabilidade do princípio da precaução encontra perspectivas analíticas no enfoque da Teoria do Risco de Ulrich Beck<sup>29</sup>. O autor apresenta a necessidade de um desenvolvimento de ações intersubjetivas calcada em negociações capazes de encontrar soluções para as ameaças autoinfligidas. Exemplifica os problemas ambientais segundo tal pressuposto teórico, que somente podem ser enfrentados a partir destas negociações. A ação intersubjetiva, na hipótese, parte da comunhão da ameaça na *sociedade do medo*.

Neste ponto, parece que os estudos da teoria da sociedade de risco de Beck<sup>30</sup> ajudam na materialização da hipótese. Segundo o autor, os riscos, teriam um viés democrático, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Assim, devem se estabelecer regras e as bases em que são tomadas decisões, reinaugurando o processo decisório, o que Beck passou a chamar de subpolítica<sup>31</sup>, reconhecendo ainda a ambiguidade e a ambivalência dos processos sociais como inevitáveis, sem se procurar soluções definitivas.<sup>32</sup>

Diante de situações de risco, democraticamente, há que se articular Estado e sociedade para que possam estar cientes dos riscos que precisam ser divididos

<sup>29</sup> BECK, *op. cit.*

<sup>30</sup> *IBIDEM*, p. 58.

<sup>31</sup> GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia, Estudos Sociedade e Agricultura*, 16, abril 2001: 95-112 1

<sup>32</sup> BECK, *op. cit.*

e administrados. Portanto, esta coletividade que, de início, parecia ser composta do somatório de decisões individuais, passa a ter um papel protagonista na construção desta intersubjetividade, o que de certa forma explica a sua influência e importância do indivíduo no processo de construção das sociedades de risco.

O indivíduo nesta modernidade possui características ímpares, pois, ao mesmo tempo em que se configura por um processo de formação social não amparado em certos aspectos pelas tradições, produz novas coletividades socioculturais<sup>33</sup>. Esta liberdade individual conviverá cada vez mais com riscos e é neste aspecto que deve ser construído o conceito de proteção integral que poderá incorporar o já identificado comportamento subjetivo exigível.

Em sua proposta, Beck considera ainda a alternativa de formação de fóruns de negociação que procurariam não só o difícil consenso, mas uma postura individual que possibilitaria medidas de prevenção e de precaução, integrando e eliminando conflitos ou perigos fora de controle.

Quais riscos que se deseja ou que se precisa correr? Esta é a análise pontual do comportamento subjetivo exigível, observando-se a construção no coletivo e para a coletividade. O autor afirma que a democratização dos riscos faz o diagnóstico da sociedade de risco; por sua vez, a democratização das decisões, faz a sua profecia. Em última análise, trata-se de um cenário de conflito global em torno dos riscos.

Quanto à aplicação do princípio da precaução, haverá dificuldades para se construir alicerces quando se enfrenta os projetos desenvolvimentistas, o risco e a exigibilidade de conduta precavida, sobretudo na jurisprudência.

Neste sentido, parece estar firmada o que Habermas desenvolve como teoria da sociedade, o agir comunicativo orientado pelo entendimento<sup>34</sup>, como a permanente tensão entre faticidade e validade que se opera de forma intersubjetiva num conjunto de ações que materializariam procedimentos de precaução e de prevenção. Tal perspectiva analítica será desenvolvida a seguir.

### **O sistema do entendimento**

O agir comunicativo fundamentaria a exigibilidade da intersubjetividade na inserção do comando normativo de responsabilização pela ausência de procedimentos precavidos, ou seja, aplicando-se a temática da democracia desenvolvida por Jünger Habermas<sup>35</sup> poderia ser construída e incorporada à vontade social de exigir esta atitude preventiva e precavida. Desta forma, seria desenvolvido o conteúdo normativo, deslocando-se do eixo da eticidade para a base validativa da análise da ação. Com a aplicação da teoria do discurso sob regras de argumentação<sup>36</sup>, propõe-se o exercício de direitos intersubjetivos para a formação da vontade política, fugindo da exclusividade da conduta ética dos cidadãos.

Em estreita síntese, seria o cruzamento destas bases do conhecimento, sociológica (BECK) e filosófica (HABERMAS), que se conformaria um processo

<sup>33</sup> WESTPHAL, Vera Herweg. *A Individualização em Ulrich Beck: análise da sociedade contemporânea*. Doi: 10.5212/Emancipação.v.10i2.419433

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido de A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 143.

<sup>35</sup> IDEM. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Moderno, 1997.

<sup>36</sup> HABERMAS, *op. cit.*, p. 143.



coletivo de exigibilidade de procedimentos individuais cabíveis na adoção da efetiva proteção ao bem de uso comum do povo, como direito fundamental. Em princípio, parece que o agir comunicativo se somaria aos procedimentos sociológicos exigíveis e apontados pela sociedade de risco.

Dentre estes procedimentos estão àqueles vinculados ao comando normativo, internacionalmente reconhecido como princípio protetivo da precaução.

Assim, em Habermas, busca-se reconstruir a autocompreensão entre pretensões normativas democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social. Parte-se dos direitos dos indivíduos, a que se tem que contemplar uns aos outros, regulando a vida social de forma legítima, o que caberia ao direito positivo. Há assim, uma tensão entre facticidade e validade que permeia o sistema dos direitos.

A construção do consenso, e da intercompreensão acontece em termos gerais, através de um processo cultural específico que ocorre a partir de seu aspecto geral, onde um horizonte de conhecimentos pré-interpretados e pressuposições culturais promovem a estabilidade necessária das regiões específicas na interação entre os indivíduos. Ou seja, aquilo que gera a diferença e promove a individualização deve ser articulado enquanto processo de consensualização, interpretado pelos que lhes são comuns previamente e talvez seja isto que vá promover a legitimação necessária.

Contudo, há outro elemento a acrescentar e que possui fundamental importância nesta breve análise: o bem e uso comum a ser protegido – o bem-estar social. Até aqui, não foi possível deixar explicitado que tal bem possui características particulares e que devem ser consideradas e incorporadas ao processo de legitimação. É possível que estas características nasçam a partir do sistema obrigacional de direitos e deveres impostos enquanto direito humano fundamental. Ou seja, é de todos, porém todos devem zelar por ele.

É uma ideia de movimento da sociedade e somente isto poderá gerar energia para a engrenagem obrigacional se efetivar. Pois bem, é conclusivo que este sistema obrigacional somente poderá obter sua validade se efetuado a partir da ideia do consenso, bem apresentada tanto por Habermas como por Beck. Seria a forma de explicar como este comando protetivo, originado num sistema positivo, obtém sua legitimidade.

Cabe aqui a observação, a partir das luzes em Kant<sup>37</sup>, desta consciência coletiva que é o uso público do bem e traduz-se na própria libertação, alcançando-se o esclarecimento lentamente, através das revoluções silenciosas. Prisioneira como está do próprio modelo de desenvolvimento, somente deslocando-se o eixo da razão para a construção intersubjetiva, tem-se a chance de alcançar pela liberdade esta conduta exigível de proteção. Novamente, percebe-se um movimento social por direitos e para resguardar direitos ao uso do bem comum ao povo, impondo a todos o dever de proteção. Caso não se efetive, continuaria o estado de heteronomia, prisioneiros do modelo escolhido, exterminando, por consequência, aquilo que mais se precisa: a vida.

Portanto, a exigibilidade do que se pretende como contraprestação social deverá ser legitimamente construída a partir do consenso, decisão esta individual a partir da legitimidade coletiva que abrigará as possibilidades ético-existenciais.

Por fim, cabe observar que não se pretende aqui, a partir de pressupostos e considerações, uma vez mais, delinear normativas absolutas que possam dar forma

<sup>37</sup> KANT, *op. cit.*, p. 102.

a esta contraprestação social, como comportamento subjetivo exigível. Se assim fosse, seria mais uma tentativa frustrante de interferência autoritária nos processos sociais, carente de legitimidade perante a sociedade.

## Considerações finais

O presente trabalho tem a pretensão de, a partir de um relato fático que tem como base um acidente social e ambiental, possibilitar a reflexão sobre o sistema de responsabilização e sua operacionalização. Demonstra, ainda, que as garantias constitucionais a um ambiente de qualidade estão distantes exatamente devido a um processo de responsabilização que não se presta ao que se propõe.

O relato fático bem demonstra que há uma curva perversa de desinformação à sociedade, inteligentemente trabalhada pelos operadores do direito e que, ao longo do tempo, foi se esvaindo até cair no esquecimento da impunidade.

Diante de tais fatos, onde estão as incongruências? Numa responsabilização que recai verticalmente sobre a exigibilidade do dano, na ausência de um efetivo sistema preventivo e precavido e, sobretudo, na ausência de compreensão de um sistema obrigacional que efetiva um movimento democrático de responsabilização. O indivíduo, protagonista deste sistema obrigacional, jamais compreenderá tal sistema se não se colocar dentro dele, tanto como credor, quanto como devedor a um ambiente de qualidade. Há aqui uma exigibilidade de um comportamento subjetivo que se pretende preventivo, precavido e que se impõe, mas que deve “nascer” como um movimento da sociedade.

442

Observe-se que esta afirmativa vale tanto para o operador de um equipamento radiológico como para o presidente da empresa responsável pela fiscalização de equipamentos que contêm substâncias sob sua responsabilidade. Todos são igualmente responsáveis, diz o comando subjetivo exigível. Esta atitude preventiva e precavida deve ser o alicerce maior da responsabilização, é o que se deve à sociedade.

Portanto, o caminho a seguir do exercício pleno do direito fundamental a uma vida de qualidade deve considerar o equilíbrio dinâmico da equação social. O rompimento do estado de individualização poderá ser contraposto à busca do consenso como ferramenta democrática de construção da necessária ambiência social ao que se adota como contraprestação.

É possível que o senso comum de ajuda e a interdependência entre os indivíduos de uma sociedade sejam ferramentas preciosas no enfrentamento deste processo de individualização, firmando-se a partir de regras essenciais para a vida em sociedade, caracterizando o conceito de solidariedade social.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDORNO, Roberto. *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BARBOSA, Tania Mara Alves. *A resposta a acidentes tecnológicos: o caso do acidente radioativo de Goiânia*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Sociologia, da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O que é pessoa humana*. mimeo., 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix e Cultrix e Mana-Key, 2004.
- CERQUEIRA, Kátia Leão. *Entre facticidade e validade: a legitimação do direito à luz da razão comunicativa*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 82, 01/11/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/Acesso> em 05 de janeiro de 2012.
- FARIA, José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura - Revista semestral de Ciências Sociais Aplicadas ao Estudo do Mundo Real*. v. 16, p. 95-112. abril/2001. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>. Acesso em fevereiro de 2013.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006.
- KANT, Immanuel. *Textos seletos*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1985.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Porto, 1990.
- LEAL, Rogério Gesta. Habermas, Jürgen. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEÃO, Lidiane Nascimento. *Considerações sobre a ética do discurso de Jürgen Habermas*, disponível em [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/.../lidiane\\_nascimento\\_leao2](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/.../lidiane_nascimento_leao2). Acesso em fevereiro de 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimidade do procedimento*. Brasília: Ed. UNB, 1980.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PEREIRA, Elaine Campos. *Risco e vulnerabilidade socioambiental: o depósito definitivo de rejeitos radioativos na percepção dos moradores de Abadia de Goiás*. Dissertação (trabalho de conclusão de mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal de Goiás, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- WINTER, Gerd. *As facetas do significado de desenvolvimento sustentável – Uma análise através do Estado de Direito Ambiental*. PALMA, 2011.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.



# Pacientes com deficiências: metodologia e prática de inclusão social na faculdade de odontologia de Valença/RJ

---

Patrícia Valéria Bastos Faria Pecoraro  
Monique Ferreira e Silva  
Marlene Pires de Carvalho Maia  
Simone Probst Condé<sup>1</sup>

## Resumo

Considerando o grande número de pacientes com deficiências e a dificuldade encontrada para o atendimento odontológico aos mesmos, visto que ainda hoje é um desafio para grande parte dos cirurgiões-dentistas, é fundamental que o meio acadêmico participe da inclusão social desses indivíduos. Sendo assim, existindo uma preocupação em preparar esse acadêmico de Odontologia para esta especialidade, a Faculdade de Odontologia de Valença/RJ, há 22 anos desenvolve a abordagem a esse atendimento, através do ensino, pesquisa e extensão, com finalidade de promover, recuperar e manter a saúde bucal desses pacientes. No ano de 2007, foi instituída na grade curricular, a disciplina de Clínica Integrada de Pacientes com Necessidades Especiais. ***Este trabalho tem como objetivo apresentar a metodologia e prática desenvolvidas na FOV***, através da disciplina, reabilitar o paciente especial, utilizando de um enfoque preventivo e terapêutico, possibilitando sua integração à sociedade. Para isso são utilizadas atividades preventivas e clínicas. Os anos de experiência a esse tipo de atendimento revelam grande receptividade e envolvimento dos discentes e dos pacientes com todas as atividades propostas, num atendimento integrado a pacientes de várias idades, com diferentes condições especiais, de Instituições como CIMEE e APAE, da cidade de Valença, e oriundos das regiões vizinhas, **cumprindo o papel social de uma Instituição de Ensino**. Os alunos vivenciam a possibilidade de tratamento da maioria dos pacientes a nível ambulatorial, sem a necessidade de encaminhá-los para procedimentos sob anestesia geral.

**Palavras-chave:** pacientes com deficiências; assistência odontológica para pacientes com deficiências.

---

<sup>1</sup> Professoras de Clínica Integrada em Pacientes Portadores de Necessidades Especiais da Faculdade de Odontologia de Valença – ***Correspondências para / Correspondence to:*** Profa. Patrícia Valéria Bastos Faria Pecoraro – Rua: Dos Mineiros, 150/204 – Centro – Valença/RJ – Email: patpecoraro@uol.com.br

## Abstract

Considering the high number of patients with deficiencies and difficulties for dental care to them, since it is still a challenge for most dentists, it is essential that academia join in the social inclusion of these individuals. Anxious to prepare the students for this specialty of Dentistry, Faculty of Dentistry of Valença/RJ for 22 years to develop this approach to care through education, research and extension, in order to promote, restore and maintain oral health of patients being inserted in the curriculum discipline of Integrated Clinic for Patients with Special Needs in 2007. This paper aims to present the methodology and practices developed in the FOV, through discipline, using a preventive approach, therapeutic and clinical care, special rehabilitate the patient, enabling their integration into society. Experience shows this type of care receptivity and involvement of students and patients in the proposed activities, such as integrated care to patients of various ages in different special conditions in institutions like CIMEE and APAE city of Valença/RJ and neighboring regions, thus **fulfilling social role of education institution**. Students experience the possibility of treating patients on an outpatient basis without the need to refer them to procedures under general anesthesia.

**Keywords:** Disabled patients; dental care for patients with disabilities.

## 446 Introdução

A pessoa com deficiência, na nossa sociedade, ainda é objeto de discriminação e preconceito, pois a condição de “diferente” significa, neste caso, ser inferior, desviar-se da média, sobressair-se de forma “negativa”, tornando-se, assim, objeto de preconceitos. Desse modo, no plano social, a diferença transforma-se em desigualdade e coloca o portador de deficiência em desvantagem, em relação aos demais membros da sociedade.

A atenção à saúde das pessoas com deficiência é um dos aspectos fundamentais na inclusão destas na sociedade e caminha em estreita relação com outros aspectos das condições de vida, como educação, trabalho e lazer. Neste sentido, promover a inclusão social significa tomar como recurso teórico-conceitual a categoria equidade<sup>1</sup>. A equidade, na implementação de políticas, significa não tratar de forma igual os desiguais, uma vez que a ideia de igualdade não se sustenta em si, mas é impregnada de valores morais e historicamente contextualizada.

Segundo FOURNIOL<sup>2</sup>, paciente especial é todo indivíduo que possui alteração física, intelectual, social ou emocional – alteração essa aguda ou crônica, simples ou complexa – que necessita de educação especial e instruções suplementares temporárias ou definitivamente.

Dualibi & Dualibi<sup>3</sup> classificam como pacientes especiais aqueles que apresentam as seguintes condições: gravidez, malformações congênitas, alterações comportamentais, alterações de comunicação, alterações físicas adquiridas e geriatria.

Para fins de assistência odontológica, o Ministério da Saúde utiliza-se do conceito de paciente com necessidades especiais que é:

“todo usuário que apresenta uma ou mais limitações, temporárias ou permanentes, de ordem mental, física, sensorial, emocional, de crescimento ou médica, que o impeça de ser submetido a uma situação odontológica convencional. As razões das necessidades especiais são inúmeras e vão desde doenças hereditárias, defeitos congênitos, até as alterações que ocorrem durante a vida, como moléstias sistêmicas, alterações comportamentais, envelhecimento, etc. Esse conceito é amplo e abrange, entre os diversos casos que requerem atenção diferenciada, as pessoas com deficiência visual, auditiva, física ou múltipla (conforme definidas nos Decretos 3296/99 e 5296/04) que eventualmente precisam ser submetidas à atenção odontológica especial” (Cadernos da Atenção Básica)<sup>4</sup>.

Atualmente, o termo considerado mais adequado é “pessoa com deficiência”, contrariando o popular “pessoas com necessidades especiais” que impõe limitações<sup>5</sup>.

No Brasil, a prática odontológica em pacientes portadores de deficiência física ou mental ainda pode ser desprezada. Poucos dentistas se interessam em atender tais pacientes por reconhecê-los como “difíceis”.

Historicamente, a Odontologia para Pacientes com deficiência até alguns anos atrás, não tinha ainda bases científicas para tal. Hoje, a odontologia visa buscar as soluções bucais a esses pacientes, colaborando na resolução dos problemas médicos, integrando-se a equipes multidisciplinares. Essa odontologia tende a crescer em todos os seus aspectos, mesmo com grandes dificuldades<sup>6</sup>.

Pacientes portadores de deficiência física e mental podem apresentar, para os dentistas, algumas dificuldades no seu manejo e no próprio tratamento odontológico. No entanto, antes de serem classificados por alguns como “pacientes difíceis”, eles são na realidade, “diferentes”, sob alguns aspectos. Um grande número dos pacientes acima referidos podem ser tratados em ambiente ambulatorial, sendo fundamental que o profissional possua conhecimentos técnicos e científicos sobre alguns dos problemas mais comuns que afetam esses pacientes, além da boa vontade, paciência e

espírito humanitário. Somente alguns distúrbios podem exigir equipamentos especiais, além de certas deficiências profundas que indicam um tratamento com anestesia geral, sem tentativa de condicionamento, é uma atitude cômoda que visa interesses puramente profissionais<sup>7</sup>.

Os problemas odontológicos são frequentes nesses pacientes. A incidência de cárie dentária e gengivite é geralmente muito alta. A incapacidade desses pacientes para manter uma higiene bucal adequada é suficiente para explicar o índice elevado dessas ocorrências. A esse fator etiológico podem, entretanto, somar-se outros como respirador bucal, anormalidade de oclusão, dieta cariogênica e efeitos de medicamentos<sup>8</sup>.

A falta de cuidados profiláticos e terapêuticos desencadeia graves problemas orais em qualquer pessoa, seja ela normal ou deficiente. O organismo do paciente com deficiência é comovido pelo desequilíbrio metabólico geral, onde o descuido gera lesões no organismo sendo a boca a cavidade onde se refletem as consequências desse descaso.

A grande maioria dos pacientes com deficiência pode e deve ter o seu atendimento odontológico solucionado no âmbito da atenção primária, nas Unidades Básicas de Saúde (UBS). Ao constatar impossibilidade de atendimento neste nível de atenção, o paciente será encaminhado para o atendimento de referência. A Portaria número 599/GM, de 23 de março de 2006, define a implantação dos Centros de Especialidades Odontológicas e estabelece que todo CEO deve realizar atendimentos a pacientes com deficiência. Neste momento será feito o atendimento e a avaliação da necessidade ou não de atendimento hospitalar sob anestesia geral<sup>9</sup>.

A formação do cirurgião-dentista no que diz respeito à atenção odontológica aos pacientes com deficiência ainda é falha, pois o currículo dos Cursos de Odontologia não contemplam uma abordagem generalista da saúde<sup>10</sup>.

Desta forma, *este trabalho tem como objetivo apresentar a metodologia e prática desenvolvidas na Faculdade de Odontologia de Valença/RJ*, através da disciplina de Clínica Integrada em Pacientes com Necessidades Especiais, reabilitar o paciente especial, utilizando de um enfoque preventivo e terapêutico, possibilitando sua integração e inclusão à sociedade. Os anos de experiência a esse tipo de atendimento revelam grande receptividade e envolvimento dos discentes e dos pacientes com todas as atividades propostas, num atendimento integrado a pacientes de várias idades, com diferentes condições especiais, **cumprindo o papel social de uma Instituição de Ensino**. Os acadêmicos vivenciam a possibilidade de tratamento da maioria dos pacientes a nível ambulatorial, sem a necessidade de encaminhá-los para procedimentos sob anestesia geral.



## Revisão de literatura

Existe hoje, em todo o mundo, cerca de 500 milhões de indivíduos com deficiência. De acordo com o Censo demográfico de 2000 (IBGE), 25 milhões de brasileiros, ou seja, 14,5% da população tem algum tipo de deficiência. A OMS (Organização Mundial da Saúde) estima que a prevalência das deficiências seja de uma pessoa a cada dez, e afirma que desse total de deficientes, mais de dois terços não recebem nenhum tipo de assistência odontológica<sup>11</sup>.

Segundo Silva & Cruz<sup>12</sup>, a sociedade se preocupa muito com a incapacidade destes indivíduos, porém, esquece que eles necessitam de educação e atendimento especiais.

A Constituição Brasileira de 1988 já apresentava princípios gerais de política de inclusão das pessoas com deficiência. A partir daí, leis complementares relativas a aspectos educacionais, de acessibilidade e de incentivo a emprego vem sendo implementadas. Este processo, entretanto, tem sido bastante irregular com avanços em alguns setores e lentidão em outros<sup>13</sup>.

O tratamento odontológico, contudo, pode modificar o perfil dos indivíduos com deficiência, estimulando sua participação social como cidadãos<sup>14</sup>.

A anamnese é o momento que o profissional tem a oportunidade de perceber os aspectos psicológicos que envolvem a família, os anseios e as expectativas em relação ao tratamento, além de eventuais experiências frustradas anteriores. O cirurgião dentista, além de dispensar atendimento adequado, segundo a necessidade do paciente, deve perceber e entender como a família funciona e interfere no comportamento deste<sup>15</sup>.

O tratamento odontológico de pacientes com deficiência envolve a compreensão das dificuldades específicas (dificuldades motoras, dificuldades devido à falta de comunicação, necessidades odontológicas acumuladas, graus de limitação física, dentre outras) e inespecíficas (falta de profissionais habilitados, barreiras arquitetônicas e a superproteção da criança com deficiência) que envolvem o tratamento<sup>16</sup>.

Para o Cirurgião-Dentista os exames complementares de laboratório são tão valiosos como para o médico, pois junto com o relatório médico, destacam condições orgânicas do paciente e suas possíveis implicações<sup>6</sup>.

Além disso, é essencial que haja o envolvimento e o comprometimento dos pais/responsáveis no planejamento das atividades, juntamente com a equipe multidisciplinar na tentativa de minimizar a possibilidade de intervenções futuras<sup>17</sup>. Porém, muitas vezes estes cuidados são dificultados pela falta de colaboração do núcleo familiar ou dos cuidadores<sup>10</sup>.

As pessoas com deficiência apresentam maior risco para o surgimento de doenças bucais em função do uso sistemático de medicamentos, dificuldade na realização do controle de placa bacteriana e hábitos alimentares precários. Portanto, estes pacientes devem receber atenção precoce e cuidados contínuos para evitar problemas futuros<sup>10,18</sup>.

Estudos realizados por Tomita & Fagote<sup>19</sup>, constataram que um programa de controle mecânico e mecânico/químico de placa bacteriana voltado aos pais, é capaz de melhorar a saúde bucal de seus filhos. A maioria dos cuidadores relatou que com a orientação recebida, conseguiram superar as dificuldades para realizar ou auxiliar a escovação.

Sampaio *et al.*<sup>11</sup> em estudo com Pacientes Portadores de Necessidades Especiais atendidos no Instituto de Previdência do Estado do Ceará observou que não houve correlação entre a situação da higiene bucal e a pessoa que realizou a escovação e uma forte correlação entre o paciente que concluiu o tratamento odontológico e seu retorno ao controle preventivo.

Em decorrência do rápido avanço científico e tecnológico, as pessoas com deficiência estão atingindo idades cada vez mais avançadas. Em virtude disto, deverá haver mais cirurgões-dentistas preparados para atendê-los, bem como mais estudos referentes ao tema para embasar este atendimento. Além disso, faz-se necessário o estabelecimento de políticas públicas de promoção de saúde e reorientação de serviços que facilitem o acesso e a utilização dos serviços odontológicos<sup>20</sup>.

## Metodologia

A metodologia e prática desenvolvidas na Faculdade de Odontologia de Valença, através da disciplina de Clínica Integrada em Pacientes com Necessidades Especiais, busca possibilitar sua integração à sociedade, conseqüentemente sua inclusão social.

Para isso fazem parte desta disciplina professoras Especialistas em Pacientes Portadores de Necessidades Especiais, e utiliza-se aulas teóricas para dispor de todo o embasamento científico e prática em ambulatório da Clínica da FOV, bem como ambulatório no HELGJ (Hospital Escola Luiz Giosseffi Jannuzzi).

Utiliza-se de trabalho em equipe interdisciplinar, envolvendo docentes e discentes como da Cirurgia Buco-Maxilo-Facial, onde aqueles não resolvidos em ambulatório passam ao Centro Cirúrgico sob anestesia geral, no HELGJ da FAA.

O atendimento ambulatorial é realizado por acadêmicos do 7º. e 8º. Período (nova Matriz Curricular), na Faculdade de Odontologia, onde consistirá na aplicação de cuidados Odontológicos que visem à promoção de Saúde Bucal ao portador de deficiência. Dentre eles é preconizado:

- Estabelecer prevenção, tratamento e manutenção da saúde bucal;
- Educar e motivar os pacientes com deficiência, usando métodos que contornem seus limites individuais de aprendizagem, bem como seus pais e professores, visto que estes serão de fundamental importância na continuidade do tratamento e manutenção da saúde bucal do paciente com deficiência;

Estabelecer métodos profiláticos constantes para evitar a instalação da doença cárie, tendo em vista a dificuldade motora de alguns em realizar sua própria higiene bucal;

- O atendimento clínico busca o envolvimento de medidas restauradoras e preventivas;
- Exame clínico inicial com anamnese na presença de pais/responsáveis/professores;
- No primeiro contato com o paciente, observa-se seu comportamento, personalidade e características físicas, porque assim têm-se ideia geral do tipo de paciente que será tratado;
- No caso de pacientes portadores de deficiência física ou mental é necessário um diálogo com o seu acompanhante, onde irá fornecer dados do estado de saúde geral do paciente, como também dos seus antecessores familiares;
- Para intervir nesses pacientes, é necessário uma avaliação médica e autorização por escrito a ser arquivado no prontuário do mesmo;
- O principal objetivo é a prevenção evitando tratamentos mutiladores e nesses pacientes torna-se mais necessário, pois os tratamentos curativos são na maioria das vezes de difícil execução nesta clientela. Estes envolvem ações de rotina como: demonstrações explicativas sobre formas efetivas de escovação, hábitos alimentares saudáveis e menos cariogênicos, uso de água fluoretada, profilaxia, aplicação de flúor sobre várias formas (depende do paciente), remoção de tártaro, selante de cicatrículas e fissuras e polimento das restaurações;
- Em relação às atividades educativas, se trabalha informando aos pais e professores responsáveis, pacientes, através de teatro, fantoches, palestras, enfatizando a prevenção e motivação;
- Quando a doença já está instalada, realizam-se as atividades curativas, tais como: restaurações definitivas e provisórias, reparos em restaurações já existentes, raspagens e cirurgias periodontais, exodontias em dentes e restos radiculares indicados, endodontia em anteriores, drenagem de abscessos e emergências, além de em conjunto com outros docentes, eventual remoção de lesão para análise (biópsia), no caso de suspeita de alguma patologia, a fim de confirmar o diagnóstico clínico e se instituir o tratamento.



Fig. 1



Fig. 2

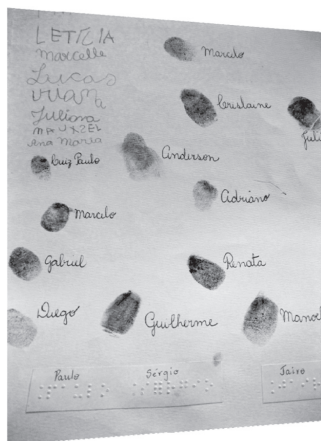


Fig. 3

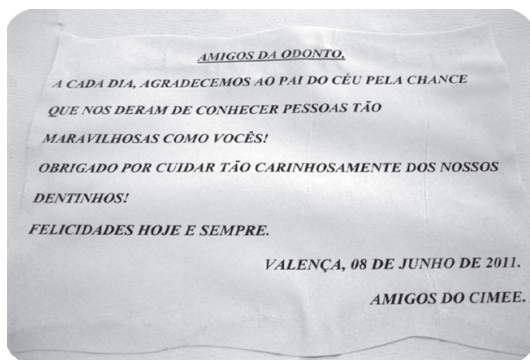


Fig. 4



Fig. 5



Fig. 6

Fig.1. e 2. Orientação de higiene bucal aos pacientes, pais e professores.

Fig.3. e 4. Mensagem dos pacientes às professoras e acadêmicas.

Fig.5. Atendimento ambulatorial na Faculdade de Odontologia.

Fig.6. Atendimento hospitalar no HELGJ.

## Resultados/discussão

Diante das atividades que vêm sendo realizadas e a experiência há anos com Inclusão Social no atendimento aos Pacientes em Necessidades Especiais na FOV até hoje, pode-se constatar uma melhora significativa na Saúde Bucal da maioria desses pacientes, no que corrobora com Figueiredo *et al.*<sup>14</sup>.

Informa e familiariza os acadêmicos sobre cuidados, procedimentos e estratégias que deveriam adotar no tratamento com o Paciente em Necessidade Especial<sup>10</sup>, já que na maioria dos Cursos de Odontologia não há disciplina que ministre esse assunto, criando preconceitos infundados nos futuros profissionais, levando-os a temerem ou recusarem-se a prestar atendimento a esses pacientes.

Maior conscientização dos pais e responsáveis/professores em relação aos cuidados bucais<sup>10,17</sup>, pois muitas vezes esses cuidados são dificultados pela falta de colaboração do Núcleo Familiar ou dos cuidadores.

Busca-se métodos de prevenção o mais precocemente possível, sabendo que isto é fundamental para o sucesso de qualquer programa, e que para o Paciente com Necessidade Especial, isto é de importância vital e prioridade absoluta, visto suas características<sup>19</sup>.

Desenvolve-se interação direta e recíproca entre acadêmicos e profissionais participantes (Equipe Multidisciplinar), quanto a necessidade de se realizar tratamento sob sedação e anestesia geral a fim de se obter Saúde Bucal nos pacientes intratáveis pelos métodos convencionais.

## Conclusão

### Os autores concluíram que:

- A Faculdade de Odontologia de Valença através da Clínica Integrada de Pacientes em Necessidades Especiais cumpre através de perfeita interação paciente/acadêmico/família, o papel social de uma Instituição de Ensino, colocando o meio acadêmico totalmente inserido na prática de Inclusão Social desses indivíduos através da Saúde Bucal, tornando-se referência nesse atendimento.
- Os discentes tornam-se profissionais acostumados e sem receio e preconceito neste tipo de atendimento.

- O atendimento odontológico a Pacientes com Necessidades Especiais é altamente exigente, requer muita paciência, habilidade e carinho, pois são indivíduos carentes, excluídos de uma sociedade ainda preconceituosa, e necessitando de um atendimento especializado.
- A FOV/CESVA/FAA preocupa-se em cumprir a Constituição Brasileira de 1988 com a política de Inclusão das pessoas com deficiência, modificando o perfil desses pacientes, estimulando sua participação social como cidadãos.

## Referências bibliográficas

- 1- Carneiro Junior, N. *et al.* Organização de Práticas de Saúde Equânimes em Atenção Primária em Região Metropolitana no Contexto dos Processos de Inclusão e Exclusão Social. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2006.
- 2- Fourniol, A. Pacientes Especiais e a Odontologia. São Paulo. Santos, 1998.
- 3- Duailib, S.E., Duailib, M.T. Uma nova visão sobre conceito e classificação em pacientes especiais. **Rev Paulista Odontol**, Mar-Abr, 20: 28-33, 1998.
- 4- BRASIL. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Coordenação Nacional de Saúde Bucal. Diretrizes da Política Nacional de Saúde Bucal. Brasília, 2004. 16p.
- 5- Lippo H., Matarazzo C. Vai encarar? A nação quase invisível de pessoas com deficiência. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 2009.
- 6- Fourniol, A. A Odontologia para Pacientes Excepcionais. São Paulo. Panamed, 1981.
- 7- Toledo, O.A. Odontopediatria: fundamentos para a prática clínica. 3ª. edição. São Paulo: Editorial Premieri, 2005.
- 8- Gruspun, H. A Família e o Ambiente do Excepcional. **Psiquiatria Atual**. Set, PP. 45-51, 1072.
- 9- Cadernos de Atenção Básica. Saúde Bucal. **Ministério da Saúde**. Brasília. DF; 2006.
- 10- Varellis, M.L.Z. O paciente com necessidades especiais na Odontologia – **manual prático**. São Paulo: Santos, 2005.
- 11- Sampaio, E.F., Cesar, F.N., Martins, M.G.M. Perfil Odontológico dos pacientes portadores de necessidades especiais atendidos no Instituto de Previdência do Estado do Ceará. **RBPS**. 17 (3): 127-34, 2004.
- 12- Silva, L.C.P., Cruz R.A. Odontologia para pacientes com necessidades especiais. **Protocolos para o atendimento clínico**. São Paulo: Santos, 2009.
- 13- Ministério da Educação. Diretrizes nacionais para Educação Especial. **MEC/SEESP: imprensa oficial do estado**. Brasil, 2001.
- 14- Figueiredo *et al.* Perfil de los pacintes com necesidades especiales. **Assoc Argent Odontol Niños**. 32(1): 8-11, 2003.

- 15- Guedes-Pinto, A.C. Odontopediatria. 7ª. Ed. São Paulo: Santos, 2003.
- 16- Guimarães *et al.* Medidas preventivas em Odontologia para pacientes portadores de necessidades especiais. **Rev. Ibero Am Odontopedat Odontol Bebê.** 9 (47): 79-84, 2006.
- 17- Haddad, A.S. Odontologia para pacientes portadores de necessidades especiais. São Paulo: Santos, 2007.
- 18- Toledo, O.A. Odontopediatria: fundamentos para a prática clínica. São Paulo: Panamericana, PP. 221-240, 1986.
- 19- Tomita, N.E., Fagote, B.F. Odontologia e Sociedade, vol. 01, n. ½, p. 45-50, 1999.
- 20- Stomatos, Canoas. Atenção Odontológica em pacientes com deficiências: a experiência do curso de odontologia da Ulbra. Canoas, RS. V. 16, n.31, p. 92-99, jul-dez, 2010.





# Viabilidade da utilização de DNA dental na identificação humana em corpos carbonizados

Luiz Felipe de Carvalho Lima<sup>1</sup>

Enio Figueira Junior<sup>2</sup>

Patricia Valéria Bastos Faria Pecoraro<sup>3</sup>

## Resumo

A Odontologia Legal vêm representando papel de grande importância, no que diz respeito à identificação humana. Especialmente, em casos envolvendo corpos carbonizados, onde restam poucas fontes viáveis para a identificação, o DNA, obtido de elementos dentários, vêm sendo utilizado na determinação de suas identidades. Nesse trabalho realizou-se uma revisão de literatura à cerca da utilização de DNA dental para a identificação humana em corpos carbonizados, demonstrando assim sua viabilidade.

**Palavras-chave:** Odontologia legal; identificação humana.

## Abstract

The Forensic Dentistry have major role in regard to human identification. Especially in cases involving charred bodies, where there are few viable sources for the identification, DNA obtained from dental elements, have been used to determine their identities. In this work we carried out a literature review about the use of dental DNA for human identification in charred bodies, thus demonstrating its viability.

**Keywords:** Forensic dentistry; human identification.

## Introdução

A relação entre a **Odontologia** e o **Direito**, através das diversas vertentes da própria Odontologia, vem apresentando grande utilidade, principalmente em casos envolvendo a identificação de vítimas carbonizadas, demonstrando esse tipo de serviço à Justiça.

<sup>1</sup> Acadêmico da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA.

<sup>2</sup> Especialista em Odontologia Legal. Membro Consultor – Associação Brasileira de Ética e Odontologia Legal – ABOL. Membro: Forensic Science Group; Forensic Odontology – INTERPOL DVI Working Group; International Organization for Forensic Odontostomatology. Professor das disciplinas de Odontologia Legal e Deontologia na Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA.

<sup>3</sup> Professora das disciplinas de Clínica Integrada da Criança e do Adolescente, Clínica Integrada do Paciente em Necessidade Especial, Dentística e Materiais Dentários da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA. Diretora do Curso de Odontologia/CESVA/FAA. Correspondências para / Correspondence to: Profa. Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro – Rua: Dos Mineiros, 150/204 – Centro – Valença/RJ – Email: patpecoraro@uol.com.br

A **Odontologia Legal** caracteriza-se por prestar serviços legais e humanitários à sociedade, dentre eles o de possibilitar a identificação pessoal de forma fidedigna.

A partir de casos em que as técnicas convencionais de medicina forense não permitiram o reconhecimento de vítimas, buscou-se auxílio em técnicas de identificação na seara da odontologia, com vistas a obterem mais informações, e conseqüentemente a resolução das questões pertinentes, obtendo grande êxito a partir delas.

O processo de identificação vem apresentando uma grande evolução tecnológica e, na medida em que o crescimento e o desenvolvimento das técnicas ocorrem, torna-se necessário um aprimoramento profissional. Objetivo que encontra amparo ao se buscar identificação em vítimas sobreviventes de acidentes ou mesmo que tenham vindo a óbito, mas que deixam condições a que se busquem meios de se conseguir promover sua real identidade<sup>1</sup>.

Dentre os métodos de identificação em odontologia legal se incluem: o estudo das características da dentição; imagens radiográficas; rugoscopia palatina e análise de mordeduras, métodos de identificação que se prestam por meio de análise comparativa, havendo a necessidade da existência de dados prévios que sirvam como parâmetro, como os modelos dos arcos dentários, os prontuários odontológicos dos pacientes assim como os diversos tipos de incidências radiográficas, para que se demonstre efetivamente a identificação de uma vítima ou consiga denegar sua identidade, pois não comprovada ao final dos exames periciais<sup>2</sup>.

Casos especiais, como corpos carbonizados ou putrefatos, nenhuma das técnicas rotineiras oferece condições de análise, havendo então a necessidade de utilizar-se de outra técnica, esta mais específica e geralmente utilizada, como a análise genética (DNA).

Dessa forma, fica evidenciada a competência dessa área profissional no contexto da especialidade que o é, frente aos desafios da identificação humana. Nesse trabalho realizou-se uma revisão de literatura à cerca da utilização de DNA dental para a identificação humana em corpos carbonizados.

## Revisão de literatura

Os principais fatores exógenos que podem limitar a recuperação de informações a partir de restos humanos, e restringir os processos de identificação humana, são os elementos presentes ou associados ao fogo, como chamas, calor, explosões e carbonizações<sup>3-4</sup>.

Os dentes são caracterizados como sendo os tecidos mais duros e resistentes do corpo humano, podendo permanecer intactos, inclusive, em situações extremas, como em carbonizações e em sítios arqueológicos datados em milhares de anos<sup>5</sup>, tendo particular importância para a identificação de vítimas carbonizadas, em

altas temperaturas, quando o reconhecimento visual e a identificação através de datiloscopia não são mais possíveis<sup>6</sup>.

A resistência térmica, apresentada pelos elementos dentários, inerente a sua própria anatomia, além da anatomia da cavidade oral, é que os caracteriza como fontes viáveis aos exames odonto-legais<sup>7</sup>, apresentando, porém, resultados variáveis, pois dependem da temperatura atingida, e da localização da vítima em relação ao foco do incêndio. Tendo também importância a posição anatômica do elemento dentário, que pode estar propenso a uma relação direta com a intensidade das chamas em sua estrutura. Os incisivos, via de regra, são os primeiros elementos a serem atingidos, enquanto os molares tendem a apresentar menos avarias.

Todos os métodos de identificação odonto-legais, baseados na comparação de caracteres sinaléticos *post-mortem* em confronto com documentação odontológica *ante-mortem* (prontuários odontológicos e seus documentos anexos), perdem sua função quando da não existência dessa documentação ou da impossibilidade de exame na arcada dentária, elementos dentários, como também em restaurações e próteses.

Em razão dessa dificuldade em determinados casos, devido principalmente de seu estado de deterioração, têm-se recorrido à análise genética (DNA), realizando a coleta do material biológico diretamente em elementos dentários, que vem sendo priorizados para análises genéticas devido, principalmente, ao fato da cavidade pulpar, que se constitui em arcabouço formado pelas paredes entre esmalte, dentina e cimento, propiciar o meio estável para o DNA<sup>8</sup>, preservando o material genético até 600°C<sup>9</sup>. Assim sendo, a polpa dentária, protegida por este arcabouço, pode ser recuperada para extração do DNA<sup>10</sup>.

Os molares, além de mais protegidos pela sua própria posição na cavidade oral, têm as maiores câmaras pulpares, donde que sejam preferencialmente as peças de escolha. Quanto maior o número de peças disponíveis, tanto maiores as chances de se obter DNA apto para exame<sup>11</sup>.

É relatado na literatura a identificação de uma vítima de homicídio que fora carbonizada. Devido a elevada temperatura em que foi exposto, o corpo se encontrava reduzido a aproximadamente 25% do seu tamanho original. A identificação foi possível graças a análise de DNA obtido do tecido pulpar oriundo de terceiro molar incluso, portanto, resguardado<sup>12</sup>.

Outro relato de caso descreve um acidente automobilístico envolvendo dois corpos que ficaram carbonizados. As dentições das vítimas foram muito bem preservadas, o que permitiu a identificação pelo método de comparação da arcada dentária em um dos corpos, entretanto o outro corpo não possuía registros odontológicos, por se tratar de um estrangeiro. A identidade foi então confirmada pela análise do DNA extraído da polpa dentária, demonstrando que os dentes podem ficar bem preservados, apesar do tempo de exposição ao fogo<sup>13</sup>.

O DNA mitocondrial (mtDNA), encontrado no citoplasma, especificamente nas mitocôndrias, apresenta características singulares, que o diferenciam do DNA nuclear, e estabelecem a sua análise excepcional no estudo de tecidos degradados,

e até mesmo arqueológicos, onde o DNA nuclear, geralmente, já não oferece mais condições de análise<sup>14</sup>, a saber são elas, principalmente, o fato deste apresentar maior resistência à degradação que o DNA nuclear, fato obtido por sua estrutura circular; possuir alta taxa de mutação; dispor de grande número de cópias em cada célula humana, o que facilita sua obtenção para as análises genéticas; apresentar herança uniparental, é passado exclusivamente da mãe para filhos e filhas, permitindo traçar a linhagem através de gerações distantes na linha materna de uma pessoa<sup>15-16</sup>.

## **Protocolo para extração e armazenamento de material para estudo de DNA dos elementos dentários<sup>11</sup>:**

### 1. Acondicionamento do material:

a. Extração do elemento dentário; armazenamento em recipientes plásticos estéreis, em câmara fria, a  $-4^{\circ}\text{C}$ , caso o exame seja feito em menos de 6 horas, caso contrário, manter em freezer a  $-20^{\circ}\text{C}$ ;

### 2. Coleta do material:

a. Retirar da superfície externa do dente, com cureta, qualquer vestígio de placa bacteriana ou cálculo; lavar o elemento dentário, cuidadosamente, com água oxigenada e, posteriormente, com etanol e água deionizada, estéril. Dessa forma se reduz a contaminação por fontes extrínsecas de DNA e a degradação pelas nucleases bacterianas;

b. Se o dente estiver intacto (sem fraturas, sem cáries e sem restaurações) e tenha sido retirado recentemente do alvéolo, pode ser feita uma abordagem endodôntica convencional com instrumentação de câmara e canais radiculares. Essa manipulação, geralmente, permite obter uma quantidade suficiente de polpa de modo a proceder à análise do perfil de DNA;

c. Caso o dente não esteja intacto ou se mostre dessecado, deve ser cortado horizontalmente, perpendicular ao seu maior eixo, ao nível da porção cervical. Possibilitando amplo acesso à câmara pulpar e aos canais radiculares. O corte pode ser feito tanto com cinzel como com disco de corte, acionado por motor de baixa rotação;

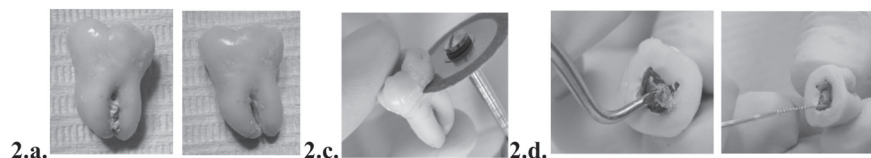
d. Feito o corte deve-se curetar as paredes da câmara, recolhendo o tecido da polpa ali aderido e o pó da abrasão em um recipiente de boca larga. Com auxílio de lima endodôntica deve-se extrair o tecido pulpar do interior do conduto.

e. O material colhido será acondicionado *in natura* em eppendorf. Os materiais encaminhados de locais distantes devem ser mantidos úmidos e refrigerados com gelo seco;

3. Como último recurso, em casos onde as condições do dente se apresentem limitadas, e nenhuma das outras técnicas de manipulação e instrumentação ofereça resultados satisfatórios, pode ser necessária a trituração do dente. O que fornece uma amostragem completa do elemento dentário. Deve-se então instrumentar a metade inferior, constituída pelas raízes, e logo a seguir, triturá-la em condições estéreis.

4. Realizadas as etapas de condicionamento e coleta de material, encaminha-se o material para novas etapas laboratoriais, a saber, quantificação, amplificação e análise, onde o material genético é encaminhado ao sequenciador de DNA, ocorrendo posteriormente a análise dos perfis genéticos e validação dos resultados.

5. Independente do procedimento escolhido, o odontologista, ou aquele que suas vezes fizer, deverá apresentar o relatório, sob a forma de laudo, de tudo quanto tenha observado no exame: os métodos seguidos e os resultados obtidos.



2.a. Limpeza externa do elemento dentário<sup>17</sup>  
2.b. Corte do elemento dentário<sup>17</sup>  
2.c. Coleta de polpa dentária<sup>17</sup>

Em estudo de análise comparativa realizado a partir da obtenção de DNA proveniente de 18 dentes extraídos, em confronto com amostras sanguíneas, oriundas dos mesmos doadores, com objetivo de avaliar a viabilidade da utilização de material genético obtido de elementos dentários, concluiu-se que os dentes humanos constituem, sim, fontes viáveis para obtenção de perfil genético<sup>18</sup>. Frisando que, em casos, onde a análise de DNA nuclear se faz inoperante, é perfeitamente indicada a análise de DNA a partir de material genético dentário.

## Discussão

O processo de identificação das vítimas necessita do emprego de técnicas eficientes e rápidas. A partir disso, o emprego do elemento dentário para a obtenção do material genético vem sendo gradativamente demonstrado pela literatura, possibilitando o exame de DNA em menores quantidades de material disponível e sob condições adversas<sup>19</sup>.

É cediço que estudos de alguns autores<sup>12</sup>, em se tratando de extração de material genético, que, quando comparado o protocolo de extração de material através do sangue, e a extração de material genético de dentes para análise, este se apresenta mais trabalhoso, devido ao número de passos necessários para a obtenção dos resultados. O que não desqualifica tal técnica visto que no cenário forense, principalmente em situações de degradação do corpo a ser identificado, apresenta particular importância.

Alguns autores afirmam que, tanto o esmalte como a dentina, e principalmente a polpa, podem ser utilizados diretamente como fonte de perfil genético na determinação de identidade<sup>20</sup>.

No entanto, outros autores afirmam que, somente em casos eventuais, além da polpa, porções de DNA podem ser recuperadas da dentina ou do cimento, mas nunca do esmalte<sup>11,21-22</sup>.

O fato é que, a maioria absoluta dos autores, determinam os perfis de DNA mitocondrial como uma forma eficaz e valiosa de identificação humana através do complexo buco-maxilar, sendo o tecido pulpar a maior fonte de material genético disponível nesses casos<sup>23-24</sup>.

## Conclusão

Particularmente, no que diz respeito à análise genética através de DNA obtido de elementos dentários, para fins de identificação humana, tal método se apresenta como perfeitamente viável, principalmente em casos especiais, como em corpos carbonizados. Fato que vêm sendo demonstrado gradativamente na literatura, assim como sua importância no cenário forense.

Assim sendo, a Odontologia Legal, interpretada como uma especialidade que visa fornecer esclarecimentos à Justiça e à sociedade, a partir de conhecimentos inerentes à área de atuação profissional e suas diversas especialidades, só fez demonstrar que deixou de ser área de atuação coadjuvante ou apenas uma técnica auxiliar, tornando-se imprescindível no terreno da identificação humana.

## Referências bibliográficas

- Figueira Junior E. A importância nos arcos dentários na identificação humana. Monografia - ABO – Seção Rio de Janeiro – Regional Niterói, sob orientação do Prof. Luiz Cláudio Luna de Moura. 2010.
- Vanrell JP, Borborema ML. Vademecum de Medicina Legal e Odontologia Legal. São Paulo, ed JHMizuno, 2007. p. 97-156.
- Miyajima F, Daruge E, Daruge E Júnior. A importância da odontologia na identificação humana: relato de um caso pericial. *Arq Odontol.* 2001;37(2):133-42.
- Melani RFH. Identificação humana em vítimas de carbonização: análise odonto-legal através da microscopia eletrônica. [Tese de doutorado] Piracicaba(SP) Faculdade de Odontologia de Piracicaba/UEC; 1998.
- Ricaut FX, Keyser-Tracqui C, Crbézy E, Ludes B. STR-genotyping from human medieval tooth and bone samples. *Forensic Science International.* 2005; (151): 31-35.
- Valenzuela A, Martin-de las Heras S, Marques T. The application of dental methods of identification to human burn victims in a mass disaster. *Int. J Legal Med,* v. 113, n. 4, p. 236239, jun. 2000.
- Pereira RM. A contribuição da Odontologia Legal na identificação humana em acidentes aeronáuticos. [Dissertação] São Paulo (SP): Programa de Pós-Graduação em Odontologia/USP; 2003.
- Vieira GS, Tavares CAP, Bouchardet FCH. Análise de DNA em Odontologia Forense. *Arqu bras odontol.* 2010; 6(2): 64-70.
- Nedel F et al. Odontologia Legal na cidade de Pelotas. XVI Congresso de Iniciação Científica. Rio Grande do Sul; 2007.

- Dias FDA. Importância do DNA como método de identificação forense na odontologia legal. Manaus(AM) Faculdade de Odontologia da Uni Federal do Amazonas; 2009.
- Vanrell JP. Odontologia Legal & Antropologia Forense. 1º ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- Sweet DJ, Sweet CH. DNA analysis of dental pulp to link incinerated remains of homicide victim to crime scene [abstract]. *J Forensic Sci.* 1995; 40 (2): 310-314.
- Brkić H, Petrovečki V, Gusić S. Dental identification of the carbonized body: case review. *Rev. Acta Stomatol Croat*, v. 36, p. 127-128, jan. 2002.
- Musse JO, Marques JAM, Silva RHA, Oliveira RN. Aplicação do DNA na análise de marcas de mordidas. In: Marques JAM, Galvão LCC, Moacir S. Marcas de Mordidas. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana; 2007. p.165-86.
- Bonaccorso N. Análise forense de DNA [ Monografia] ACEPADOL; 2004.
- Gonçalves VF. O uso do DNA mitocondrial em quatro estudos envolvendo a ancestralidade de populações americanas nativas e miscigenadas. [Tese de Doutorado]. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais; 2007.
- Castro TL. Utilização de polpa dentária como amostra-referência para análise de perfis genéticos de DNA. Piracicaba (SP) Universidade Federal de Campinas; 2009.
- Santos LSM. Viabilidade da utilização de amostras biológicas obtidas de dentes humanos para obtenção de perfis genéticos de DNA [dissertação]. Piracicaba(SP) UNICAMP/FOP; 2009.
- Silva RHA, Sales AP, Oliveira RN, Oliveira FT, Sales-Peres SHC. Use of DNA technology in forensic dentistry. *J Appl Oral Sci.* 2007; 15(3): 156-161.
- Smeets B, vande Voorde H, Hooft P. ABO bloodgrouping on tooth material. *Forensic Science International* 1991; 50: 277-82.
- Santos JMF. Análise de amelogenina pulpar para determinação de gênero biológico. Piracicaba(SP) UEC; 2012.
- Malaver PC, Yunis JJ. Different Dental Tissues as Source of DNA for Human Identification in Forensic Cases. *Croatian Medical Journal.* 44(3):306-309,2003.
- Girish KL, Rahman FS, Tippu SR. Dental DNA fingerprinting in identification of human remains. *Journal of Forensic Dental Sciences.* 2010; 2(2):63-68.
- Ginther C, Issel-Tarver L, King MC. Identifying individuals by sequencing mitochondrial DNA from teeth. *Nature Genetics* 2, 135 – 138. 1992.

Este livro foi impresso em dezembro de 2013 por  
Editar Editora Associada Ltda.  
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529  
[www.editar.com.br](http://www.editar.com.br)