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

# Revista da Faculdade de Direito de Valença
# 2012

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

## Autores

Aline Vaz dos Reis
Ana Paula Teixeira Delgado
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Pereira Gaio Júnior
Bruno Amaro Lacerda
Carlos Eduardo A. Japiassú
Cíntia Valéria Galdino
Cleyson de Moraes Mello
Daniele de Oliveira Pereira
Diego J. Bercholc (Argentina)
Dora Resende Alves (Portugal)
Edna Raquel Hogemann
Eduarda Cellis da Silva Campos
Elida Séguin
Faustino Martínez Martínez (Espanha)
Geovani Nunes Dornelas
Isabele Soares de Castro
Jorge O. Bercholc (Argentina)
José Luiz Quadros de Magalhães
José Maria Machado Gomes
Julio Cesar Ferreira Toledo
Key Cardoso Marciano
Márcia Ribeiro Braz
Marcio Caldas de Oliveira
Maria Manuela Magalhães Silva (Portugal)
Rafael Henrique de Oliveira Liguori
Rafael Henrique Renner
Raimundo César de Oliveira Mattos
Regina Pentagna Petrillo
Roberta Silva Ramires
Rodrigo Perez Oliveira
Rogério da Silva Tjader
Rogério Tabet de Almeida
Solange Ferreira de Moura
Theresa Calvet de Magalhães
Umberto Vincenti (Itália)

Editar
Juiz de Fora-MG
2012

**Presidente da Fundação Dom André Arcoverde**
Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

**Vice-presidente da Fundação Dom André Arcoverde**
Antônio Carlos Dahbar Arbex

**Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde**
Prof. Miguel Augusto Pellegrini

**Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença**
Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

**Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença**
Prof. Ms. Marcelo Gomes da Rosa

**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. Ms. 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. Ms. José Rogério Moura de Almeida Neto
Prof. Ms. Marcelo Gomes da Rosa
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 Belloso 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. Antonio Celso Alves Pereira
Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

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

Publicação anual

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.
ISSN: 1518-8167

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

CDU: 34(81)(05)

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

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

# Coordenação Geral da obra

**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.

**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

**Aline Vaz dos Reis**

Bacharelanda da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

**Ana Paula Teixeira Delgado**

Doutoranda 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.

**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 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.

**Bruno Amaro Lacerda**

Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

**Carlos Eduardo A. Japiassú**

Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1992), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997), doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002) e fez estágio pós-doutoral na University of Warwick (2009). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro e professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É professor da Universidade Estácio de Sá-RJ. É professor conferencista do Curso de Master Droit de lExécution de Peines et Droit de lHommes, organizado pelas Universidades de Bordeaux IV, de Pau et des Pays de lAdour e École Nationale de Administration Penitentiaire

(ENAP), em Agen, na França. É professor convidado da Loyola University, de Nova Orleans, Estado Unidos. É Secretário Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Penal (AIDP), Presidente do Grupo Brasileiro da AIDP e membro do Conselho Diretor do Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC), em Siracusa/ Itália. Foi Conselheiro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), vinculado ao Ministério da Justiça (2008-2012), e prestou consultoria técnica ao Fundo Monetário Internacional (FMI) em matéria de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (2006).

**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.



**Cíntia Valéria Galdino**

Mestre em Ciências (UERJ); Profa. do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

**Daniele de Oliveira Pereira**

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

**Diego J. Bercholc (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_bercholc@hotmail.com.ar

**Dora Resende Alves (Portugal)**

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

**Edna Raquel Hogemann**

Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (1977); bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999); pós-graduação *lato sensu* em Bioética pela Red Bioética UNESCO (2010); pós-graduação *lato-sensu*

em História do Direito Brasileiro pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2007); mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (2002) e doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF) (2006); pós-doutoranda no IUPERJ (2011). É professora adjunta e Coordenadora de Iniciação Científica e Pesquisa do Curso de Direito, na Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. Trabalhou como professora convidada no Programa de Pós-graduação em Ciências Ambientais, na Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ). É coordenadora do GT de História do Direito, no CONPEDI, além de pesquisadora junto à FAPERJ, em projetos de pesquisa sobre convivência familiar e comunitária com crianças/adolescentes acolhidos institucionalmente e em projeto de extensão universitária, em convênio com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Módulo Criança e Adolescente – MCA.

**Eduarda Cellis da Silva Campos**

Bolsista de Iniciação Científica (Programa de Instalação de Doutores/ PROPESQ) da UFJF.

**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.



**Faustino Martínez Martínez (Espanha)**

Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones; Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Ciudad Universitaria, s/n. MADRID 28040 Contato: fmartine@der.ucm.es

**Geovani Nunes Dornelas**

Mestre em Modelagem Matemática e Estatística Aplicada; Docente na Fundação Educacional Dom André Arco Verde, Centro Universitário Geraldo Di Biasi e Faculdade de Educação Tecnológica do Estado do Rio de Janeiro.

**Isabele Soares de Castro**

Formanda da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, no Curso de Direito, da turma de 2012. Contato: isabelecastro_direito@hotmail.com

**Jorge O. Bercholc (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: estudiobercholc@fibertel.com.ar

**José Luiz Quadros de Magalhães**

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

**José Maria Machado Gomes**

Economista com pós-doutorado em Administração Pública pela EBAPE-FGV/RJ e doutorado em Direito Econômico pela UGF; professor do Programa *Strictu Sensu* em Direito da UGF – Universidade Gama Filho; professor e Coordenador Acadêmico dos Programas Executivos da Pós-graduação do IBMEC/RJ. Contato: jomagomes63@gmail.com.

**Julio Cesar Ferreira Toledo**

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



**Key Cardoso Marciano**

Graduanda 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.

**Marcio Caldas de Oliveira**

Advogado Tributarista; mestre em Direito pela UGF. LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC/RJ; especialista em Direito Público pela ESA/RJ; professor e Coordenador Técnico dos Programas Executivos de Pós-graduação do IBMEC/RJ. Contato: marciocaldas.rj@gmail.com.

**Maria Manuela Magalhães Silva (Portugal)**

Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense – Infante D. Henrique.

**Solange Ferreira de Moura**

Doutoranda em Direito na UNESA/RJ; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas – Direção Nacional da Universidade Estácio de Sá.

**Rafael Henrique Renner**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito na UNISUAM.

**Rafael Henrique de Oliveira Liguori**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

**Raimundo César de Oliveira Mattos**

Possui doutorado em História Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e mestrado em História pela Universidade Severino Sombra (2003). Atualmente é professor titular do Centro de Ensino Superior de Valença, foi Coordenador do Centro de Documentação Histórica da mesma instituição até junho de 2009 e é professor docente I da Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro. Tem experiência na área de História, com ênfase em História Moderna, História Política, História das Religiões, Introdução à História e Metodologia da História, atuando principalmente nas seguintes áreas: Brasil Império, história da igreja e das religiões, religiosidade e regime militar. Na UERJ encontra-se vinculado ao Laboratório Redes de Poder e Relações Culturais.

**Regina Pentagna Petrillo**

Doutora em Teoria Literária pela UFRJ; professora de Teoria Literária e Literatura Brasileira e Comparada do CESVA/FAA.



**Roberta Silva Ramires**

Universidade Severino Sombra (Bacharel em Administração de Empresas).

**Rodrigo Perez Oliveira**

Mestre e Doutorando em História Social (PPGHIS/UFRJ); professor de Teoria da História e Historiografia Brasileira da Universidade Estácio de Sá.

**Rogério da Silva Tjader**

Possui graduação em Licenciatura Plena em História pela Fundação Educacional Dom andré Arcoverde (1973), graduação em licenciatura plena em Pedagogia pelo Fundação Educacional Rosemar Pimentel (1978) e especialização em Medotologia do Ensino Superior pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1981). Atualmente é professor titular do Fundação Educacional Dom André Arcoverde. Tem experiência na área de história, com ênfase em história moderna e contemporânea.

**Rogério Tabet de Almeida**

Aluno do Mestrado em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC. Contato: rogeriotabet@hotmail.com

**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.

**Umberto Vincenti (Itália)**

Laureato in Giurisprudenza nell'Università di Padova il 24 febbraio 1981. Ricercatore dal 1986, dottore di ricerca dal 1987, professore associato dal 1992, professore straordinario dal 1994, è dal 1997 professore ordinario di Istituzioni di diritto romano nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova. Dirige il Dipartimento di Storia e Filosofia del diritto. E' avvocato cassazionista."

# Sumário

Apresentação 17
**Antonio Celso Alves Pereira e Cleyson de Moraes Mello**

Prefácio 19
**José Rogério Moura de Almeida Filho**

O novo direito internacional 21
**Antonio Celso Alves Pereira**

A reflexão de Ricoeur sobre o justo 33
**Theresa Calvet de Magalhães**

A hermenêutica de Hans-Georg Gadamer 47
**Cleyson de Moraes Mello**

O direito fundamental à identidade pessoal e o estigma do abandono 55
**Edna Raquel Hogemann e Solange Ferreira de Moura**

O direito penal internacional e os crimes internacionais 69
**Carlos Eduardo A. Japiassú**

Itinerário da errância: a morte na obra cardosiana 91
**Regina Pentagna Petrillo**

A cultura política no oitocentos no Vale do Paraíba Fluminense – o caso de Manoel Antônio Esteves em Valença 99
**Raimundo César de Oliveira Mattos**

La singular respuesta del liberalismo hispánico 113
**Faustino Martínez Martínez**

Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales en la Argentina (1983-2011) 137
**Jorge O. Bercholc e Diego J. Bercholc**

Reflexões contemporâneas: corrupção 161
**José Luiz Quadros de Magalhães**

Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento 171
**Antônio Pereira Gaio Júnior**

A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno 179
**Maria Manuela Magalhães Silva**

Eficiência jurídica e econômica do estado: uma perspectiva sistêmica social 197
**Marcio Caldas de Oliveira e José Maria Machado Gomes**

A lei de defesa civil: algumas considerações 207
**Elida Séguin**

Justiça para os animais? Considerações a partir da ética de Ernst Tugendhat 231
**Bruno Amaro Lacerda e Eduarda Cellis da Silva Campos**

Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios 239
**Ana Paula Teixeira Delgado**

Formação e evolução dos processos criminais havidos no Brasil português 255
**Rogerio da Silva Tjader**

A estrutura da União Europeia 269
**Dora Resende Alves**

La justice de Giotto 285
**Umberto Vincenti**

Análise sobre as internações por condições sensíveis à atenção básica no município de Valença/RJ 297
**Daniele de Oliveira Pereira; Julio Cesar Ferreira Toledo; Key Cardoso Marciano; Cíntia Valéria Galdino e Márcia Ribeiro Braz**

Entre os quadros familiares e as fileiras do Partido Conservador: uma breve análise dos primeiros escritos de Eduardo Prado (1879-1881) 309
**Rodrigo Perez Oliveira**

A hermenêutica-ontológica heideggeriana 333
**Rogério Tabet de Almeida**

A evolução da arrecadação de *royalties* do petróleo e seu impacto sobre o desenvolvimento econômico no município de Miguel Pereira/RJ 341
**Roberta Silva Ramires e Geovani Nunes Dornelas**

A dignidade da pessoa humana no direito comparado e na Constituição Federal de 1988 355
**Rafael Henrique de Oliveira Liguori**

Da Emenda Constitucional n. 66/2010 e a polêmica quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro 369
**Isabele Soares de Castro**

Relações de trabalho '*versus*' relações de consumo e a competência da Justiça do Trabalho à luz da EC nº 45/2004 385
**Aline Vaz dos Reis**

Obsolescência programada e consumo sustentável: algumas notas sobre um importante debate 405
**Rafael Henrique Renner**

# Apresentação

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2012, 45 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 2012.

**Antonio 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 9 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 Enfermagem 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 2012.

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

# O novo direito internacional[1]

**Antonio Celso Alves Pereira**[2]

## – I –

Como tantos outros componentes da diáspora mineira, que deixou sua vila colonial, seus montes e suas montanhas e tomou o caminho do mar, para, no Rio de Janeiro, nesta cidade de sempre magnânima acolhida, que sintetiza o Brasil em todos os seus elementos formadores, sou um desses que para aqui se dirigiram em busca da realização dos seus sonhos e de suas escolhas de vida, enfim, cumprir os desígnios do destino. Na presente cerimônia, senhoras e senhores, graças à generosidade dos ilustres membros do Colégio Acadêmico, que me elegeram para ocupar a cadeira número 21, ingresso na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, instituição que se constitui na mais alta expressão da cultura jurídica do nosso País, feliz por estar concretizando uma das minhas mais acalentadas esperanças e uma das melhores distinções que o destino me reservou. Esta é também uma ocasião especial para manifestar meu preito de gratidão e saudade a um dos grandes nomes desta Academia, o notável jurista, escritor e ministro do Supremo Tribunal Federal, Oscar Dias Correia, mestre e fraterno amigo, que me estendeu a mão quando cheguei ao Rio de Janeiro e de quem fui, com muito orgulho, por mais de 20 anos, assistente e discípulo. Quero, também, deixar expresso os meus mais sinceros agradecimentos aos queridos amigos e agora confrades Ricardo César Pereira Lira, Antônio Augusto Cançado Trindade, Roberto Rosas, Gustavo Tepedino e ao presidente Francisco Amaral, dos quais, desde a primeira hora, recebi o fundamental apoio para apresentar minha postulação ao Colégio Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Honra-me, sobremaneira, ao empossar-me na Cadeira 21, em sucessão ao eminente acadêmico professor doutor Geraldo de Camargo Vidigal o fato de ser saudado, em nome do Colégio Acadêmico, pelo professor doutor Antônio Augusto Cançado Trindade, jusinternacionalista que, por sua obra doutrinária original e avançadíssima, que abarca todos os institutos do Direito Internacional, respeitada e admirada em todo o mundo, e, da mesma forma, por sua produção jurisprudencial pioneira, corajosa, podemos dizer revolucionária, e de enorme repercussão internacional, se destaca como um dos mais importantes construtores do direito internacional contemporâneo. Antônio Augusto Cançado Trindade é professor titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco e, no exterior, conferencista e professor visitante nas principais

[1] O presente texto reproduz o discurso que o autor proferiu ao se empossar na Cadeira 21 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

[2] Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de Valença e dos Programas de Pós-graduação em Direito das Universidades Gama Filho e do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

instituições acadêmicas do mundo. Faço questão de destacar o Curso Geral que ministrou na Academia de Direito Internacional da Haia, em 2005, que tive o prazer de assistir, sob o título *International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium,* volume 317 do *Recueil*, (dois volumes). Antônio Augusto Cançado Trindade foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre 1994 e 2008. Sua atuação nesse Tribunal, do qual foi presidente entre 1999 e 2004, foi memorável e fundamental para a construção, a consolidação e a efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.[3] Eleito, de forma consagradora, em 2008, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, juiz do mais alto tribunal do mundo – a Corte Internacional de Justiça –, Antônio Augusto Cançado Trindade, a exemplo de sua atuação na Corte Interamericana, prossegue revolucionando o direito internacional por meio de corajosos e substanciosos votos, trazendo novos ares à velha Corte, tradicionalmente acomodada e conservadora.

A Cadeira 21, que passo agora a ocupar, tem como patrono e seu primeiro ocupante o notável advogado, jurista e professor emérito da USP, Antônio Ferreira Cesarino Júnior, nascido em Campinas, Estado de São Paulo, em 1906. Bacharel em Direito da turma de 1928 da tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, aos 22 anos, um ano após sua formatura, pela via do concurso público, foi nomeado professor de História Universal do Ginásio Estadual de sua cidade natal. Transferido posteriormente para o Ginásio Estadual da capital paulista, Cesarino Junior, em 1934, defendeu sua tese de doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito em que se formou, instituição que, naquela altura, passava a integrar a recém-criada Universidade do Estado de São Paulo. Cesarino Junior, em 1938, com a tese "Natureza Jurídica do Contrato Individual de Trabalho", foi aprovado no concurso para o provimento da cátedra de Legislação Social da Universidade de São Paulo. Durante 40 anos, com dedicação e brilhantismo, ensinou nas Arcadas. Suas contribuições para o ensino, a pesquisa e a difusão do Direito do Trabalho em nosso País, são inquestionáveis. Sua intensa vida intelectual foi marcada pela permanente preocupação com as questões sociais e a situação do trabalhador brasileiro. Em 1960, voluntariamente engajado no Programa UNITRA – Universidade para o Trabalhador – que ele fundou, percorreu o interior de São Paulo ministrando cursos para trabalhadores em seus sindicatos. Em 1960, submeteu-se e foi aprovado em novo concurso público, desta feita para a cátedra de Instituições de Direito Social na Faculdade



[3] Para um melhor conhecimento da contribuição jurisprudencial de Antônio Augusto Cançado Trindade para a construção do direito internacional dos direitos humanos, consultar, de sua autoria, *El Ejercicio de la función judicial internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011 e, da mesma forma, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006).* México: Editorial Porrúa, 2007. Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver: Cançado Trindade, A. A. e Ventura Robles, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* 3ª edição. San José, C.R: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2005.

de Ciências Econômicas da USP, tendo sido nomeado catedrático dessa instituição e lecionado até sua aposentadoria compulsória.

É interessante salientar que suas aptidões científicas levaram-no à Faculdade Paulista de Medicina, na qual se formou médico, em 1952, sem prejuízo de suas atividades como jurisconsulto e professor de direito. Por outro lado, sua preocupação com a ética e o exercício da atividade política voltada ao bem comum, levaram-no a fundar, em São Paulo, em 9 de julho de 1945, com Alceu Amoroso Lima e outros, o Partido Democrata Cristão, agremiação política inspirada ideologicamente nos princípios da democracia cristã europeia. O PDC, com majoritária expressão em São Paulo – pertenceram aos seus quadros André Franco Montoro, Janio Quadros e Carvalho Pinto –, se apresentava ao eleitorado brasileiro como uma Terceira Via à polarização entre PSD/PTB de um lado e os liberais da UDN de outro, foi extinto pelo Regime Militar de 1964, por meio do Ato Institucional Número Dois – o AI-2, de 27 de outubro de 1965. Foram intensas as atividades internacionais do professor Cesarino Júnior. Representou o Brasil por três mandatos na Organização Internacional do Trabalho e fundou, com seus colegas europeus, em 1958, em Bruxelas, durante o Segundo Congresso Mundial de Direito do Trabalho, a *Societé Internationale de Droit de Travail et de la Sécurité Sociale*, com sede em Genebra, entidade que é representada no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, organização que foi fundada pelo ilustre patrono da Cadeira 21 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, com o nome de Instituto de Direito Social, em São Paulo, em 1939.



Antônio Ferreira Cesarino Júnior, jurisconsulto, notável professor, médico, autor de 27 livros de inegável importância científica e cultural, faleceu aos 86 anos, em 1992. Uma vida voltada ao direito, à justiça e à defesa intransigente da liberdade e da dignidade do trabalhador brasileiro.

Como já me referi anteriormente, assumo a Cadeira 21 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas em sucessão ao ilustre acadêmico, Geraldo de Camargo Vidigal, outro notável professor titular da USP, pracinha, advogado militante, poeta, memorialista, enfim, escritor primoroso e jurisconsulto de grande prestígio na comunidade acadêmica e nos meios jurídicos do Brasil. Em 23 de junho de 1976, prestou concurso e foi aprovado para professor titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, cargo em que tomou posse em 12 de agosto de 1976. Legou-nos uma obra, em sua expressão jurídica, pioneira e sumamente importante no campo dos estudos e da pesquisa em direito econômico e financeiro e, sob o prisma literário, um conjunto de livros compreendendo poemas, contos, literatura infantil, memórias e biografias, obras de inegável qualidade literária e de reconhecida importância cultural. Em 1974, foi eleito para a Academia Paulista de Letras. A trajetória de vida de Geraldo de Camargo Vidigal, plena de episódios romanescos e edificantes, marcada pelo desprendimento e por atos de coragem e de amor à liberdade, constitui um exemplo que deve ser sempre apontado à juventude brasileira.

Geraldo de Camargo Vidigal nasceu em São Paulo em 18 de novembro de 1921. Era o mais velho de uma família de 12 irmãos. Seguindo a tradição familiar – pertencia à terceira das cinco gerações de advogados da família formados nas Arcadas – matriculou-se na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na turma que se formaria em 1945. Militante da liberdade, participou da resistência acadêmica à ditadura Vargas, ousadia que quase lhe custara a vida. Oito acadêmicos de direito da USP estavam entre os 25 mil pracinhas que formaram a Força Expedicionária Brasileira, em 1944, para lutar contra o nazifacismo na Segunda Guerra Mundial. Dentre estes, estava Geraldo de Camargo Vidigal. Segundo a Assessoria de Comunicação da OAB - Seção de São Paulo, em comunicado do dia 30 de agosto de 2010 sobre o falecimento do acadêmico Geraldo de Camargo Vidigal, a sua convocação para a guerra se dera como castigo por sua participação na luta contra a ditadura Vargas. Antes de embarcar, o pracinha Vidigal foi se fortalecer em Caxambu, onde conheceu a jovem Elsie, filha do general Edgar Facó, amigo de Vargas. Durante a guerra, os dois jovens trocaram cartas. Segundo a *Folha de São Paulo,* edição de 3 de setembro de 2010, quando o pai de Geraldo Vidigal tomou conhecimento de que seu filho estava desarmando minas terrestres no teatro de operações na Itália, concluiu que ele não sobreviveria. Juntou os poemas que ele escrevera até a partida para a guerra e, com o prefácio de Mario de Andrade, os publicou sob o título *Predestinação*. O pracinha Vidigal sobreviveu heroicamente, voltou ao Brasil, concluiu o curso de direito em 1946 e casou-se com a mineira Elsie, em 1947. Segundo ainda a Folha de São Paulo, Geraldo saiu da igreja discutindo com o sogro, que havia convidado Getúlio Vargas para cerimônia. Sua participação na Segunda Guerra Mundial está registrada em seu livro de memórias: *O aprendiz de liberdade: do centro XI de agosto à Segunda Guerra Mundial*. Em 1989, já viúvo e aposentado como professor da USP, casou-se com a escritora Mariazinha Congílio. Como poeta, Geraldo de Camargo Vidigal fez parte da chamada "Geração de 45", movimento literário, também nominado pós-modernista, que, seguindo as novas tendências artísticas e culturais do pós-guerra, que no Brasil decorreram da abertura no setor político, da morte de Mário de Andrade e da queda da ditadura Vargas, caracterizou-se pela oposição às inovações modernistas de 22.



Suas obras científicas, compreendendo mais de duas dezenas de livros, entre os quais destacamos a sua *Teoria geral do direito econômico*, os *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, este em coautoria com outro ilustre membro desta Academia, Ives Gandra da Silva Martins, em 5 volumes, expressam valiosíssima contribuição à bibliografia jurídica brasileira. Devo ainda assinalar que o professor Geraldo de Camargo Vidigal presidiu o Instituto dos Advogados de São Paulo e foi Conselheiro da seccional paulista da OAB e membro da Academia Lusíada de Ciências, Letras e Artes e da Academia Internacional de História e Literatura, ambas de Lisboa.

## – II –

Senhor presidente, prezados confrades, senhoras e senhores;

Sou professor e pesquisador de direito internacional e de relações internacionais há mais de 40 anos. Venho, portanto, acompanhando a evolução do direito internacional no correr desse tempo, sempre lendo em variados autores e ouvindo em comunicações apresentadas em seminários, congressos e em reuniões nacionais e internacionais, a alegação de que o direito internacional vive uma grave crise. Ainda bem que assim seja. Uma crise – diz Gianfranco Pasquino – é um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal, segundo o qual se desenvolvem as interações dentro de um sistema.[4]

Para Albert Einstein, a crise é uma benção para pessoas ou países. Aguça a criatividade e leva ao descobrimento das grandes estratégias. Diante disso, podemos dizer que o importante em relação a uma crise será entendê-la como um tempo de decisões, de construção do novo, isto é, de novos paradigmas que irão permitir a conceituação de uma fase da história da humanidade. E cada época da trajetória humana revela as conexões de natureza política, social, cultural, econômica e jurídica que estão a determiná-la. Vivemos, nestes primeiros tempos do Terceiro Milênio, dias conturbados, de grande instabilidade sistêmica, desarranjos que são derivados das incertezas da economia globalizada, da falácia de que tudo depende dos humores do mercado e, principalmente, da inexistência de lideranças mundiais com força moral e política para reorganizar o sistema internacional que está indeterminado desde o colapso da União Soviética. Faltam-nos estadistas. A grande República Imperial dos Estados Unidos da América, como a chamou Raymond Aron, desafiada pelo terrorismo internacional, vive a sua maior crise econômica desde a Grande Depressão, a Europa, amedrontada pelo poder de uma Alemanha novamente forte e impositiva, perdeu o rumo que lideranças do porte de Robert Schuman, Konrad Adenauer, Jean Monnet e Alcides de Gasperi, entre outros, lhe haviam traçado no pós-guerra, está de ponta-cabeça, como diz uma velha canção infantil inglesa, que o general britânico Lord Cornwallis mandou sua banda militar executar no instante em que, perplexo e melancólico, rendia-se a George Washington em Yorktow. Nos primeiros anos após a Primeira Guerra Mundial, em 1921, o grande poeta irlandês William Butler Yeats, inspirado em sua própria teoria da história, publicou um belo e expressivo poema *The Second Coming – A Segunda Vinda*, denunciando a desintegração daqueles tempos, marcados pela violência e pela destruição dos antigos valores, versos que podem muito bem exprimir os temores e ansiedades da nossa época:



[4] PASQUINO, Gianfranco. *Crise. In:* BOBBIO, Norberto, et alii. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira *et ali.* Brasília: Editora da UnB, 1986, p.

Rodando em giro cada vez mais largo,
O falcão não escuta ao falcoeiro;
Tudo esboroa, o centro não se segura
(...) Os melhores vacilam, e os piores
Andam cheios de irada intensidade.

Fixando-me nesse quadro, acredito que devemos compreender a peculiar situação contemporânea atentando para o fato de que vivemos hoje o que Giacomo Marramao, em seu livro *Poder e secularização,* chama de "proliferação dos tempos", situação da qual resulta uma multidimensionalidade do tempo e da cultura contemporânea. Há, diz o autor, o fato de que "nos damos conta das diversas concepções históricas do tempo e do significado ambíguo da época moderna, precisamente quando esta, sob o impulso de sua própria dinâmica, fragmenta-se e se desfaz numa multiplicidade de tempos diversos." Assim, "num possível elenco podem constar não só o tempo físico como o cultural, o econômico, o psicológico e o biológico. Anteriormente o tempo tinha de ser necessariamente distinto para o crente e o cético, para o senhor e para o criado, para o burguês e para o lavrador." Entretanto, a situação torna-se complicada em razão da combinação dos tempos artificiais produzidos pela tecnologia com os ritmos de vida das pessoas. Desde modo, a produção industrial quebrou a percepção das estações e o ritmo do ano. Tempos vários, conclui Marramao, os de hoje, que povoam um mundo cada vez mais incoerente. Apontar a aceleração do tempo histórico é um exercício que virou lugar comum. Apesar disso, não se pode deixar de assinalar a importância das tecnologias da informação, o papel da Internet e das redes sociais na consolidação de uma sociedade civil internacional. Esta, organizada em forma de Organizações Não Governamentais, as populares Ongs, em nome de uma ordem pública mundial, em defesa dos interesses maiores do gênero humano, desafia o Estado, exercendo, hoje, inquestionável influência na criação de normas internacionais, principalmente daquelas voltadas à proteção ambiental, ao desarmamento e aos direitos humanos.



Voltando à propalada crise do direito internacional, vale a pena lembrar que, desde o início da Era Moderna, em todas as fases da história da humanidade em que ocorreram grandes rupturas, a solução para a construção do novo, para encontrar um novo marco de equilíbrio internacional, os homens e as forças que lideravam o processo de reorganização do sistema e da sociedade internacional recorreram aos mecanismos do direito internacional, ou seja, a um dos mais antigos e eficientes meios de solução das grandes crises internacionais: a negociação político-diplomática por meio da convocação de grandes congressos e conferências mundiais. Assim se deu quando do fim das guerras religiosas, em 1648, com o Congresso de Vestfália, que traçou os rumos da Europa até a Revolução Francesa; em 1815, com o Congresso de Viena, que reorganizou a mesma Europa após a derrota de Napoleão; em 1874/75 com o Congresso de Berlin no qual as potências coloniais, ávidas por territórios, realizaram nova

partição colonial para saciar a vontade de expansão do recém-criado Império Alemão; em 1919, com o Tratado de Versalhes e os 14 Pontos para a Paz do presidente Wilson, a tentativa de reorganizar a Europa que, após a derrota da Alemanha e o fim dos impérios austro-húngaro e otomano, se transformara, no dizer de Adriano Moreira, "num cemitério de tradições imperiais"; em 1945, dois meses antes de terminar a Segunda Guerra Mundial no teatro de operações da Europa com a Conferência de Ialta, que estabeleceu condomínio do mundo entre os Estados Unidos e a então União Soviética até a extinção desta e, no mesmo ano, a Conferência de São Francisco, que criou as Nações Unidas. Deu-se em 1991 o fim da União Soviética e do sistema bipolar de poder, um dos mais significativos acontecimentos históricos do século XX. Contudo, propositalmente, os Estados Unidos não capitanearam a reorganização do sistema com o evidente intuito de impor, sem sucesso, diga-se de passagem, uma *pax americana ao mundo*. Jamais aceitaram a convocação de um necessário grande congresso internacional, que poderia se realizar sob os auspícios da ONU, para estabelecer as linhas de um novo sistema internacional. Daí a forma difusa, a instabilidade e as incertezas da vida política internacional na contemporaneidade.

O processo de democratização do direito internacional, iniciado no pós-guerra com a criação das Nações Unidas e a aprovação pela Assembleia Geral da Resolução nº 1.514, em 14 de dezembro de 1960, conformando a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, pôs em marcha, com sucesso, a descolonização dos anos 60 e 70. Os até então chamados "povos mudos do mundo", as populações das antigas e exploradas possessões ultramarinas, fizeram ecoar seu grito vigoroso de liberdade, de reconhecimento de suas identidades étnico-culturais, rompendo o silêncio que, secularmente, lhes havia sido imposto pelos impérios coloniais. Daí em diante, a descolonização entrou em irreversível ritmo que culminaria na independência de dezenas de nações da África e da Ásia. Com o ingresso desses novos Estados na ONU, o direito internacional incorporou novos valores culturais e uma nova cosmovisão, fatos que propiciaram a aceleração do processo de sua democratização e universalização, mudanças que, até então, caminhavam lentamente desde a segunda metade do século dezenove. Passava à história, de forma definitiva, o sistema internacional eurocêntrico**,** o chamado *Euromundo*, criado a partir da grande crise vivida pelo Ocidente europeu em consequência da Reforma, das guerras religiosas e do advento do capitalismo moderno. Os desdobramentos dessa crise levaram à constituição do moderno sistema europeu de Estados, cujos alicerces jurídicos assentavam-se nos Tratados de Vestfália, que encerraram a Guerra dos Trinta Anos, em 1648. Desse contexto nascera um direito internacional exclusivista, voltado unicamente para a coexistência dos seus únicos sujeitos, ou seja, os Estados cristãos europeus, que se autodeclaravam "civilizados" e que fundamentavam suas relações mútuas no conceito de soberania territorial consagrado pelos publicistas franceses, especialmente Bodin, e em conceitos teológicos secularizados, como diria Carl Schmitt. Era um direito racista, que legalizava tratados desiguais e interesses e privilégios regionais,

portanto, sem qualquer resquício de universalidade, completamente estranho ao ideário dos chamados fundadores do direito internacional, como Francisco de Vitória, que concebia o direito internacional como um *corpus juris* de abrangência universal destinado a reger as relações de uma comunidade universal – *totus orbis* –, isto é, uma sociedade natural entre todos os povos. O direito internacional criado pelos Estados mercantilistas europeus consagrava, como uma das formas de solução de controvérsias internacionais, o *jus ad bellum,* o direito à guerra. Nos séculos seguintes, o direito internacional moderno receberia influências da Revolução Francesa, das mudanças sociais, científicas e tecnológicas decorrentes da Revolução Industrial e, no século dezenove, dos aportes ideológicos oriundos do imperialismo, do movimento nacionalista e da teoria hegeliana da história. Entretanto, devemos destacar que será nesse mesmo século dezenove, que se dará a expansão positivista e o início do processo de mudanças do chamado "direito internacional clássico", entre outras, com a celebração da Primeira Convenção de Genebra, em 1864, e das Convenções da Haia, de 1899, documentos que se constituiriam no ponto de partida para a construção do direito internacional humanitário ou direito dos conflitos armados, o *jus in bello.*

A Carta das Nações Unidas propiciou o surgimento de um novo direito internacional, cujas características estão consubstanciadas, entre outros fatores, na emergência dos direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, do veto à guerra como meio de solução dos conflitos entre Estados e, como já foi dito, na democratização desse direito com a inclusão dos novos sujeitos na ordem pública internacional, ou seja, os organismos internacionais e o ser humano. A mudança foi radical. O direito internacional clássico tinha como objeto a coexistência entre seus únicos sujeitos, os Estados, a legalização do direito de conquista e de ocupação de territórios e, da mesma forma, a validade de tratados desiguais por meio de procedimentos formais, e entre outros princípios, anulava o ser humano em contraposição ao Estado. Com a consagração do homem como sujeito de direito internacional e o reconhecimento de que o indivíduo é a finalidade última do direito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a humanização do direito internacional tornou-se realidade objetiva, em grande parte, devido à ação do extenso *corpus juris*, que hoje compreende mais de uma centena de tratados e convenções versando sobre a proteção e os mecanismos de supervisão e controle dos direitos humanos, na esfera interna do Estado, com a finalidade de assegurar uma mais eficaz proteção internacional dos direitos do homem. Em razão disso, para corresponder às exigências de um mundo em crise e em contínuo processo de transformações, o direito internacional contemporâneo voltou-se para a regência de todas as atividades humanas. Desenvolvimento econômico, científico e tecnológico, crescimento demográfico, preservação ecológica, questões climáticas, aproveitamento equitativo dos recursos marinhos, políticas de saúde, imigração, controle de armamentos, transportes, tudo, enfim, paz, segurança, desenvolvimento sustentável e direitos humanos, até o tabagismo, gravitam na órbita do novíssimo direito internacional, que deve ser alicerçado na

cooperação e na solidariedade e não mais na simples coexistência estatal. Em sua magistral obra *O direito internacional em um mundo em transformação*, Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece o sentido exato dessas mudanças:

> (...) "A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando por fundamento conceitual cânones inteiramente distintos dos do ordenamento meramente interestatal, como o são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção. Por conseguinte, têm-se afirmado, com crescente vigor, os direitos humanos universais. Os próprios Estados pareceram dar-se conta, sobretudo ante as catástrofes do século XX, de que *necessitavam* uma verdadeira comunidade internacional, fundamentada na solidariedade e não mais nas soberanias excludentes."[5]

Sob esse prisma, vale assinalar que, hoje, para assegurar ao indivíduo a reparação de direitos assegurados nos tratados e nas convenções internacionais, mais de uma centena de magistrados internacionais prestam assistência jurisdicional em um conjunto de tribunais com competência contenciosa e consultiva para conhecer de assuntos que vão da violação de direitos humanos, passando pelas questões relativas ao mar, às matérias que estão sob a jurisdição penal internacional, e aos problemas pertinentes à administração das organizações internacionais e supranacionais, além, evidentemente, da Corte Internacional de Justiça voltada aos litígios entre os Estados.



Em instigante texto sobre a soberania no mundo moderno, Luigi Ferrajoli[6] afirma que o direito moderno "é como o querem e o constroem os homens, com suas reivindicações e suas lutas, inclusive com a elaboração dos filósofos e dos juristas. Pelo bem ou pelo mal, o Estado moderno, inclusive aquele sistema complexo de garantias que com todos os seus limites é o Estado Democrático de Direito, tem sido também produto da filosofia política e da cultura jurídica. Portanto, 'como é' e o 'como será' o direito – até o direito internacional – dependem em parte também de nós, enquanto pessoas e enquanto filósofos e juristas". Assim, posso afirmar que um dos principais encargos ao qual o jusinternacionalista contemporâneo deve se atribuir será emprestar sua colaboração doutrinária, empreender ações na academia, na advocacia, no Ministério Público e nos tribunais internos e internacionais para consolidar o novo direito internacional em bases realmente humanas, instrumentalizado para enfrentar os desafios contemporâneos, efetivo

[5] Cançado Trindade, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, 1.163 pp., especialmente pp. 1.076/1.077. Ver também, do autor, o ensaio *A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. In:* Os novos conceitos do novo direito internacional – Cidadania, democracia e direitos humanos. Danielle Annoni – Organizadora. Rio de Janeiro: América Jurídica Editora, 2002, pp. 1/32.

[6] FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58

nas garantias à dignidade intrínseca do ser humano e definido como quer Antônio Augusto Cançado Trindade, desde seu premiado doutoramento na Universidade de Cambridge, um "*direito comum da humanidade*", ou seja, um novo *jus gentium*¸ cujas bases devem estar firmadas na concepção universalista e democrática, conforme o ideário dos chamados fundadores do direito internacional, especialmente, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili e Hugo Grotius, entre outros.

Nessa perspectiva, como afirma Antônio Augusto Cançado Trindade em seu discurso de posse nesta Academia com o título *A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como Direito Internacional da Humanidade,* pode-se argumentar que vivemos em uma sociedade completamente distinta daquela em que viveram os citados fundadores, entretanto, permanecem as mesmas aspirações humanas e a eterna busca pela realização da justiça.

## – III –

Senhor presidente, prezados acadêmicos, senhoras e senhores:

Antes de encerar estas palavras de agradecimento ao Colégio Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, como professor de direito internacional, não posso deixar de apontar a premente necessidade de reforma das Nações Unidas. Esta organização foi criada nos primeiros dias do pós-guerra, há precisamente 67 anos, em um contexto geopolítico, econômico, social, cultural e estratégico absolutamente diverso das realidades do tempo atual. Os problemas que afligem a humanidade são por demais graves e as soluções que exigem são inadiáveis. Nestes primeiros tempos do século XXI, os temas que ameaçam a paz e a segurança internacionais exigem tratamento global e a participação não só dos Estados, como de todos os outros atores políticos internacionais – empresas transnacionais, coletividades não estatais, grupos de interesse internacionais de toda a natureza, organizações não governamentais – e da comunidade mundial em suas soluções. Nenhum Estado, por mais rico e poderoso que seja, tem condições para, solitariamente, resolver tais problemas. Na medida em que o nosso planeta transformou-se numa "densa rede de dependência mútua",[7] somente uma instituição como as Nações Unidas, com a sua universalidade, uma vez dotada de instrumentos políticos, jurídicos, administrativos e financeiros adequados, poderá centralizar os esforços para a construção de um mundo menos violento e mais justo, com maiores oportunidades de desenvolvimento, de respeito aos direitos humanos e de paz. Lembrando que nenhum Estado fundador retirou-se da ONU, ao contrário do que acontecera com a antiga Liga das Nações, – o Brasil se retirou da Liga das Nações em 1926 - a Organização das Nações Unidas, "afirmou o seu caráter de indispensabilidade, pois as críticas que lhe são endereçadas objetivam



[7] BAUMAN, Zigmunt. *Europa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, pág. 46

sua reforma e não sua extinção".[8] Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas e suas Agências devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

Concluindo, exponho a minha convicção de que qualquer analista da situação internacional, ou estudioso da história contemporânea, e, da mesma forma, qualquer jurista comprometido com a proteção do ser humano contra o arbítrio e as discriminações de toda natureza, diante da realidade dos fatos, ou seja, da irreversível internacionalização de todas as atividades humanas, da interdependência e da complementaridade entre os Estados, chegará à conclusão de que fora do horizonte do direito internacional nenhum dos problemas que afligem a humanidade e dizem respeito ao seu futuro terá solução e, no mesmo sentido, nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado.



[8] SEITENFUS, Ricardo. *As organizações internacionais frente ao direito e ao poder. In*: O direito internacional e o direito brasileiro. Wagner Meneses, organizador. Ijui: Editora Unijui, 2004, p. 144.

# A reflexão de Ricoeur sobre o justo[1]

**Theresa Calvet de Magalhães[2]**

**Resumo**

Do *lugar filosófico* do justo à *prática* da justiça (à prática *judiciária*), caracterizada por suas *ocasiões* (as circunstâncias ou ocasiões da justiça, isto é, as situações de conflito às quais o direito dá a forma do *processo*), por suas *vias* e *meios* (os canais no plano institucional ou os canais da justiça; ou seja, o próprio aparelho judiciário que compreende não apenas um *corpo de leis escritas*, mas *tribunais* ou cortes de justiça, investidos da função de dizer o direito, *juízes*, isto é, pessoas reputadas independentes e encarregadas de pronunciar a sentença justa numa circunstância particular, e ainda o *monopólio da coerção*, a saber: o poder de impor uma decisão de justiça pelo uso da força pública), e por seu *modo de argumentação*: eis o percurso desta breve exposição.

**Palavras-chave:** Ética. Moral. Justiça.

**Résumé**

Du *lieu philosophique* du juste à la *pratique* de la justice (à la pratique *judiciaire*), caractérisée par les *occasions* (les circonstances ) de la justice (c'est-à-dire les situations auxquelles le droit donne la forme du *procès*), par les *voies* et *moyens* de la justice (les canaux au plan institutionnel, c'est-à dire l'appareil judiciaire lui-même comprenant non seulement un *corps de lois écrites*, mais aussi des *tribunaux* ou des cours de justice, investis de la fonction de dire le droit, des *juges,* c'est-à-dire des individus réputés indépendants et chargés de prononcer la sentence juste dans une circonstance particulière, et le *monopole de la coercition*, autrement dit, le pouvoir d'imposer une décision de la justice par l'emploi de la force publique), et par les arguments au niveau du *discours de la justice*: voici le parcours de cet exposé.

**Mots-clef**: Éthique. Morale. Justice.



Em 1990, em *Soi-même comme un autre*[3], Ricoeur já tinha delimitado o lugar *filosófico* do justo ao justificar as três teses seguintes no que chamou, com ironia e modéstia (falsa modéstia ou não), de sua "pequena ética":

---

[1] Conferência apresentada no Seminário *Direito e ética*, promovido pelo *Centro Acadêmico Afonso Pena* da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte, a 17 de novembro de 1999. A primeira versão deste texto foi publicada, em Belo Horizonte, na Revista *Síntes*e, vol. 29, n. 93 (2002), pp. 103-115.

[2] *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.

[3] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre.* Paris: Seuil, 1990, pp. 200-201; ver também P. Ricoeur, *Éthique et morale* (1990), in *Lectures 1. Autour du politique.* Paris: Seuil, 1991, pp. 256-269.

> "1) A prioridade da ética sobre a moral, isto é, a prioridade da *visada da vida boa, com e para os outros, em instituições justas*, sobre a norma moral;
> 2) A necessidade, no entanto, para a visada ética de passar pelo crivo da norma moral; essa passagem da ética à moral, com seus imperativos e suas interdições, é por assim dizer exigida pela própria ética, na medida em que o desejo da vida boa encontra a *violência* sob todas as suas formas; e
> 3) A legitimidade de um recurso da norma moral à visada ética quando a norma conduz a *conflitos* para os quais não há outra saída a não ser a de uma *sabedoria prática*, à criação de decisões novas frente a casos difíceis: os *hard cases* do direito, da medicina ou da vida cotidiana."

Toda a exposição desta "pequena ética" apoia-se sobre uma distinção entre *ética* e *moral* que nada, insiste sempre Ricoeur, nem na etimologia nem na história do uso destes termos, autoriza. O termo *ética* vem do grego ["*ethos* é uma transliteração dos dois vocábulos gregos *ethos* (com *eta* inicial) e *ethos* (com *épsilon* inicial)"][4], o termo *moral* vem do latim (Cícero) e ambos remetem à ideia de *costumes* (*mores*, o *ethos* na sua realidade histórico-social). Mas haveria uma nuança: ou a ênfase é dada ao que é *estimado bom* ou ao que *se impõe* como *obrigatório*. Isso permite a Ricoeur reservar, mas apenas por convenção, o termo *ética* "para a visada de uma vida realizada sob o signo das ações estimadas boas", e o termo *moral* "para o lado obrigatório, marcado por normas, obrigações, interdições caracterizadas ao mesmo tempo por uma exigência de universalidade e por um efeito de coerção".[5] Nessa distinção entre *visada da vida boa* (visada ética) e *obediência às normas* (à norma moral), dizia Ricoeur, podemos facilmente reconhecer "a distinção entre duas heranças", a herança *aristotélica* – "a ética é caracterizada pela sua perspectiva *teleológica* (de *telos*, que significa fim)" – e a herança *kantiana* – "a moral é definida pelo caráter de obrigação da norma e, portanto, por um ponto de vista *deontológico* (deontológico significando precisamente "dever").[6] Atento aos textos fundadores dessas duas tradições – a *Ética a Nicomaco*, a *Fundação para a metafísica dos costumes* (1783)[7] e a *Crítica da razão prática* (1788) –, mas sem a necessidade de



[4] H. C. de Lima Vaz, *Escritos de filosofia II. Ética e cultura.* São Paulo: Loyola, 1988, p. 12.

[5] P. Ricoeur, "Éthique et morale" (1990), in: *Lectures 1. Autour du politique*, p. 256.

[6] Ibidem. Essa oposição entre uma abordagem teleológica e uma abordagem deontológica não resume, no entanto, a contribuição de Ricoeur à discussão do problema moral. Os estudos VII e VIII de *Soi-même comme un autre*, que tratam dos dois níveis do juízo moral regidos pelos predicados do bom e do obrigatório, constituem apenas exercícios preparatórios ao confronto com as situações que estão ligadas, segundo ele, ao *trágico da ação* (ilustrado pela *Antígona* de Sófocles). O nono estudo (o estudo mais importante) tem justamente por objetivo explicitar a estrutura do juízo moral em situação singular.

[7] I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*[1785]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Fondation de la metaphysique des moeurs*, in E. Kant, *Métaphysique des Moeurs I* – Fondation de la métaphysique des moeurs. Introduction à la métaphysique des moeurs. Paris: Flammarion, 1994, pp. 49-155. Para a tradução de *Grundlegung* por "fundação" e não por "fundamento", ou por "fundamentos" como na tradução francesa de Victor Delbos, revista por Alexis Philonenko [*Fondements de la Métaphysique des Moeurs*. Paris: PUF, 1980], ver A. Renaut,

ser fiel à ortodoxia aristotélica ou kantiana, Ricoeur, ao defender em sua "pequena ética" as três teses acima mencionadas, estabelece uma relação de subordinação e de complementaridade entre essas duas heranças.[8]

## O lugar filosófico do justo

A arquitetura dos três estudos que compõem essa "pequena ética", em *Soi-même comme un autre* (ou seja, o sétimo estudo: "O si e a visada ética"; o oitavo estudo: "O si e a norma moral"; e o nono estudo: "O si e a sabedoria prática"), funda-se sobre o entrecruzamento de dois eixos, ou de dois percursos diferentes de leitura. O *lugar filosófico* do justo estaria situado no ponto de intersecção do eixo "horizontal", que é o da constituição *dialógica* da ipseidade[9], que Ricoeur opõe à simples *mesmidade*[10] para caracterizar a espécie de *identidade* que convém ao "si" (ao "soi"), e do eixo "vertical", o da constituição hierárquica dos *predicados* que determinam as "avaliações fortes" da ação humana (o predicado *bom* e o predicado *obrigatório*).

Ricoeur insiste em partir da noção de "vida boa" ou do que Aristóteles chamava de "viver-bem", e que podemos chamar também "verdadeira vida" – seja qual for a imagem que cada um se faz de uma vida plenamente realizada, esse coroamento seria o fim último de sua ação –, e ele acentua o modo gramatical dessa expressão tipicamente aristotélica. O modo gramatical da expressão "vida boa" é o do *optativo* e não ainda o do imperativo. No seu sentido mais forte, trata-se de uma *intenção* ou *desejo*: "Que eu possa, que tu possas... viver bem",



"Annexe méthodologique à l'usage des philosophes", *Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime*. Paris: Grasset & Fasquelle, 2004, pp. 264-265. Ver também a "Introdução" de Christine M. Korsgaard à tradução inglesa de Mary Gregor [*Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Presss, 1997], pp. vii- xxx.

[8] Para a clarificação de sua "pequena ética", ver o novo ensaio de P. Ricoeur, "De la morale à l'éthique et aux éthiques", *Un siècle de philosophie 1900-2000*. Paris: Gallimard / Centre Pompidou, 2000, pp. 103-120 (reproduzido em *Le Juste 2*, Paris: Esprit, 2001, pp. 55-68).

[9] A identidade no sentido de *ipse*, ou seja, como *ipseidade* (*ipséité*, *selfhood*, *Selbstheit*), não implica – é essa a tese de Ricoeur – nenhuma asserção quanto a um pretenso núcleo não mutável da personalidade, nem mesmo quando a ipseidade apresentaria modalidades próprias de identidade. A identidade-*ipse* colocaria em jogo a dialética do si e do outro que si mesmo. Enquanto permanecemos no círculo da identidade-mesmidade, a alteridade do outro que si mesmo não apresenta nada de original: "outro" figura aí na lista dos antônimos de "mesmo", ao lado de "contrário, distinto, diverso...". Isso não ocorre com o par *ipseidade-alteridade*: uma alteridade que não é (ou não é apenas) de comparação, uma alteridade que seria constitutiva da própria ipseidade. Ao "como" do título de sua obra, Ricoeur quer ligar a significação forte de uma *implicação* – e não apenas a significação de uma comparação (si mesmo semelhante a um outro) – *si mesmo enquanto ... outro* (P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, pp. 12-14).

[10] A identidade no sentido de *idem*, isto é, como *mesmidade* (*mêmeté*, *sameness*, *Gleichheit*), também desdobra uma hierarquia de significações, que são explicitadas, em *Soi-même comme un autre*, no quinto e no sexto estudos: "A identidade pessoal e a identidade narrativa", "O si e a identidade narrativa". O grau mais elevado dessa hierarquia é a *permanência no tempo*, a que se opõe o *diferente*, no sentido de *mutável* ou variável.

e antecipamos o preenchimento dessa intenção ou desejo de viver bem numa exclamação do tipo: "Feliz aquele que...!". Se a palavra "desejo" ou "intenção" não é suficientemente forte, dizia Ricoeur, ela pode ser substituída por *cuidado* (*cuidado de si*, *cuidado do outro*, *cuidado da instituição*).[11] A vida ética é, portanto, "o desejo de uma plena realização pessoal com e para os outros, sob a virtude da amizade, e, em relação com um terceiro, sob a virtude de justiça".[12] Segundo essa leitura, a justiça é parte integrante do desejo de viver bem: *o justo é primeiro objeto de desejo* e se enuncia num *optativo* antes de enunciar-se num imperativo.

[11] Ver P. Ricoeur, "Éthique et morale" (1990), in *Lectures 1. Autour du politique*, p. 257. A vantagem maior de partir da noção de "vida boa" seria, segundo Ricoeur, a de não fazer diretamente referência à *ipseidade* sob a figura da *estima de si*. O termo "si", que Ricoeur associa ao de "estima" no plano ético fundamental, não se confunde com o eu (*le moi*), ou seja, "com uma posição egológica que o encontro com o outro viria necessariamente subverter". O que é fundamentalmente estimável em si mesmo, dizia Ricoeur, é não apenas "a capacidade de escolher segundo razões, de preferir isto àquilo, ou seja, a capacidade de agir intencionalmente", mas também "a capacidade de *iniciativa*", ou seja, a *capacidade de começar* alguma coisa no mundo ou de introduzir mudanças no curso das coisas. A estima de si, nesse sentido, pode ser considerada como "o momento reflexivo da *praxis*: é ao apreciar nossas ações que nós nos apreciamos nós mesmos como sendo o autor dessas ações, ou seja, como não sendo simples forças da natureza ou meros instrumentos" (P. Ricoeur, *Éthique et morale*, 1990, p. 257). Mas a questão é, então, a de "saber se a mediação do outro não é exigida no trajeto que vai da capacidade à efetuação". O segundo componente da visada ética – a "solicitude" – desdobra a *dimensão dialogal implícita* da estima de si. E é aqui que se esclarece retrospectivamente o privilégio dado ao si sobre o eu. O *outro* é realmente solicitado por uma reflexão sobre a ação? O outro é realmente exigido no trajeto da *praxis*? Trata-se de uma questão muito importante para Ricoeur porque ela está ligada à possibilidade de uma teoria política e ao destino das teorias do direito natural: "Essa hipótese de um sujeito de direito constituído anteriormente a toda ligação societal só pode ser refutada se cortamos a sua raiz. Ora, a raiz é o desconhecimento do papel mediador do outro entre capacidade e efetuação". A *amizade* (ver aqui a referência a Aristóteles) pode, então, ser considerada como mediação entre a visada da "vida boa" (que se reflete na *estima de si*, virtude aparentemente solitária) e a *justiça*, "virtude de uma pluralidade humana de caráter político" (P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p. 213). A ideia de amizade, que é "o primeiro desdobramento do desejo de viver bem", leva paralelamente ao primeiro plano a problemática da *reciprocidade* (aparentemente, a reciprocidade só estaria completa na amizade, nessa relação *mútua* onde um estima o outro tanto quanto a si mesmo). Essa ideia do caráter mútuo da amizade tem, com efeito, "exigências próprias que nem uma gênese a partir do mesmo (...) nem uma gênese a partir do outro (...) conseguem eclipsar. Segundo a ideia de mutualidade, cada um ama o outro *enquanto o que ele é*". E é, portanto, já no plano ético, que a reciprocidade se impõe - esse "enquanto que" (enquanto o que o outro é) , constitutivo da mutualidade (P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p. 215). O que a amizade e a mutualidade acrescentam à *estima de si*? A amizade acrescenta à estima de si "a ideia de mutualidade na troca entre humanos que se estimam cada um a si mesmos"; e o corolário da mutualidade, ou seja, a igualdade, já coloca a amizade no caminho da justiça, "onde a partilha de vida entre um pequeníssimo número de pessoas cede o lugar a uma distribuição de partes em uma pluralidade na escala de uma comunidade política histórica" (P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p. 220). O viver-bem não se limita às relações interpessoais: ao analisar o terceiro componente da visada ética (a visada da vida boa em instituições justas), a investigação de Ricoeur trata justamente da *instituição* como ponto de aplicação da justiça e da igualdade como conteúdo ético do sentido da justiça.

[12] P. Ricoeur, *La critique et la conviction*. Entretien avec François Azouvi e Marc de Launay. Paris: Calmann-Lévy, 1995, p. 142.

Mas para marcar aqui o lugar onde a questão da justiça pode ser encontrada, é necessário, logo de início, fazer uma distinção entre duas acepções distintas da noção de *outro* ou de *outrem*. O primeiro outro é o outro das relações interpessoais, o "tu" (o "você", o "*toi*"), ou o outro portador de um rosto, e não se confunde com o outro que é o terceiro, sujeito da justiça. À *amizade* – e a referência aqui é mais uma vez a Aristóteles, aos Livros VIII e IX da *Ética a Nicômaco*, isto é, ao seu tratado da amizade (*philia*) – enquanto "virtude emblemática dessa relação imediata ou de proximidade ao outro", Ricoeur opõe a virtude de uma pluralidade humana de caráter político, a *justiça*. O *justo* é caracterizado primeiro como uma *figura do bom*: "é o bom com e para um outro, para um outro que (...) é o *socius* que encontro através das instituições; é o outro das instituições, e não o outro das relações interpessoais".[13] A virtude de justiça se estabelece sobre uma relação de *distância* em relação ao outro, tão originária quanto a relação de proximidade, uma relação ao outro que seria por assim dizer imediatamente mediatizada pela instituição. O outro, segundo a amizade, é o *toi*, o outro, segundo a justiça, é o *chacun*, o cada um, parte de um sistema de distribuição.

A virtude de justiça aplica-se, em primeiro lugar, às instituições e por *instituições*, Ricoeur entende, nesse primeiro nível de sua investigação, "todas as estruturas do viver-junto de uma comunidade histórica, irredutíveis às relações interpessoais e, no entanto, ligadas a elas em um sentido notável que a noção de distribuição permite esclarecer".[14] Cabe à justiça atribuir a cada um a sua parte. O "cada um" (o outro que é o terceiro) é, então, o destinatário de uma divisão justa.



Ricoeur já tinha encontrado esse *chacun* ("cada um") naquelas situações exemplares que provocaram sua indignação contra a injustiça quando era jovem: divisões desiguais que ele considerava como inaceitáveis; promessas não cumpridas que abalaram pela primeira vez a confiança inocente que depositava na palavra (dada) sobre a qual, era o que aprenderia mais tarde, se apoiam todas as trocas, todos os contratos, todos os pactos; e as punições que lhe pareciam sem proporção com a falta cometida ou os elogios que eram dados arbitrariamente, segundo ele, aos outros, ou seja, o caso de retribuições a seu ver não merecidas – "tantas circunstâncias institucionais, no sentido amplo do termo, onde a justiça se anuncia como distribuição justa". A *igualdade*, não importa a maneira como a modulamos, dizia Ricoeur, é no que diz respeito à vida das instituições, o que a amizade é para as relações interpessoais. Na medida em que o campo de aplicação da igualdade é a *polis*, a justiça acrescenta à amizade "a comunidade histórica regida pelo Estado e, idealmente, toda a humanidade".[15]

---

[13] Ibidem.

[14] P. Ricoeur, "Éthique et morale" (1990), in: *Lectures 1. Autour du politique*, p. 259; ver também P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p. 264 e p. 227.

[15] P. Ricoeur, "Le juste entre le légal et le bon" (1991), in: *Lectures 1. Autour du politique.* Paris: Seuil, 1991, p. 182, nota 3.

O caso das instituições judiciárias é, a esse respeito, particular, mas esse caso é justamente considerado por Ricoeur como sendo muito favorável a uma determinação mais exata do *cada um segundo a instituição*. Com a instituição do tribunal, dizia ele,

> "o processo confronta partes que são constituídas '*outras*' pelo procedimento judiciário; (...) a instituição encarna-se no personagem do juiz, que (...) é o operador da justa distância que o processo institui entre as partes. (...) Mas é unicamente na figura do juiz que a justiça se faz reconhecer como '*primeira virtude das instituições sociais*' [para usar aqui a expressão de John Rawls em *A Theory of Justice*, 1971]".[16]

Em *Soi-même comme un autre*, Ricoeur achou importante dar atenção ao estado inicial em que a justiça é ainda uma *virtude*, isso no trajeto do *desejo de uma vida boa* – o que, aliás, consiste em admitir que ela contribui a orientar a ação humana para uma plena realização, uma perfeição –, e onde o sentido do injusto precede, pela sua lucidez, os argumentos dos juristas e dos políticos.[17] Não poderíamos já discernir na *indignação*, pergunta Ricoeur, "uma espera [expectativa] precisa, a de um dizer [*parole*] que instauraria, entre os antagonistas, uma *justa distância* que colocaria fim a seu corpo a corpo [isto é, à violência]?" É nessa espera confusa de uma vitória da palavra sobre a violência que consiste, dizia ele, a intenção ético-moral da indignação.[18]



Se a transição ou passagem da visada ética à norma moral (a passagem da intenção ao imperativo, do desejo à interdição) é inevitável, é porque a ação implica uma *capacidade de fazer* que se realiza no plano interativo como *poder* exercido por um agente *sobre* um outro.

O que tem de ser acentuado é o fato de que ao agir alguém exerce um poder sobre um outro, ou seja, a interação não confronta simplesmente agentes igualmente capazes de iniciativas, mas agentes e pacientes. E é esse *poder sobre* (outrem) que oferece a ocasião permanente, insiste Ricoeur, da violência sob todas as suas formas: "desde a mentira (...) até à imposição de sofrimentos, culminando na imposição da morte violenta e na prática horrível da tortura, onde a vontade de humilhar excede a de fazer sofrer".[19] O juízo moral sobre a ação deve, então, acrescentar ao predicado *bom*, o predicado *obrigatório*, geralmente sob a figura negativa do proibido (por exemplo: "Não matarás").

Assim, é a violência – e é essa a tese de Ricoeur – que torna inevitável a passagem da ética à moral; não é o desejo, mas é a violência que nos força a conferir à moralidade o caráter da obrigação, seja sob a forma negativa da proibição, seja sob a forma positiva do mandamento. O que Ricoeur já tinha dito antes sobre

[16] P. Ricoeur, *Le Juste*. Paris: Esprit, 1995, p. 15.
[17] Ver P. Ricoeur, "Éthique et morale", in: *Lectures 1. Autour du politique,* p. 260.
[18] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 12.
[19] P. Ricoeur, *Le Juste*, pp. 18-19.

a indignação encontra aqui uma confirmação e legitimação: o que afinal causa nossa indignação, no caso de divisões, de trocas, ou de retribuições, senão o mal (o *dano*) que os homens causam uns aos outros por ocasião do *poder-sobre* que uma vontade exerce em relação a uma outra vontade?[20] Mas, se o fato da violência constitui a circunstância maior da passagem do ponto de vista teleológico ao ponto de vista deontológico, esse fato não pode ser considerado como argumento a favor do predicado do obrigatório.

O que faltava ainda à indignação para ela se igualar a um autêntico sentido da justiça? Segundo Ricoeur, não basta dizer que faltavam os critérios positivos do justo. É necessário identificar o obstáculo que impede a conquista do que ele chamou, como já vimos, a *justa distância* entre os antagonistas das divisões, das trocas e das retribuições que sua indignação denunciava como injustas. Esse obstáculo, dizia ele, "é o *desejo de vingança*, isto é, a pretensão de se fazer justiça por conta própria, mesmo que isso signifique acrescentar a violência à violência, o sofrimento ao sofrimento".[21] A grande conquista, aqui, consistiria em separar vingança e justiça: ao curto-circuito da vingança, a justiça substitui o pôr à distância os protagonistas. Ora, isso só é possível se entra em cena um *terceiro* que não seria um dos protagonistas.

Uma equação maior – a equação entre justiça e imparcialidade – pode ser agora proposta: *justa distância*, *mediação de um terceiro*, *imparcialidade* se enunciam como os grandes sinônimos do *sentido da justiça* sobre cujo caminho a indignação conduziu Ricoeur desde quando era muito jovem. É, portanto, sob a condição da imparcialidade que a indignação pode superar o desejo de vingança que incita a vítima a fazer justiça por conta própria.[22] Como Ricoeur já disse, ao mencionar a prática judiciária, é na figura do juiz que a justiça se faz reconhecer. Mas, o que liga a imparcialidade do julgamento (do juízo) e a independência do juiz, não é justamente a *referência à lei*? Já estaríamos aqui no centro do ponto de vista *deontológico*: o que na obrigação *obriga*, como todos sabem, é a reivindicação de *validade universal* ligada à ideia de lei.[23]

No oitavo estudo de *Soi-même comme un autre* – "O si e a norma moral" – Ricoeur procede ao desdobramento das significações implícitas a essa reivindicação de validade universal. Não retomo a argumentação de estilo kantiano que permitiu a Ricoeur, ao concentrar esse estudo sobre a ligação entre *obrigação* e *formalismo*, não denunciar apressadamente as fraquezas da moral do dever mas, ao contrário, dizer sua grandeza, pelo menos tão longe quanto o possa levar um discurso cuja estrutura tripartida duplica exatamente a da visada ética, e que coincide, essencialmente, com as três fórmulas do imperativo kantiano: universalização da máxima da ação, respeito da humanidade em minha pessoa e na de qualquer



[20] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 19.
[21] P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 12.
[22] Ibidem, pp. 12-13.
[23] Ibidem, p. 19.

outro, e instauração de um reino ou ordem dos fins.[24] Limito-me a explicitar, e muito rapidamente, a importante mutação que o sentido da justiça sofre quando transita do ponto de vista teleológico ao ponto de vista deontológico.

É a própria filiação de uma concepção deontológica da justiça – que Ricoeur denomina com Perelman de *regra de justiça* – a partir do sentido da justiça, que deve, segundo ele, ser fortemente argumentada, para podermos ulteriormente compreender "que espécie de recurso o sentido da justiça permanece, quando a deontologia se embaraça nos conflitos que ela suscita".[25] Para isso, Ricoeur adota – de certo modo "por provisão"[26] – a descrição de Rawls, na sua *Teoria da justiça*, da sociedade como "um vasto empreendimento de distribuição de bens". Todos esses bens, ou seja, não apenas as remunerações, os patrimônios, os benefícios sociais, mas bens tais como a cidadania, a segurança, a saúde, a educação, e ainda as posições de comando, de autoridade e de responsabilidade no quadro de instituições, constituem problemas de distribuição (*des enjeux de distribution*). Ora, a questão consiste em saber se existem divisões desiguais mais justas, ou menos injustas, que outras.[27] A solução de Rawls consiste essencialmente para Ricoeur em associar o ponto de vista deontológico (de origem kantiana) à tradição contratualista, que oferece o quadro de uma ficção, a ficção de uma situação original onde as partes colocadas por hipótese em uma relação mútua de *fairness* fazem a escolha, entre vários, dos princípios de justiça suscetíveis de ser aceitos por todos.

A tese que Ricoeur propõe para ser discutida, e que ele considera como sendo o *segundo teorema* de sua teoria do justo [o *primeiro teorema* era o de que o sentido da justiça estaria organicamente ligado ao desejo da vida boa] é a de que o sentido da justiça, elevado ao formalismo que a versão contratualista do ponto de vista deontológico requer, não pode tornar-se inteiramente autônomo ou independente de toda referência ao bem, devido à natureza do problema posto pela ideia de distribuição justa, a saber levar em consideração a *heterogeneidade real dos bens a distribuir*. Ou dito de outro modo: "o nível deontológico (...) não pode se autonomizar ao ponto de constituir o nível *exclusivo* de referência".[28]



[24] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 20. No plano deontológico da obrigação, o *justo* identifica-se ao *legal*. Para as três formulações secundárias do imperativo categórico que são, para Kant, três maneiras de se representar a lei moral ou três fórmulas diferentes de uma só e mesma lei, ver T. Calvet de Magalhães, "Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant", *Revista da Faculdade Mineira de Direito* (Belo Horizonte: Editora PUC Minas), vol. 10, n. 20 (2007), pp. 146-151.

[25] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p. 264.

[26] P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 20. O termo "por provisão" [*par provision*] é usado aqui por Ricoeur no mesmo sentido em que dizemos que a *moral provisória* que Descartes formou para si mesmo na terceira parte do *Discours de la méthode* (1637) é uma moral "*par provision*", ou seja, é bem mais *provisional* do que provisória. Ver T. Calvet de Magalhães, "A generosidade como uma forma de conhecimento: a moral na filosofia de Descartes", *Ética e filosofia política*, vol. 1, n. 1 (1996), p. 8 e p. 27.

[27] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, pp. 20-21.

[28] P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 21.

Tanto em *Soi-même comme un autre*, como em *Le juste*, Ricoeur mostra a impossibilidade de fundar uma teoria puramente procedimental da justiça, ou mostra os limites de uma abordagem deontológica da justiça, ao se apoiar sobre três constatações:

> "1) em primeiro lugar, os dois princípios da justiça de Rawls pressupõem uma certa compreensão do justo, tributária das visadas particulares de cada parte, isto é, do que elas consideram bom ou mau, para elas e para os outros;
> 2) subsistem ainda conflitos que nenhuma regra de procedimento nem nenhum acordo permitiria negociar tão facilmente; e
> 3) finalmente, a distância ou separação que permanece entre esses princípios e a prática, entre a regra e o juízo em situação concreta, não é abolida."[29]

Mas se Ricoeur insiste em mostrar que o justo encontra-se "entre o legal e o bom", não se trata simplesmente para ele de opor o deontológico ao teleológico, ou Kant a Aristóteles, mas de mostrar que a ética passa pelo formalismo e que, de modo inverso, o formalismo *não pode se subtrair a uma representação do bem*. Ricoeur não afirma apenas o primado da ética, mas reconhece ao mesmo tempo que a visada ética deve passar pelo crivo da norma. A lei (a norma moral) é, segundo ele, um momento indispensável da ética, do esforço de "viver bem", mas não resume por si só a vida ética. Ou seja, o momento deontológico deve ele mesmo conhecer seus limites e baixar ou diminuir suas pretensões.



Um certo recurso da norma moral à visada ética é sugerido então pelos conflitos que nascem da própria aplicação das normas a situações concretas:

> "Sabemos desde a tragédia grega, e singularmente desde a *Antígona* de Sófocles, que conflitos nascem precisamente quando caracteres obstinados (...) se identificam tão inteiramente a uma regra particular que tornam-se cegos em relação a toda outra regra: (...). Guerra dos valores ou guerra dos engajamentos fanáticos", o resultado para Ricoeur é sempre o mesmo, a saber "o nascimento de um trágico da ação sobre o fundo de um conflito de dever".[30]

E é para fazer face a esse tipo de situação que é exigida uma *sabedoria prática*,

> "uma sabedoria ligada ao juízo moral em situação e para à qual a *convicção* é mais decisiva que a própria regra. Essa convicção não é, contudo, arbitrária, na medida em que recorre a recursos do sentido ético o mais originário que não passaram para a norma".[31]

[29] Ver O. Abel, *Paul Ricoeur: La promesse et la règle.* Paris: Michalon, 1996, p. 76.
[30] P. Ricoeur, "Éthique et morale" (1990), in: *Lectures 1. Autour du politique,* p. 265.
[31] Ibidem.

A *convicção* compensaria o que uma "ética do discurso", por exemplo, tem de cerebral: as convicções também podem ser pesadas, avaliadas, argumentadas, comparadas, criticadas (e é justamente o que as distingue de meros preconceitos), mas não são, no entanto, totalmente explicitáveis. A convicção emana de sujeitos que são também corpos, ou seja, corpos que sofrem, que desejam, que falam, que agem, e esses corpos permanecem os pontos de apoio de nossas iniciativas e de nossas responsabilidades. Essa corporeidade marca para Ricoeur a finitude de nossa convicções, sua *singularidade*.

O justo qualifica, em última instância, uma *decisão singular* tomada em um clima de conflito e de incerteza. Ricoeur admitia, assim, que a *discórdia* é uma estrutura fundamental da relação inter-humana. Ele afirma ser contra o angelismo, mesmo sob sua forma racionalista, a que corre o risco de ceder uma apologia do consenso sem dissenso na linha da ética do discurso tão cara a Habermas.[32]

A experiência histórica mostra, dizia Ricoeur, "que não há regra imutável para classificar numa ordem universalmente convincente reivindicações tão estimáveis como as da segurança, da liberdade, da legalidade, da solidariedade, etc...". Só o *debate público*, insiste ele, "cujo desfecho permanece aleatório, pode criar ou fazer surgir uma certa ordem de prioridade" – mas essa ordem "só valerá para um povo, durante um certo período de sua história, sem nunca alcançar uma convicção irrefutável válida para todos os homens e para todos os tempos". O *juízo político* é, então, também da ordem do juízo em situação. Pode ser, com mais ou menos sorte, o lugar da sabedoria , do "bom conselho" que o coro de *Antígona* evoca. Mas essa sabedoria prática já não é um assunto pessoal: trata-se, por assim dizer, de uma *phronesis* pública como o próprio debate. A *equidade* é aqui "um outro nome do sentido da justiça, quando este atravessou os conflitos suscitados pela própria aplicação da regra de justiça".[33] No plano da sabedoria prática, o justo não é mais nem o bom nem o legal: é o *equitativo*.



O *terceiro teorema* da concepção do justo desdobrada por Ricoeur, em *Le juste*, seria o de que o sentido da justiça, que permanece enraizado no desejo da vida boa e que encontra sua formulação racional a mais ascética no formalismo procedimental, só atinge sua plenitude concreta no momento da *aplicação* da norma no exercício do juízo em situação.[34]

## A *prática* da justiça (a prática *judiciária*)

Se a reflexão de Ricoeur sobre o justo encontrou na instituição judiciária a sua referência privilegiada, é porque podemos aí, a esse nível, ler claramente "a exigência de conduzir a ideia do justo até à fase final do processo, onde o direito

[32] J.-P. Changeux e P. Ricoeur, *Ce qui nous fait penser. La Nature et la Règle.* Paris: Odile Jacob, 19981998, pp. 334-335.

[33] P. Ricoeur, "Éthique et morale" (1990), in: *Lectures 1. Autour du politique,* p. 268.

[34] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 26.

é dito aqui e agora".[35] Cairemos, contudo, no erro inverso ao do que diz respeito à exclusividade do formalismo, conclui Ricoeur, "se a problemática da *aplicação* da norma for considerada não apenas como menor, mas como insignificante aos olhos de uma teoria jurídica digna desse nome". Pode-se chegar ou ser conduzido a essa depreciação errônea, segundo ele, "seja por uma concepção puramente mecânica da aplicação da norma a um caso, seja por uma concepção discricionária do pronunciamento da sentença". Toda a problemática, que Ricoeur qualifica por meio do adjetivo *phronétique*, consiste então "em explorar a zona *média* onde o juízo se forma, a meio caminho da prova, submetida à coerção lógica, e do sofisma, motivado pelo gosto de seduzir ou pela tentação de intimidar". Dependendo das estratégias envolvidas, essa "zona média" pode ser designada de vários nomes: *retórica*, *hermenêutica*, *poética*.[36]

Do ponto de vista lógico, o discurso da justiça ilustra muito bem o lugar que a *argumentação* ocupa: a meio caminho (a justa distância, ousa dizer Ricoeur) entre a prova (ou o discurso demonstrativo) e o uso sofístico da linguagem (ou a violência dissimulada no discurso de pura sedução). É claro que, num processo, é pedido que se forneçam provas, provas materiais e testemunhos irrecusáveis, mas o *processo*, considerado como um todo, não é da ordem da prova, ou seja, não é da ordem da necessidade lógica. Mas isso não significa condenar a argumentação jurídica ao sofisma. Atingimos aqui, diz ele, o ponto de *fragilidade* que o discurso judiciário tem em comum com outros tipos de discursos (o discurso político, mas também o discurso do historiador, do editorialista, do historiador do presente). Fragilidade, portanto, de um discurso que, se não prova, visa contudo a convencer, sem se reduzir a meramente agradar. Esse estatuto epistemológico é, segundo Ricoeur, o da *lógica do provável*, expressão com a qual Aristóteles definia a *dialética* e à qual ele ligava a *retórica*, ou "*a arte de usar argumentos prováveis no uso público da fala*".[37]



Trata-se, assim, no caso do *processo*, do que Ricoeur considera como um funcionamento muito específico da racionalidade, que é o da *retórica*, no sentido forte dessa palavra, ou seja, "como o que se opõe o mais nitidamente à sofística, como implicando o uso de raciocínios prováveis e de natureza controvertível". Por um lado, num processo, o "confronto" de argumentos (*l'assaut d'arguments*) é infinito, já que, nessa região da racionalidade, ou seja, na ordem do *provável*, "há sempre lugar para um "mas" – sob a forma, por exemplo, de recurso e de vias de apelação a instâncias superiores". Mas, por outro lado, esse confronto é finito: "o conflito de argumentos termina com uma decisão, a saber: o *julgamento* exercido em uma situação particular".[38] Ou seja, este primeiro círculo jurídico ou o "judiciário do direito" constitui "uma região de racionalidade intermediária,

[35] P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 25.
[36] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 25.
[37] P. Ricoeur, "Le juste entre le légal et le bon", *Lectures 1. Autour du politique*, pp. 194-195.
[38] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 187; "Le juste entre le légal et le bon", *Lectures 1. Autour du politique,* p. 195.

onde o pressuposto é justamente o corte entre discurso e violência". O lugar da justiça está, assim, marcado "como fazendo parte do conjunto das alternativas que uma sociedade opõe à violência e que todas juntas definem um Estado de direito".[39]

À finalidade curta do "ato de julgar" (*l'acte de juger*), no sentido judiciário dessa palavra ("*estatuir na qualidade de juiz*"), que consiste em *decidir* (*trancher*), ou seja, em *separar* as partes, Ricoeur opõe uma finalidade longa, talvez mais dissimulada, a saber, a contribuição do julgamento à *paz pública*:

> "(...) o horizonte do ato de julgar é finalmente mais que a segurança, a *paz social*. (...) A finalidade da paz social faz aparecer em filigrana algo de mais profundo que diz respeito ao reconhecimento mútuo. (...) Mas em que sentido? Penso que o ato de julgar atingiu seu fim quando aquele que, como se diz, ganhou seu processo sente-se ainda capaz de dizer: meu adversário, aquele que perdeu, permanece como eu um sujeito de direito; a sua causa merecia ser ouvida; ele tinha argumentos plausíveis (...). Mas o reconhecimento só seria completo quando a coisa pode ser dita por aquele que perdeu, (...) o condenado; ele deveria poder declarar que a sentença (...) não era um ato de violência mas [era um ato] de reconhecimento."[40]



Haveria, assim, um *lugar* onde é a palavra que ganha e não a violência. Foi, portanto, o jurídico, apreendido sob os traços do *judiciário*, que permitiu a Ricoeur uma reflexão sobre a especificidade do direito, a meio-caminho da moral e da política. Em *Le juste*, para dar um tom dramático à oposição que ele faz entre uma filosofia política e uma filosofia do direito, Ricoeur afirma que a *guerra* é o tema lancinante da filosofia política, e a *paz* o tema da filosofia do direito.[41]

Referindo-se mais especificamente à ordem *política*, e não mais à instância judiciária, Ricoeur constata que em certos casos, a paz pública pode implicar uma forma institucionalizada da amnésia – a *anistia*. O preço a pagar por essa verdadeira amnésia institucional é alto demais: todos os perigos que o esquecimento apresenta estariam contidos "nessa pretensão inacreditável de apagar os vestígios das discórdias públicas". Cabe então, nesse caso, ao *historiador* a difícil tarefa (uma tarefa de certo modo subversiva) de confrontar pelo discurso o que não é, segundo Ricoeur, outra coisa a não ser "a tentativa pseudo-jurídica de apagamento dos fatos".[42]

---

[39] P. Ricoeur, *Le Juste,* p. 189.
[40] Ibidem, pp. 190-191.
[41] Ver P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 10
[42] P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 206.

## Referências bibliográficas

ABEL, Olivier. *Paul Ricoeur: La promesse et la règle.* Paris: Michalon, 1996.
CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. "A generosidade como uma forma de conhecimento: a moral na filosofia de Descartes", *Ética e filosofia política*, vol. 1, n. 1 (1996), pp. 7-40.
CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. "Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant", *Revista da Faculdade Mineira de Direito* (Belo Horizonte: Editora PUC Minas), vol. 10, n. 20 (2007), pp. 129-154.
CHANGEUX, Jean Pierre e RICOEUR, Paul. *Ce qui nous fait penser. La Nature et la Règle.* Paris: Odile Jacob, 1998.
KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*[1785]. Tradução francesa de Alain Renaut: *Fondation de la metaphysique des moeurs*, in E. Kant, *Métaphysique des Moeurs I* – Fondation de la métaphysique des moeurs. Introduction à la métaphysique des moeurs. Paris: Flammarion , 1994, pp. 49-155; tradução inglesa de Mary Gregor: *Groundwork of the Metaphysics of Morals.* Cambridge: Cambridge University Presss, 1997.
RICOEUR, Paul. *Soi-même comme un autre.*Paris: Seuil, 1990.
RICOEUR, Paul. "Éthique et morale" (1990), in: *Lectures 1. Autour du politique.* Paris: Seuil, 1991, pp. 256-269.
RICOEUR, Paul. "Le juste entre le légal et le bon" (1991), in: *Lectures 1. Autour du politique.* Paris: Seuil, 1991, pp. 176-195.
RICOEUR, Paul. *Le Juste*. Paris: Esprit, 1995.
RICOEUR, Paul. *La critique et la conviction*. Entretien avec François Azouvi e Marc de Launay. Paris: Calmann-Lévy, 1995.
RICOEUR, Paul. De la morale à l'éthique et aux éthiques", *Un siècle de philosophie 1900-2000*. Paris: Gallimard / Centre Pompidou, 2000, pp. 103-120 (reproduzido em *Le Juste 2*, Paris: Esprit, 2001, pp. 55-68).
VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia II. Ética e cultura.* São Paulo: Loyola, 1988.

# A hermenêutica de Hans-Georg Gadamer

**Cleyson de Moraes Mello**[1]

**Resumo**

A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da hermenêutica filosófica. O direito alinhado à hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o direito a partir do ser-no-mundo. O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio causado pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. É, neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária a construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de ser-no-mundo.

**Palavras-chave:** Direito. Ser-no-mundo, *Dasein*.

**Abstract**

The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the philosophical hermeneutics. Hence the need to understand the law from being-in-the-world (*In-der-Welt-Sein)*. The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world.

**Wordkeys:** right. being-in-the-world. *Dasein*.



## Introdução

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002), autor de *Verdade e método – Esboços de uma hermenêutica filosófica*, é um dos autores mais importantes acerca da hermenêutica contemporânea. Gadamer, lastreado em

[1] 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.

estudos fenomenológicos, entendia que a tradição não podia mais se apoiar nas interpretações metafísicas da razão. Daí que os estudos gadamerianos estão voltados para a consciência histórica, em que a historicidade do sentido tem papel relevante na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Gadamer procura superar o problema hermenêutico relacionado ao conceito metodológico da moderna ciência. Na introdução de *Verdade e método*, Gadamer afirma que "o fenômeno da compreensão e da maneira correta de se interpretar o que se entendeu não é apenas, e em especial, um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Sempre houve também, desde os tempos mais antigos, uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tão acentuadamente científico e teórico, mas, muito mais, assinalado pelo comportamento prático correspondente e a serviço do juiz ou do clérigo instruído."[2]

Desse modo, logo na introdução de sua obra, Gadamer assume a postura de que o problema hermenêutico não está fincado no problema de método, produzindo um conhecimento de segurança inabalável, mas sim está relacionado ao problema da hermenêutica filosófica. O fenômeno da compreensão perpassa a experiência da filosofia, a experiência da arte e a experiência da própria história. Todos esses modos de experiência nos apresentam (manifestam) uma verdade que não pode ser verificada com os meios metódicos da ciência.



A hermenêutica desenvolvida por Gadamer se afasta de uma doutrina de métodos das ciências do espírito e procura caminhar para um olhar além de sua autocompreensão metódica através da experiência do homem no mundo. É um (re)pensar o universo da compreensão, já que o filósofo procura refletir sobre a questão da verdade nas ciências do espírito. É um afastamento dos modelos clássicos hermenêuticos, nos quais a exegese era considerada um conjunto de métodos.

Os estudos de Hans-Georg Gadamer estão entrelaçados na sua forma mais original com os estudos antecedentes de *Husserl*, *Dilthey* e *Heidegger*. Nas palavras de Gadamer: "A conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl nos tornou um dever, a abrangência do horizonte histórico, onde Dilthey situou todo o filosofar, e, não por último, a compenetração de ambos os impulsos, cuja iniciativa recebemos de Heidegger há décadas, assinalam o paradigma sob o qual se colocou o autor."[3]

A universalidade hermenêutica é alcançada por meio da consciência estética, da consciência histórica e da linguagem como experiência hermenêutica. Assim, a obra *Verdade e método* é dividida em três partes, a saber:

– A liberação da questão da verdade desde a experiência da arte;

– A extensão da questão da verdade à compreensão nas ciências do espírito, e a virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem.

---

[2] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: *traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 31.

[3] Ibid., p. 36.

Decerto que a hermenêutica de Gadamer é elaborada a partir dos ensinamentos de *Husserl*, *Dilthey* e *Heidegger*. Assim, os conceitos de *Dasein* (ser-no-mundo), pré-estrutura da compreensão, ser como temporalidade, a compreensão como a estrutura existencial do *Dasein*, estar lançado, são pontos de partida de alguns de seus conceitos fundamentais e condutores de seus estudos. Destaca-se, a seguir, os conceitos gadamerianos que apresentam um maior significado na ambiência da hermenêutica jurídica.

## O círculo hermenêutico e a questão dos preconceitos

O círculo hermenêutico deve ser compreendido a partir dos estudos heideggerianos, ou seja, a estrutura circular da compreensão é dada a partir da temporalidade do ser-aí (*Dasein*). É o círculo hermenêutico em um sentido ontológico originário, através do qual a verdade se manifesta por meio do desvelamento do ser.

A compreensão é sempre um projetar-se. Gadamer afirma que "quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia o sentido do todo."[4] Melhor dizendo: a compreensão é um constante reprojetar-se a partir de determinadas perspectivas do intérprete. As perspectivas do intéprete (opiniões prévias), ou seja, antecipações de sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedade do julgador.

É nesse sentido que Gadamer ensina que "a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez."[5]



Com isso o intérprete deve deixar que o texto diga alguma coisa por si, para que se evite a possibilidade do mal-entendido (opiniões prévias que levam à arbitrariedade). Daí que o que importa é "dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias."[6]

Na verdade, porém, Gadamer fala dos preconceitos. Estes podem ser classificados em positivos e negativos. O caráter negativo está relacionado com a época da Ilustração/Iluminismo (*Aufklärung*) representando um "juízo não fundamentado" e decidido "diante do tribunal da razão"[7] (preconceitos limitadores)[8] Os preconceitos positivos são aqueles reconhecidos como legítimos e enlaçados com a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica.

[4] Ibid., p. 402.
[5] Ibid., p. 403.
[6] Ibid., p. 405.
[7] Ibid., p. 410
[8] Ibid., p. 416.

## A questão da pertença

Esse comportamento histórico-hermenêutico realizado através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores é o sentido da pertença.[9] Logo, *pertença* é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico.[10] É a consciência hermenêutica incluída na consciência histórica. Os preconceitos fundamentais e sustentadores são aqueles que tornam possível a compreensão (preconceitos produtivos). Daí que a compreensão é um comportamento produtivo e não (re)produtivo. É o texto "levado a sério na sua pretensão de verdade".[11]

## O tempo em sua produtividade hermenêutica

A compreensão como comportamento produtivo dá-se como um existencial a partir da interpretação temporal aplicada ao modo de ser da pre-sença (*Dasein*), conforme ensinamentos heideggerianos. O tempo é o fundamento que sustenta o acontecer.[12] O *ser* é *tempo*.[13] Dessa maneira, a questão do tempo está relacionada com a questão central da hermenêutica, ou seja, nesse contexto devemos "distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica".[14]



Portanto, Gadamer afirma: "Entender é, essencialmente, um processo de história efeitual."[15]

## A questão da história efeitual e da situação hermenêutica

A consciência da história efeitual está relacionada com a consciência da *situação hermenêutica*. Nas palavras de Gadamer, "quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual."[16]

Nas lições de Jean Grondin, por história efeitual (*Wirkungsgeschichte*) entende-se, desde o século 19, nas ciências literárias, "o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções.

[9] Ibid., p. 442.
[10] Ibid., p. 442.
[11] Ibid., p. 444.
[12] Ibid., p. 445.
[13] Para um estudo mais detalhado da temporalidade em Heideger: Ver obra *Ser e tempo*.
[14] Ibid., p. 447.
[15] Ibid., p. 448.
[16] Ibid., p. 449.

Nela se torna claro que as obras, em determinadas épocas específicas, despertam e devem mesmo despertar diferentes interpretações. A consciência da história efeitual, a ser desenvolvida está inicialmente em consonância com a máxima de se visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal."[17]

Gadamer entende que a consciência da história efeitual funciona como um princípio no processo de compreensão. A compreensão a partir de uma compreensão objetivista guindada no viés metodológico, obnubila o entrelaçamento efeitual-histórico que deve permear o processo hermenêutico. Melhor dizendo: A fé no processo metodológico acaba por obscurecer a própria historicidade.

É dessa maneira que o magistrado, no processo de decisão judicial, deve considerar os efeitos da história efeitual no processo exegético, ou seja, é preciso tornar consciente a própria situação hermenêutica, para melhor "dizer o direito". Isso ocorre na medida que o julgador analisa o caso concreto decidendo, a partir da interpretação da própria pré-compreensão, consoante ensinamentos heideggerianos. A história efeitual seria o "pano de fundo" do processo decisório, já que o julgador deve inserir-se na situação hermenêutica.

Segundo *Verdade e método*, Gadamer ensina que o conceito de situação "se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa, e esta nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão da história efeitual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*."[18]



## A importância de ter horizontes. A fusão de horizontes

O conceito de situação hermenêutica encontra-se entrelaçado com o conceito de horizontes. Isso porque o julgador, no momento da prestação jurisdicional, deve ampliar e abrir seus horizontes. Segundo Gadamer, horizonte é "o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de determinado ponto."[19] Aplicando-se ao meio jurídico falamos então que o magistrado não tem visão, seus horizontes são limitados ao *Codex*, da

[17] GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 190.
[18] GADAMER, op.cit., 1997, p. 451.
[19] Ibid., p. 452.

possibilidade de ampliar a exegese civilística aos princípios constitucionais, da abertura de novos horizontes jurídicos em razão do multiculturalismo, dos direitos humanos, etc. Aquele juiz que não possui horizontes é um magistrado que não vê suficientemente longe e que, dessa forma, supervaloriza as regras do Código Civil (é um esforço intelectual reduzido preocupado apenas com o que lhe está mais próximo) sem o entrelaçamento devido com as normas e preceitos constitucionais. Pelo contrário, a leitura das regras jurídicas interprivadas à luz da axiologia constitucional significa não estar limitado ao mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de ser magistrado. Assim, a elaboração da *situação hermenêutica* pelo juiz significa a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente ao magistrado.

Neste contexto, Gadamer afirma que "quem omitir esse deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição, estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. Nesse sentido, parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo."[20]

Surge então a necessidade do julgador deslocar-se à situação histórica e procurar reconstruir seu horizonte. Por essa razão que Gadamer afirma que "o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move."[21] O operador do direito ou magistrado que permanece alheio às mudanças sociais não realiza o "deslocar-se" para a situação hermenêutica.



Há, portanto, uma necessidade de compreender o outro homem a partir da intersubjetividade, considerando a alteridade da norma jurídica. Esse deslocar-se não é um ato de subjetividade ou arbitrariedade, nem a submissão do outro sob os padrões do julgador, mas significa uma ascenção a uma universalidade hermenêutica. Daí a importância de termos horizontes. Aplicando ao problema hermenêutica a questão de se ter horizontes, Hans-Georg Gadamer afirma que "ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos."

É evidente que ganhar para si um horizonte histórico requer um esforço pessoal do magistrado. Ele não pode ficar limitado ao modelo de decisão judicial pautado na lógica formal, de padrão matematizante. Ele deve ir além na busca de novos horizontes e paradigmas de decidibilidade judicial, como ser-no-mundo e mundo vivido.

A questão da decidibilidade judicial é muito importante, em especial, em uma sociedade plural e complexa, em constantes mutações. Daí que essa questão é muito mais complexa do que se pensa, já que cabe ao magistrado proferir sentenças

[20] Ibid., p. 453.
[21] Ibid., p. 455.

judiciais que não sejam aparentes e superficiais fincadas em uma hermenêutica de superfície, ao contrário deve partir do fato de que uma situação hermenêutica está delimitada pelos preconceitos que trazemos conosco. É um ir além do que já não se consegue ver com a hermenêutica metodológica. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação e mutação que condiciona os nossos preconceitos. A cada momento devemos por à prova tais preconceitos, a partir da fusão de horizontes. É o encontro do passado com a tradição da qual nós mesmos procedemos.[22] Segundo Gadamer, a fusão de horizontes ocorre constantemente na tradição, pois "nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validez vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos."[23]

Toda essa tarefa hermenêutica deve ser desenvolvida conscientemente pelo magistrado, já que em si experimenta por si mesma a relação de tensão entre o texto legal e o presente. O julgador não pode decidir a demanda judicial com um comportamento hermenêutico ingênuo, desconsiderando a situação hermenêutica da qual faz parte.

Se formos em direção às lições gadamerianas, encontraremos: "A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. [...] O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizôntica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a tarefa da consciência histórico-efeitual. Enquanto que, na herança da hermenêutica romântica, o positivismo estático-histórico ocultou essa tarefa, temos de dizer que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nela. É o problema da aplicação que está contido em toda compreensão."[24]



## A hermenêutica como aplicação

O problema da hermenêutica jurídica de cariz metodológico sofre uma ruptura com Gadamer. Isso porque "compreender é sempre também aplicar."[25] Uma regra jurídica não pode ser compreendida desalinhada com sua aplicação no instante concreto da decidibilidade judicial. Uma lei somente será compreendida adequadamente se "compreendida em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta."[26] É o afastamento da tarefa hermenêutica ao modelo metodológico. Gadamer ensina que "a compreensão é menos um

[22] Ibid., p. 457.
[23] Ibid.
[24] Ibid., p. 458.
[25] Ibid., p. 461.
[26] Ibid.

método através do qual a consciência histórica se aproxima do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposição o estar dentro de um acontecer tradicional. A própria compreensão se mostrou como um acontecer."[27]

Dessa forma, o sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, ao contrário representam uma unidade exegética.



[27] Ibid., p. 462.

# O direito fundamental à identidade pessoal e o estigma do abandono

**Edna Raquel Hogemann**[1]
**Solange Ferreira de Moura**[2]

**Resumo**

Este ensaio introduz uma reflexão crítica no tocante a obstáculos relacionados à efetividade e ao respeito ao direito fundamental à identidade pessoal de crianças e adolescentes institucionalizados – aqueles que por conta de condições adversas – seja, orfandade, violência, maus tratos, abandono ou miséria –, são apartados do convívio familiar e levados a viver em instituições de acolhimento públicas ou privadas. A partir da contribuição de autores nacionais e estrangeiros a respeito do tema, buscar-se-á promover, uma discussão a respeito da validade social do conjunto normativo pátrio que dispõe a respeito dos direitos ditos personalíssimos e da precariedade do instituto do acolhimento institucional, antigo acolhimento, seus reflexos objetivos e subjetivos na construção da identidade pessoal e o processo de estigmatização dessas crianças e adolescentes como uma realidade nefasta de nosso tempo, a partir dos elementos obtidos no curso da realização de pesquisa de campo, como primeira fase de projeto financiado pela FAPERJ, intitulado: Abrigamento: necessidade ou descaso? A cidadania reconhecida desde a infância é pilar básico para a justiça social.

**Palavras-chave:** Criança. Adolescente. Identidade pessoal. Acolhimento institucional.

**Abstract**

This essay introduces a critical reflection with regard to barriers related to effectiveness and respect the fundamental right to personal identity-institutionalized children and adolescents who because of adverse conditions – that is, orphanhood, violence, abuse, neglect or poverty – are separated from family life and brought to live in institutions public or private. From the contribution of national and foreign authors on the subject, will seek to promote a discussion about the social validity of the paternal set of rules available to the very personal rights and told the precariousness of the Institute of institutional care,

[1] Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (1977); bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999); Pós-graduação *Lato Sensu* em Bioética pela Red Bioética UNESCO (2010), Pós-graduação *Lato-Sensu* em História do Direito Brasileiro pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2007), Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (2002) e Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (2006); Pós-doutoranda no IUPERJ (2011). É professora adjunta e Coordenadora de Iniciação Científica e Pesquisa do Curso de Direito, na Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. Trabalhou como professora convidada no Programa de Pós-graduação em Ciências Ambientais, na Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ). É coordenadora do GT de História do Direito, no CONPEDI, além de pesquisadora junto à FAPERJ, em projetos de pesquisa sobre convivência familiar e comunitária com crianças/adolescentes acolhidos institucionalmente e em projeto de extensão universitária, em convênio com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Módulo Criança e Adolescente – MCA.

[2] Doutoranda em Direito na UNESA/RJ; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas – Direção Nacional da Universidade Estácio de Sá.

old host, its objective and subjective reflections on the construction of personal identity and the process of stigmatization of these children and adolescents as an ominous reality of our time, from information obtained during the course of conducting field research, as the first phase of a project financed by FAPERJ entitled: Housing: Necessity or neglect? Citizenship known since childhood is the basic pillar for social justice.

**Keywords:** Child. Adolescent. Personal identity. Institucional shelter.

## Introdução

A promoção de uma análise a respeito de um dos direitos personalíssimos, qual seja, o direito à identidade pessoal e confrontar sua realização seja no âmbito das relações jurídicas ou sociais específicas decorrentes do acolhimento institucional prolongado, antigo instituto do abrigamento, de crianças e adolescentes considerado como óbice à sua concretização carece iniciar partindo do pressuposto fundamental de que o ser humano é único em sua essência e composição, indivíduo dotado de direitos naturais, essenciais e absolutos, originários de sua própria qualidade de ser humano, que se configuram como atributos indeclináveis de sua personalidade. Compete ao Estado reconhecer, propiciar e salvaguardar, a cada um, aquilo que supre seus anseios e necessidades, respeitando e assegurando sua individuação.



Destarte, examinar os direitos da personalidade implica na compreensão de que esses direitos formam um ramo do direito privado que protege, na esfera jurídica, os objetos de direito que pertencem à natureza humana, tais como a vida, a inteligência, a moral, a autoestima, a dignidade. Por esta razão, para uma apreciação reflexiva da problemática do direito de personalidade parte-se do pressuposto essencial de que, há ainda muito que se estudar; a doutrina necessita de maior aclaramento e, por conseguinte, de concretização, na medida em que o reconhecimento da categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de amplos estudos nos últimos tempos, revela-se ainda hoje matéria muito polêmica, até mesmo em relação a questões pertinentes ao seu conceito.

De qualquer modo, a pessoa em sua plenitude como fundamento das relações civis é uma promissora inclinação à realização de reflexões no âmbito do direito civil.

No presente ensaio busca-se promover um olhar transdisciplinar a respeito da trajetória histórica dos direitos da personalidade, voltando a atenção, em especial, ao direito à identidade pessoal e como as condições objetivas e subjetivas em nossa sociedade, marcada pelo tremendo fosso social que condena crianças e adolescentes ao abandono, podem consubstanciar-se como um obstáculo, muitas vezes intransponível, à construção de sua identidade pessoal e à plenitude de seu reconhecimento como pessoa, sujeito social titular de direitos personalíssimos desde os mais basilares, como é o caso do direito a uma identidade pessoal, seja no âmbito jurídico ou social.

## Sobre os direitos da personalidade

Todo ser humano independente de idade, raça, credo, gênero, situação econômica ou berço, ao nascer e mesmo antes do nascimento[1], tem garantidos pelo Estado Democrático de Direito direitos essenciais que visam estabelecer e sustentar as condições fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade e da dignidade humanas. Tais direitos existem para garantir a manifestação da personalidade do indivíduo e se constituem como o direito subjetivo ao respeito do conjunto de características personalíssimas denominado de "personalidade"[2].

No entanto, é oportuno apontar que o primeiro Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em 1917, em harmonia com as grandes codificações liberais de feição individualista e patrimonialista, nada tratou dos direitos da personalidade.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi construída em torno do ser humano como eixo central fundamental, numa demonstração inequívoca de ter se desvinculado da herança da patrimonialidade como núcleo jurídico. Desse modo, se projeta não só na direção do reconhecimento e da proteção aos direitos da pessoa humana, como também no desdobramento de seus direitos elementares, legitimando o direito à identidade e ao nome individual na expressão do interesse na verdade pessoal.

A CF/88 erigiu "um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca"[3], contemplando um extenso rol destes direitos, não exaustivo.



O atual Código Civil, Lei nº 10.406/2002, dedica um capítulo de sua Parte Geral aos denominados Direitos da Personalidade, selecionando aqueles que produzem efeitos mais agudos nas relações civis, a saber: direito à integridade física, proibindo-se atos de disposição ao próprio corpo, salvo para fins de transplante e, gratuitamente, após a morte, para fins científicos ou altruístico; vedação de tratamento médico ou intervenção cirúrgica não consentidos; direito à identidade pessoal (direito a ter nome e a impedir que seja usado de modo a expor ao ridículo ou com intenção difamatória; proibição de usar o nome alheio, sem autorização, para fins publicitários; proteção ao pseudônimo); direito à imagem; direito à honra; direito à vida privada.

## Em questão, o direito à identidade pessoal

A identidade pessoal, num refletir psicológico[4], é a maneira pela qual as pessoas enxergam a si mesmas e está intimamente relacionada à própria imagem. É deveras importante, na medida em que influencia o modo como as pessoas se sentem e de como se comportam em situações desafiadoras. Outro aspecto particularmente importante sobre a identidade pessoal é a possibilidade

de se enxergar exatamente como as outras pessoas nos enxergam quando se está em harmonia com os outros e com o mundo no entorno, ou pode ser muito diferente quando não se está em harmonia com elas provocando um sentimento de grande batalha para nos tornarmos apreciados pelas pessoas pelo que se realmente é.

Sob um vislumbre sociológico, a identidade pessoal é um construir-se através do processo de socialização, que se dá até a morte. Sendo certo que as relações precoces vão ser importantes na medida em que as boas relações precoces conferem à criança um sentimento de identidade que vai ser construído e em várias fases da sua vida: na adolescência (processo de identificação/diferenciação) e na fase adulta[6].

As várias configurações de identidade povoam as reflexões dos teóricos da modernidade, como Giddens[9], ou da pós-modernidade, como Santos[10], e exigem situar esta pessoa no momento atual do mundo globalizado, marcado por um modo de produção capitalista desorganizado, a fim de explicitar as novas bases sobre as quais se articula o pessoal e o social na contemporaneidade. E em particular, às condições subjetivas e objetivas de ordem político-social e econômica que irão determinar os destinos de crianças e adolescentes pobres e relegados ao abandono, mormente nas periferias urbanas de nosso País.

Assim, é possível afirmar que o direito à identidade pessoal significa muito mais que o simples direito a ter nome, que é absoluto e inato. Razão pela qual são múltiplas as teorias que, desde sempre, procuraram explicar em que consiste o núcleo individualizador de cada pessoa, desde aquelas que afirmavam ser este uma fonte espiritual, presente à partida e independente do espaço e do tempo, passando pelas que defendiam resultar a identidade pessoal de um processo cronológico, em que a memória é determinante para a formação da consciência de si, até a corrente existencialista, para quem a dimensão da pessoa é o produto da ação, de um "fazer-se" contínuo do sujeito mediante o exercício de uma liberdade radical.



Logo, a identidade não é inata e pode ser entendida como uma forma sócio-histórica de individualidade. O contexto social fornece as condições para os mais variados modos e alternativas de identidade. O termo identidade pode, então, ser utilizado para expressar, de certa forma, uma singularidade construída na relação com outros homens.

Em conferência proferida na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, para o curso de Mestrado em Bioética, realizada em 28 de junho de 1999, o professor Paulo Otero[13], ao abordar esse tema, parte do pressuposto de que a identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta ou individual, que torna cada ser humano um ser único que, mesmo se encontrado em igualdade com todos os outros na sua condição humana e na inerente dignidade, é dotado de uma "irrepetibilidade natural: a identidade pessoal de cada pessoa humana, expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assente na inexistência presente ou futura de dois seres humanos totalmente iguais".

Cada ser humano é, desse modo, único, exclusivo, original, sem cópia, irrepetível e insubstituível. Assim, a questão da identidade pessoal está ligada, necessariamente, ao direito natural à diferença de casa pessoa, que, muito embora igual em direitos e deveres com relação às demais, é, todavia, na sua complexa humanidade, diferente de todos os demais seres humanos. Em consequência, ninguém poderá ser objeto de discriminação em função de suas características genéticas diversas e específicas. Até porque, reside na diversidade, na singularidade de cada ser, por um lado, a exigência de se tratar de um ser digno de respeito e, de outro, o principal elemento da própria individualidade, pois todos os demais direitos decorrem do caráter único, indivisível e irrepetível de cada pessoa humana real.

Para o direito, a identidade constitui-se num conjunto de caracteres que, delimitados legalmente, tornam a pessoa ou um bem individuado e particularizado, diferenciando-o dos demais, e consequentemente sujeito a direitos e/ou deveres.

A vida, a liberdade e a identidade pessoal consubstanciam-se como uma tríade de interesses que podem ser classificados/qualificados como substratos do essencial no ser, razão pela qual carecem de privilegiada e eficaz tutela jurídica. Assim, a tutela da identidade pessoal equivale à proteção da específica maneira de ser, do que real e verdadeiramente é a pessoa humana.

Operando nessa direção, é oportuno pontuar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, prevê que a criança tem o direito, na medida do possível, de ter acesso a suas raízes biológicas, conhecer seus genitores. Assim mesmo, a referida Convenção impõe aos Estados membros o compromisso do respeito ao direito da criança a preservar sua identidade, incluídos a nacionalidade, o nome e as relações familiares de conformidade com a lei sem "ingerências" ilícitas, e quando uma criança seja privada ilegalmente de alguns dos elementos de sua identidade[14].



O direito a conhecer a identidade de origem opera em nível superior, de feição constitucional, que transcende o concernente ao estado de família e revela o direito de todo indivíduo a conhecer sua verdade pessoal, sua irrepetível história que não lhe pode ser olvidada ou subtraída[15].

O direito à identidade pessoal é um dos direitos de personalidade cuja positivação assenta-se justamente no primado constitucional da dignidade humana, que se constitui em fundamento da República Brasileira (CR/88, art. 1º, III). É, portanto, um direito que a nossa Constituição consagra como direito fundamental e cujo sentido se traduz na garantia da identificação de cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível, e que abrange, para além do direito ao nome, um direito à "historicidade pessoal", que vai muito além do conhecimento dos vínculos biológicos parentais, na medida em que o ser humano é um permanente construir-se em relação ao outro, estruturado em torno da alteridade nas relações intersubjetivas que lhe dão base de sustentação para sua afirmação enquanto ser singular e social.

É de Immanuel Kant a afirmação paradigmática: "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 cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade."[16]

Razão pela qual os direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, à identidade pessoal dentre outros, são essencialmente tais pois, sem eles, não há como se consubstanciar e concretizar a dignidade humana.

## A vulnerabilidade e o acolhimento de crianças e adolescentes

A família é a principal responsável por prover ao indivíduo todos os recursos necessários para seu desenvolvimento humano adequado. Entretanto, nem sempre o indivíduo tem a oportunidade de ser criado na sua família biológica e precisa então ser inserido em uma família substituta.

A medida de Acolhimento Institucional, expressão adotada pela Lei nº 10.201/09 em substituição ao termo "acolhimento"[17], é tomada até que essa criança ou adolescente volte a ser inserido em uma família biológica após afastamento provisório ou numa família substituta. Estudos acerca do desenvolvimento humano têm apontado que maus tratos, negligência, abandono e o estigma da institucionalização estão possivelmente associados a problemas e prejuízos no desenvolvimento da identidade pessoal deste ser em desenvolvimento.



O abrigo é um lugar que oferece proteção, uma alternativa de moradia provisória dentro de um clima residencial, com atendimento personalizado, em pequenas unidades, para pequenos grupos de crianças. Este é um programa que originalmente tem por finalidade propiciar às crianças e aos adolescentes a oportunidade de participar na vida da comunidade através da utilização de recursos como escolas, áreas de lazer, centros médicos, quadras esportivas, etc.

Por suposto que a provisoriedade e a transitoriedade são circunstâncias vividas no abrigo, mas esta provisoriedade está inteiramente relacionada à história singular de cada criança e ao projeto de vida que se puder construir com ela. Assim como existem crianças que terão uma permanência breve, que pode durar horas ou dias, existem crianças e/ou adolescentes que terão uma permanência continuada, que poderá durar meses ou anos. Embora o retorno da criança à família de origem ou a colocação da criança numa família substituta seja uma prioridade e que as modificações promovidas pelo advento da Lei n° 12.010/09, tenham estabelecido parâmetros objetivos quanto à provisoriedade do acolhimento institucional da criança/adolescente, excepcionalmente o abrigo deverá ter as condições para ficar o tempo que for necessário com as crianças que ainda não foram integradas a uma família.

Segundo o art. 19, da Lei nº 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): "Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a

convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

Com o advento da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, foi alterada a redação do art. 19, com a seguinte inserção:

> § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

Com a inserção dessa nova regra, todo o sistema de proteção deverá funcionar de modo a avaliar permanentemente a necessidade daquela criança ou adolescente permanecer na instituição. Agora, teremos uma revisão permanente desses casos.

Outra novidade promovida pela nova Lei foi a inserção do parágrafo 2º no mesmo artigo 19, a saber:" Parágrafo 2º – A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária".

Trata-se de inovação muito importante. Pelo sistema atual não havia tempo máximo para a duração da medida de acolhimento, o que acabou por resultar em demora para a solução de algumas situações. A fixação de um tempo máximo – e a obrigatoriedade de justificar quando o prazo for superado – fará com que o direito da criança ou adolescente de viver em uma família, biológica ou substituta, seja privilegiado em detrimento da permanência em uma instituição.



No entanto, entre a letra fria da lei e a realidade pérfida do dia a dia de crianças e adolescentes abandonados ou impossibilitados de estar em convivência familiar que lotam as instituições públicas e privadas responsáveis por seu acolhimento, vai uma distância exponencial.

## A difícil construção da identidade pessoal do acolhido institucionalmente

Um grande obstáculo que se apresenta à construção da identidade pessoal de infantes e jovens que são alijados da convivência familiar e que não encontram outro lar, seja através da adoção ou de uma família substituta, e que findam como vítima de processos prolongados de acolhimento institucional é a estigmatização de sua condição de "abandonado".

A palavra "estigma" representa algo de mal, que deve ser evitado, uma ameaça à sociedade, isto é, uma identidade deteriorada por uma ação social. Para Goffman[19], "lasociedadestablecelosmedios para caracterizar a las personas

y el complemento de atributos, que se perciben como corrientes y naturales a losmiembros de cada uma de esascategorías".

A sociedade constrói e impõe um modelo de categorias e busca catalogar as pessoas em acordo aos atributos tidos como comuns e naturais pelos membros dessa categoria. Estabelece também quais são as categorias a que as pessoas devem estar atreladas, bem como os seus atributos, o que significa que a sociedade determina um padrão externo de conduta ao indivíduo que permite prever a categoria e os atributos, a identidade social e as relações com o meio social. Assim, é estabelecido um padrão social do indivíduo e, no processo das vivências, nem sempre é imperceptível a imagem social do indivíduo que é concebida; pois que essa imagem pode não corresponder à realidade, mas ao que Goffman denomina como *identidade social virtual*. Os atributos, nomeados como *identidade social real*, são, de fato, o que pode demonstrar a que categorias o indivíduo pertence.

Aquele que demonstre pertencimento a uma categoria com atributos não considerados como comuns ou tidos como diferentes é pouco ou mesmo não aceito pelo grupo social, que tende a não conseguir lidar com a diferença e, em situações extremas, o transforma em uma pessoa má e perigosa, que deixa de ser vista como pessoa na sua totalidade, na sua capacidade de ação e transforma-se em um ser desprovido de potencialidades. Esse sujeito é estigmatizado socialmente e anulado no contexto da produção técnica, científica e humana.



O estigma é um atributo que produz um amplo descrédito na vida do sujeito; em situações extremas, é nomeado como "defeito", "falha"ou desvantagem em relação ao outro; isso constitui uma discrepância entre a identidade social virtual e a identidade real.

Para os estigmatizados, a sociedade reduz as oportunidades, os esforços e os movimentos, não atribui valor, impõe a perda da identidade social e determina uma imagem deteriorada, de acordo com o modelo que convém à sociedade. O social anula a individualidade e determina o modelo que interessa para manter o padrão de poder, anulando todos os que rompem ou tentam romper com esse modelo. O diferente passa a assumir a categoria de "nocivo", "incapaz", fora do parâmetro que a sociedade toma como padrão. Ele fica à margem e passa a ter que dar a resposta que a sociedade determina. O social tenta conservar a imagem deteriorada com um esforço constante por manter a eficácia do simbólico e ocultar o que interessa, que é a manutenção do sistema de controle social.

Para Goffman[19], os atributos indesejados são considerados estigmas:

> "Aquellos que son incongruentes connuestro estereotipo acerca de cómodebe ser determinada especie de individuos. El término estigma será utilizado, pues, para hacer referencia a un atributo profundamente desacreditador; pero lo que enlarealidad se necesita es unlenguaje de relaciones, no de atributos. Un atributo que estigmatiza a un tipo de poseedorpuede confirmar lanormalidad de otro y, por conseguinte, no es ni honroso ni ignominioso ensímismo."

Retomando o conceito de individualidade virtual e identidade real do sujeito, o autor sublinha que, quanto mais discrepante for a diferença entre as duas identidades, mais acentuado o estigma; quanto mais visual, quanto mais acentuada e recortada a diferença, mais estigmatizante; quanto mais visível a diferença entre o real e os atributos determinantes do social, mais se acentua a problemática do sujeito regido pela força do controle social. A discrepância entre as duas identidades é prejudicial para a identidade social; o sujeito assume uma posição isolada da sociedade ou de si mesmo e passa a ser uma pessoa desacreditada.

Em consequência, passa a não aceitar-se a si mesmo. O sujeito passa a ser o diferente, dentro de uma sociedade que exige a semelhança e não reconhece, na semelhança, as diferenças. Sem espaço, sem voz, sem papéis e sem função, não pode ser nomeado e passa a ser um "ninguém", "um nada", nas relações com o outro. Não pode ser o sujeito da ação.

Crianças e adolescentes institucionalizados por longo período, mesmo quando possuem pais e mães conhecidos, ou seja, têm nome e sobrenome, podem apresentar marcas muitas vezes profundas e sempre dolorosas, as quais, se não elaboradas de modo adequado, têm grande probabilidade de permanecer por toda a sua existência, conformando-lhes a personalidade, tanto no que diz respeito à consciência de si quanto à consciência em si, inclusive com reflexos na saúde mental.

A incidência de efeitos nefastos tendentes a causar desordem na formação do desenvolvimento do *self* do indivíduo é evidente. Distúrbios psiquiátricos e de formações da personalidade podem ser derivados por uma falha no processo de formação de apego e de elaboração de vínculos afetivos estáveis. Não se pode olvidar que o biológico, o mental, o emocional, o individual e o social são elementos essenciais da condição humana, pertencentes ao indivíduo e ao ambiente em que ele nasce, cresce e se desenvolve suas potencialidades.



No curso da pesquisa de campo da primeira fase da realização de Projeto de Pesquisa desenvolvido por professores e alunos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Campus Duque de Caxias/RJ, com financiamento da FAPERJ – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, intitulado: "Abrigamento: necessidade ou descaso? A cidadania reconhecida desde a infância é pilar básico para a justiça social", cujo objeto são as crianças e os adolescentes internados nas instituições públicas e privadas de acolhimento institucional, localizadas no Município de Duque de Caxias, recolheu-se o seguinte depoimento de uma das psicólogas do Abrigo Casa do Caminho, no Distrito de Xerém, área rural do Município, caracterizada pela alta concentração de população de baixa renda:

> "Tivemos que procurar a direção da escola municipal em que nossas crianças estão matriculadas porque recebemos delas a reclamação de que nossos meninos e meninas das séries iniciais ficavam agrupados, todos juntos, num canto, no fundo da sala de aula.

> Quando indagamos a professora o porquê dessa atitude, ela justificou, dizendo que era para que nossas crianças pudessem ser mais facilmente identificadas e para que não 'impressionassem' as outras crianças com suas histórias de tragédia e ao mesmo tempo ficassem mais à vontade por estarem entre 'seus iguais'."

Ou seja, no exemplo acima citado, mesmo em se tratando de uma escola municipal, cuja clientela é proveniente das comunidades mais carentes do distrito rural de Xerém/Duque de Caxias, na Baixada Fluminense, ainda assim, as crianças da instituição de acolhimento Casa do Caminho findaram por serem separadas do grupo por se tratarem de crianças "abandonadas" ou, como é costume dizer-se na região, por serem crianças "enjeitadas". De sorte que, apesar da situação de extrema pobreza que poderia consubstanciar-se como um elemento identificador e de integração, tais crianças, por não pertencerem a um núcleo familiar próprio, pela inexistência de laços familiares são estigmatizadas por diferentes e incomuns em relação às demais.

A sociedade impõe a rejeição, leva à perda da confiança em si e reforça o caráter simbólico da representação social, segundo a qual os sujeitos são considerados incapazes e prejudiciais à interação sadia na comunidade. E não por acaso, um dos motivos da segregação do grupo de crianças do Abrigo Casa do Caminho é o temor revelado pela professora da turma de que pudessem "impressionar" as demais crianças com suas histórias pessoais, muitas vezes pontuadas não somente pelo abandono afetivo, mas pela violência de toda sorte, inclusive de ordem sexual.

## Conclusões

Ainda que o ordenamento jurídico pátrio constitucionalmente consagre direitos e garantias individuais, quando os lugares e os papéis não são definidos nas relações sociais, as histórias se mesclam e as funções se invertem. Instaura-se a violência nas mais diversas formas que, vivida na história particular de cada indivíduo, perpassa as fronteiras e vai perpetuar-se na história de cada um, constituindo uma herança nefasta de componentes destrutivos da identidade.

A ausência de vínculos para a criança inscreve a desordem, a não referência, a ausência da autonomia e da referência do ser individual no contexto do grupo social. A história pessoal pode ser uma mera repetição da relação com o grupo. Buscam-se componentes marcados pela impossibilidade de estabelecer vínculos com o grupo de referência; instaura-se o registro da violência nas relações, estrutura-se o ciclo da repetição dos componentes destrutivos, que atravessa os espaços, as fronteiras do individual para o coletivo e, em decorrência, contribui para os desvios dos sujeitos envolvidos nessa trama perversa que importa na ineficácia das normas, na desmoralização dos instrumentos garantidores da cidadania como um todo.

Os acontecimentos da vida de cada indivíduo geram sobre ele a formação de uma lenta imagem de si mesmo, uma viva imagem construída paulatinamente no decorrer de experiências, de trocas com outros: a mãe, o pai, a família, a parentela, os colegas de escola, a turma do bairro e as sucessivas ampliações de outros e outros círculos de outros: outros sujeitos investidos de seus sentimentos, outras pessoas investidas de seus nomes, posições e regras sociais de atuação.

A procura de saídas alternativas que tenham por finalidade precípua preservar e possibilitar a convivência familiar e comunitária, direitos fundamentais da criança e do adolescente consagrados pela Constituição da República de 1988 e pelas Leis nº 8.069/90 e nº 12.010/09, e o acolhimento familiar, através da colocação em família substituta, são medidas que favorecem o desenvolvimento pleno, sadio e harmonioso da criança, cuja personalidade está em formação, garantindo o seu bem-estar.

Imperativo se faz um novo olhar e uma nova postura dos órgãos públicos e da própria sociedade civil organizada em relação à criança e ao adolescente institucionalizado por urgente e necessário. Ainda há muito por fazer. O caminho de superação implica necessariamente em mudanças de paradigmas.

Por derradeiro, pode ser importante verificar que há um enorme hiato que separa o aparato jurídico de garantias expressas nos textos legais das vivências experimentadas por essas crianças e jovens, às quais, sistematicamente, são negados os direitos mais elementares.



## Referências bibliográficas

BRANDÃO, R. C. *Identidade e etnia: construção da pessoa e resistência cultural*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 13 jul, 1990, Seção 1, p. 27834-27841.

BRASIL. *Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.s. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 124, n. 237, 03 ago, 2009, Seção 1, p. 25685-27562.

BRASIL. Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CIAMPA, A.C. Identidade. In: W. Codo& S. T. M Lane (Orgs.). *Psicologia social: o homem em movimento* (pp. 58-75), São Paulo: Brasiliense, 1984.

DURANT, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. de Porphirio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995, p. 51.

GIDDENS, A . *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: laidentidad deteriorada*. 5. ed. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1993.

HOGEMANN, Edna Raquel. O princípio do respeito à pessoa e a polêmica da identidade pessoal e genética do ser clonado. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. 8, fasc.11, Buenos Aires, mar/2005.
JACQUES, M. G. C. Identidade. In: M. N. Strey et al. *Psicologia social contemporânea* (pp. 159-167), Petrópolis: Vozes, 1998.
KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, trad. Paulo Quintela, 1986
MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *O princípio da diginidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos sociais*. Disponível em http://www.iuspedia.com.br. Acesso em 08 de abril de 2008.
MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 819-821.
MORIN, Edgard. *O paradigma perdido: a natureza humana* (4 ed.), Portugal: Nova América, 1973.
OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Um conceito antropológico de identidade. In: *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976, Capítulo II, p. 33-52.
OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanziola. A Força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana, in: *Temas de direitos humanos*, RJ: Lumen Júris, 2003.
SANTOS, B.S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* (5 ed.), São Paulo: Cortez, 1999.
SÉVE. Lucien. Marxismo e a teoria da personalidade. Lisboa: Livros Horizonte, 1979.



[1] A personalidade tem início a partir do nascimento com vida – porém protegendo-se desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º, CC/02) – e seu fim se dá com a morte (art. 6º, CC/02). Note-se que, para parte da doutrina o nascituro antes do nascimento com vida não possui personalidade, sendo apenas tutelado pelo ordenamento jurídico, enquanto que outros entendem que o concepturo é portador de personalidade e sujeito de direitos (Vide: AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 210.)

[2] MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 819-821.

[3]PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana, in: Temas de direitos humanos, RJ: Lumen Júris, 2003.

[4] Na visão psicológica, os estudos sobre identidade são tratados geralmente pela psicologia analítica do eu e pela psicologia cognitiva, que em comum compartilham a noção de desenvolvimento, marcado por estágios crescentes de autonomia, entendendo a identidade como produto da socialização e garantida pela individualização Nesse sentido: Jacques, M. G. C. (1998). Identidade. In: M. N. Streyet al. *Psicologia social contemporânea* (pp. 159-167), Petrópolis: Vozes.; James,Wiliam – O Pragmatismo. *Um nome novo para algumas formas antigas de pensar*. Lisboa. IN-CM; Mead, George. The Individual and the Social Self: Unpublished Essays by G. H. Mead. Ed. by David L. Miller. Universityof Chicago Press, 1982.

[5] Jacques, M. G. C. Identidade. In: M. N. Strey et al. *Psicologia social contemporânea* (pp. 159-167), Petrópolis: Vozes, 1998.

[6] Idem.

[7] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Um conceito antropológico de identidade. In: *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976, Capítulo II. p. 33-52.

[8] MUNANGA, Kabengele. O preconceito racial no sistema educativo brasileiro e seu impacto no processo de aprendizagem do "alunado negro". In: *Utopia e democracia na escola cidadã*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal de RGS, 2000.
[9] GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP. 1991
[10] SANTOS, B.S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* (5 ed.), São Paulo: Cortez, 1999.
[11] DURANT, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. de Porphirio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995, p. 51.
[12] HOGEMANN, Edna Raquel. O princípio do respeito à pessoa e a polêmica da identidade pessoal e genética do ser clonado. In: *Cuadernos de bioética*, vol. 8, fasc. 11, Buenos Aires, mar/2005.
[13] OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra: Almedina, 1999.
[14] Assim dispõe o artigo 8° da Convenção sobre os direitos da criança:
Art. 8°:
1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.
[15] Caminhou nessa direção uma recente decisão ao estabelecer o reconhecimento da hierarquia constitucional do direito à identidade, incluindo-o entre os direitos enumerados do art. 33 da Constituição Federal. É por isso que identificar se uma pessoa é ou não é pai de outro, não forma parte do âmbito da intimidade do demandado, suposto progenitor, porque resolvê-lo afeta o direito do pretenso filho conhecer sua origem biológica. O princípio de igualdade na responsabilidade paterna, nasçam os filhos dentro ou fora do matrimônio, só pode ser assegurado si se estabelece e apoia a determinação da filiação extraconjugal. O ser humano tem direito a conhecer sua própria gênese, sua procedência. Desde o mesmo momento em que o filho é engendrado, nasce uma filiação biológica e com o respectivo direito a que no momento oportuno seja revelada tal filiação biológica, de modo a permitir ostentar uma filiação jurídica.
[16] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, trad. Paulo Quintela, 1986, p. 77.
[17] O abrigo, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é considerado como uma medida de proteção, provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para posterior colocação das crianças e adolescentes em família substituta, não implicando privação de liberdade (art. 101, § único). Ainda, no artigo 92, o ECA, com as posteriores modificações advindas da Lei nº 1.201/09, determina quais são os princípios e critérios que devem orientar este programa:
I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;
III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
IV - desenvolvimento de atividades em regime de coeducação;
V - não desmembramento de grupos de irmãos;
VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

VII - participação na vida da comunidade local;
VIII - preparação gradativa para o desligamento;
IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.
[18] Fonte: Texto Cadernos de Ação n°3 – *Trabalhando abrigos* – CBIA/SP, páginas 22 e 23.
[19] GOFFMAN, Erving. *Estigma: laidentidad deteriorada*. 5. ed. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1993, 172p.
[20] SÉVE. Lucien. *Marxismo e a teoria da personalidade*. Lisboa: Livros Horizonte, 1979, p. 23.

# O direito penal internacional e os crimes internacionais[1]

**Carlos Eduardo A. Japiassú**[2]

## Introdução

Desde a Antiguidade, podem ser encontradas manifestações daquilo que se convencionou chamar de direito penal internacional. Todavia, o seu efetivo desenvolvimento somente se deu a partir do século XX, impulsionado pelas duas Guerras Mundiais e, sobretudo, pela queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria.

A intensa produção legislativa internacional em matéria penal, que fez surgir os chamados sistemas globais de proibição, como ocorrido, por exemplo, em relação à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, deu causa a um crescimento da atenção dispensada a esse ramo do direito. Ao lado disso, o advento dos Tribunais Penais Internacionais, inicialmente com aqueles que se deram logo após a Guerra de 1939-1945, em Nuremberg e Tóquio, até o atual Tribunal Penal Internacional Permanente, foi o impulso definitivo para esse tema se encontrasse na agenda do dia dos Estados Nacionais.

Todavia, dentro desse quadro de desenvolvimento vertiginoso da matéria, o sistema internacional tem sido fortemente influenciado pelo sistema da *common law*, seja nos documentos internacionais, seja na base legal e nas decisões dos tribunais internacionais.

Assim, tem havido uma preocupação entre autores de Estados cujos ordenamentos jurídicos seguem o modelo romano-germânico em analisar e tentar adequar a lógica do direito penal internacional à estrutura dogmática e garantista, característica desses sistemas.

Frise-se, desde logo, que não há consenso quanto a esse ramo do saber jurídico. Muito ao contrário, há divergências desde a denominação, passando pelas categorias de crimes e chegando a estruturas dogmáticas quanto à estrutura dos crimes.

Dessa maneira, pretende-se, inicialmente, apresentar o direito penal internacional desde a sua origem, discutindo as divergências relativas ao seu conceito, objeto e denominação.

---

[1] Esta é uma versão revista de artigo que foi publicado anteriormente em GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 65-90.

[2] Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá; Secretário Geral Adjunto da *Association Internationale de Droit Penal* e Presidente de seu grupo brasileiro.

A seguir, tratar-se-á do conceito e das classificações dos crimes internacionais, adotando-se posição específica sobre o tema.

Por fim, apresentar-se-ão aspectos dogmáticos, relativos à necessidade de uma parte geral do direito penal internacional e à estrutura do crime internacional.

# Direito penal internacional

## Origens e desenvolvimento

Acredita-se que a primeira manifestação de Direito Penal Internacional tenha ocorrido na cláusula de extradição contida no Tratado de Paz celebrado, em 1280 a.C., entre Ramsés II, do Egito, e Hatussilli, rei dos Hititas[3]. As relações existentes entre esses dois povos antigos fizeram com que seus governantes sentissem a necessidade da cooperação internacional para garantir a real aplicação do direito penal interno[4].

Esse dado histórico serve para ilustrar o entendimento moderno, segundo o qual o direito penal internacional é fruto da convergência entre a necessidade de aplicação internacional das regras penais internas e a existência de aspectos penais nas normas internacionais.

A ideia de um direito penal pertencente ao direito internacional remonta à Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII, de autores como Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Hugo Grotius.[5]



No entanto, até o advento, no século XIX, dos Códigos Penais da França e da Alemanha, que passaram a admitir a aplicação extraterritorial de suas normas, a extradição foi o mais importante instrumento, dentre os até então existentes, de cooperação internacional em matéria penal. Com os Códigos citados, outros mecanismos de internacionalização do Direito Penal passaram a se desenvolver.

A aplicação extraterritorial do direito punitivo interno exigiu o surgimento de diversas regras destinadas a dirimir os conflitos interespaciais de normas. Tais regras encontram-se hoje nas legislações nacionais e permitem uma atuação ordenada, garantidora da eficácia da lei penal interna[6], constituindo, para alguns, um capítulo do direito penal internacional[7].

Paralelamente a essa evolução dos aspectos internacionais do direito penal interno, que se encontra muito longe de estar concluída, a sociedade internacional, por seu turno, sentiu a necessidade da criminalização de certas condutas individuais

[3] BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 51.

[4] *Idem, ibidem*.

[5] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: Parte General*. 5 ed, Granada: Comares, 2002, p. 127.

[6] *Op. Cit.*, p. 52.

[7] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 106.

ou de grupos, que, por si mesmas, são capazes de pôr em risco a convivência entre os homens e a paz entre os diversos Estados nacionais. Em consequência, surgiram normas costumeiras, bem como outras resultantes de tratados e convenções que trataram de matéria penal.

No que se refere à produção de documentos internacionais em matéria penal, foi também durante o século XIX que começou a haver desenvolvimento nesse sentido. Pode-se mencionar a instrução de 1863, durante a Guerra de Secessão do Estados Unidos, que previa a punição do que hoje se convencionou chamar de crimes de guerra. Da mesma maneira, as Convenções de Genebra, de 1864, que criou a Cruz Vermelha, e as de Haia, de 1899 e 1907, também regularam os conflitos armados.[8]

O efetivo desenvolvimento do direito penal internacional, todavia, somente se deu após a Primeira Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes estabeleceu que o Kaiser Guilherme II havia violado as leis de guerra, e, por isso, determinou que deveria ser processado criminalmente (art. 227), bem como seria estabelecido um tribunal internacional para os criminosos de guerra alemães (arts. 228 e 229).[9]

No período entre os dois conflitos mundiais, por conta de iniciativas diplomáticas, por força de medidas tomadas no seio da Liga das Nações ou por atividades de juristas, houve intenso desenvolvimento com vistas ao estabelecimento teórico e à imposição prática do novo ramo do direito.[10]

Em realidade, foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial e dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio que o direito penal internacional efetivamente se consolidou como ciência unitária e autônoma em relação às suas origens históricas. Até então, embora já houvesse normas e documentos que tratavam de matéria penal internacional, um estudo sistemático somente se consolidou com o surgimento dos tribunais *ad hoc* posteriores à guerra de 1939 a 1945.



A partir de então, durante o período da Guerra Fria, por conta das dificuldades na obtenção de consensos entre os dois grandes blocos mundiais, houve grande dificuldade na implementação de um pretendido Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade e o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente.[11]

Foi somente após a Queda do Muro de Berlim que o direito penal internacional passou a ser admitido como um tema que efetivamente merecia ser estudado e desenvolvido. A partir de então, surgiram Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, além do Tribunal Penal Internacional.

No que se refere a outros crimes transnacionais, surgiram sistemas globais de proibição, como o da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.[12]

---

[8] MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 78.

[9] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 40.

[10] Vide, com mais detalhes, JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 41 e ss.

[11] *Idem, ibidem*.

[12] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002, p. 97.

Nesse caso, após o advento da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, o G-7, grupo dos países com as economias mais desenvolvidas do mundo, decidiu combater, em escala internacional, a lavagem de dinheiro. Assim, criou o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro (GAFI), que elaborou 40 recomendações que devem ser adotadas pelos Estados nessa matéria, inclusive quanto à criminalização, à adoção de medidas processuais e à cooperação penal internacional. Como consequência dos atentados terrroristas de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, foram incorporadas mais nove recomendações sobre o financiamento do terrorismo. Atualmente, os Estados são avaliados por organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o próprio GAFI quanto à adequação às recomendações, o que gerou uma rapidíssima harmonização e uniformização da legislação penal em escala planetária, como jamais antes visto.[13]

Modernamente, o direito penal internacional, ao mesmo tempo em que busca a formulação de princípios normativos internos e internacionais para a regulação das condutas individuais violadoras da boa convivência internacional, procura, também, o estabelecimento de normas convencionais (bilaterais, multilaterais, regionais e universais) e internas que permitam a transferência de um Estado a outro de processos criminais e pessoas condenadas, a extradição, a execução de sentenças penais estrangeiras, bem como o aparecimento de outros meios de cooperação penal Internacional.



## Conceito

O direito penal internacional é o ramo do direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O direito penal internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do direito penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional.

Esta é uma definição ampla e analítica, que destaca o caráter autônomo do direito penal internacional, pois a internacionalização do crime levou à internacionalização da sua prevenção e repressão. Alicia Gil Gil[14], por sua vez, sustenta que não seria razoável utilizar uma conceituação tão ampla, visto que os temas relativos à competência jurisdicional, à aplicabilidade da lei penal no

[13] Sobre o tema, vide THONY, Jean-François; KOUTOUZIS, Michel. *Le blanchiment*. Paris:PUF, 2005.

[14] GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999, p. 27.

espaço, à cooperação penal e à eficácia de sentenças penais estrangeiras seriam temas, em realidade, de direito processual penal e de direito interno, para os quais dever-se-ia procurar ramo do direito próprio, ao invés de relacioná-los com o direito penal internacional.

De outra maneira, respeitando tal ponto de vista, o que aqui se busca fazer é definir, de maneira genérica o conceito de direito penal internacional, da maneira como os documentos internacionais têm feito. O Estatuto de Roma, por exemplo, apresenta normas relacionadas com todos esses pontos, parecendo essa definição ampla a mais adequada a assegurar autonomia da disciplina.

Essa autonomia, entretanto, nem sempre existiu, tanto assim, que em sua origem recente, Donnedieu de Vabres[15], ao definir o direito penal internacional como a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado em confronto com as jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis penais e os efeitos dos julgamentos criminais estrangeiros, o subordinava exclusivamente ao direito penal interno. Por seu turno, Antolisei[16] afirma que o direito penal internacional é um "complesso di norme di carattere interno dirette a tutelare beni o interessi che non sono esclusivi di un solo Stato, ma propri di più Stati o comunità di Stati".

Já Zaffaroni, Alagia e Slokar[17] fazem distinção entre direito internacional penal, que estaria ligado ao direito internacional público, e o direito penal internacional, que se relacionaria com o direito internacional privado. Afirmam que o primeiro teria como objeto a tipificação internacional de delitos e de sua competente repressão, por meio das fontes próprias do direito internacional. Por sua vez, o outro determinaria a competência legislativa e jurisdicional a respeito de delitos e autores, definidos pela legislação nacional.



No Brasil, René Ariel Dotti[18], que adota as expressões direito penal internacional e direito internacional penal, define o primeiro como "o conjunto de disposições penais de interesses de dois ou mais países em seus respectivos territórios", e o segundo como "o complexo de normas penais visando à repressão das infrações que constituem violações do direito internacional". Por sua vez, Damásio de Jesus[19] adota uma definição ainda mais estrita do que esta ao afirmar que "o direito internacional penal estabelece regras de determinação da lei aplicável em caso de a conduta punível lesar o ordenamento jurídico de mais de um Estado". João José

[15] DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris: Sirey, 1928, p. 3.

[16] ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Parte Geral, 13 ed, Milão, Giuffrè, 1994, p. 107, nota 30.

[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. 2 ed, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 195.

[18] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal - Parte Geral*. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

[19] JESUS, *op. cit.*, p. 105.

Leal[20] o considera, sob a denominação de direito internacional penal, como um ramo do direito internacional público, e Haroldo Valladão[21] o via como vinculado ao direito internacional privado. Disto também discorda Damásio de Jesus[22] por entender que o direito penal internacional "não pertence ao direito internacional privado nem ao direito internacional público", concluindo, numa posição firme, que se trata de "direito público interno... É direito de aplicação do direito penal, ou superdireito".

A própria existência do direito penal internacional foi contestada. Tanto isso é verdade que Quintano Ripollés[23] abriu o seu Tratado afirmando que, desde quando Jeremias Bentham fez incorporar, em 1820, ao léxico jurídico usual a expressão "direito internacional penal", não deixaram de se acumular ao seu redor inumeráveis críticas, vindas tanto de internacionalistas, quanto de penalistas. O autor espanhol destacou que, nessas críticas, ocorreu uma rara unanimidade, pois tanto clássicos como positivistas argumentaram de forma idêntica. Manzini[24] afirmava que não pode haver um direito penal internacional por não existirem delitos nem penas internacionais. Por outro lado, Paulo José da Costa Jr.[25] sinaliza que a sua existência "pressupõe um organismo internacional, que se superponha às nações e que tenha condições de ditar leis e impor sanções". Ademais, afirma que a ONU não possui tais condições. "Por isso, o direito internacional penal está fadado a vagar no espaço da fantasia."[26] Já Antolisei[27] assegura expressamente que "Un vero diritto penale internazionale ancora non esiste", já que, segundo este autor, somente existem questões de extraterritorialidade da lei penal, o que pertence ao direito penal interno.



Tais afirmativas tendem a não mais subsistir, visto que, com o Tribunal Penal Internacional, pretende-se criar um sistema de repressão aos delitos internacionais, por meio de uma jurisdição penal internacional permanente. Pode-se afirmar, pois, que vive-se um momento de internacionalização do direito e, mais especificamente, do direito penal.

---

[20] LEAL, João José. *A possibilidade de instituição de um Tribunal Criminal Permanente pela ONU, como resultado da Nova Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: UGF (tese), 1994, p. 25.

[21] VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. vol. III, Parte Especial, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 223.

[22] JESUS, *op. cit.*, p. 105.

[23] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal.* tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, Instituto "Francisco de Vitoria", 1955, p. 11.

[24] "Perciò, non esistono nè reati nè penne di diritto internazionale, e quindi neppure un diritto penale internazionale in senso proprio" (MANZINI, Vicenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Vol. 1, Turim: UTET, 1950, p. 142).

[25] COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2 ed, 1987, p. 14.

[26] *Idem, ibidem*

[27] ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 107.

## Objeto

Por sua amplitude conceitual, o direito penal internacional revela que, diferentemente dos demais ramos tradicionais do direito, engloba em seu objeto matérias que, desde uma perspectiva do direito interno, participam de outros ramos jurídicos.

Assim, o direito penal internacional, ao mesmo tempo em que trata dos crimes transnacionais, assunto tradicionalmente afeto ao direito penal interno, preocupa-se, também, com os fenômenos da cooperação penal internacional, temas, de regra, estudados no direito processual penal. Além disso, ocupa-se da extradição, que é, essencialmente um ato de cooperação penal internacional.

Por outro lado, numa perspectiva de direito internacional, o objeto do direito penal internacional abrange a proteção penal da comunidade internacional e a dos bens jurídicos supranacionais, através da repressão aos crimes internacionais próprios.

O caráter multidisciplinar assumido pelo direito penal internacional é fruto de sua formação histórica.

O direito penal internacional se apresenta sob dois aspectos. De um lado, as manifestações internacionais do direito penal interno e, de outro, as manifestações penais do direito internacional.

Assim como o direito penal tem necessidade, para bem cumprir sua missão, de internacionalizar-se através da extradição, de sua aplicação a fatos cometidos fora do território nacional, da colaboração internacional na apuração e prevenção do crime, da cooperação com autoridades judiciais estrangeiras, também o direito internacional possui aspectos penais, em face da necessidade de prevenir e reprimir condutas que, na esfera internacional, são capazes de ameaçar a manutenção da paz e do bom relacionamento entre os homens e as nações.



A partir da constatação da existência de caracteres fundamentais comuns em cada um desses fenômenos, formou-se o direito penal internacional moderno, que passou a tratar, numa visão monolítica, de todas essas manifestações.

Dessa dupla natureza e de seu pouco tempo de existência, resulta a relativa falta de estrutura doutrinária de que padece.

Está, ainda, em elaboração a sua teoria geral, bem como a fixação de alguns de seus princípios fundamentais. Tal tarefa é de execução extremamente difícil, pois em razão de seus múltiplos entrelaçamentos, atinge um alto grau de complexidade técnica.

Por tudo quanto já ficou exposto, podemos afirmar que o objeto do direito penal internacional atua no âmbito das relações individuais no contexto internacional.

Por outro lado, a grande missão do direito internacional penal é criar as necessárias condições teóricas para o surgimento da Corte Criminal Internacional e de um Código Penal Internacional, única forma de se evitar a continuação de violações de direitos fundamentais, como já ocorreu nos casos de Nuremberg e de Tóquio e, de certa maneira, mas em menor grau, nos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

## Denominação

Como lembra Bassiouni[28], em alguns idiomas, especialmente naqueles provenientes do latim, torna-se difícil conciliar o dualismo das origens do direito penal internacional, daí resultando as dúvidas quanto à sua correta denominação, se direito penal internacional ou direito internacional penal. José Luis de la Cuesta[29], tradutor da obra de Bassiouni para o espanhol, em nota, afirma que o autor optou pela construção do direito penal internacional como "disciplina autônoma e sob uma única denominação", preferindo a "utilização da expressão direito penal internacional em um sentido amplo, compreensivo tanto dos aspectos internacionais do direito penal interno, quanto dos aspectos penais do direito internacional".

Daí porque, anteriormente e por muito tempo, falou-se em um direito penal internacional em oposição ao direito internacional penal, aquele abrangendo os aspectos internacionais do direito penal interno e este tratando dos aspectos penais do direito internacional. Tal distinção inspirou a obra de Quintano Ripollés[30], intitulada *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Jescheck e Weigend,[31] por sua vez, utilizam apenas e tão-somente a expressão direito internacional penal (*Völkerstrafrecht*).

Hoje, tal distinção possui mero valor histórico e sentido puramente metodológico[32], pois, como já destacado, sob a denominação de direito penal internacional é estudado tudo aquilo que, outrora, pertenceu ao objeto daquelas duas disciplinas anteriormente mencionadas.



Por sua vez, Renée Koering-Joulin e André Huet[33] esclarecem que a expressão "direito penal internacional" deve ser tomada em sentido amplo, pois as palavras "direito penal" englobam não somente o direito penal propriamente dito ou direito penal substancial, que descreve as infrações puníveis, designa as pessoas responsáveis e fixa as penas, mas, também, o direito processual penal, que estabelece a competência dos tribunais, regula o processo que se desenvolve perante eles e atribui efeitos aos julgamentos que pronunciam. Por outra parte, a palavra "internacional" deve, por seu turno, ser tomada extensivamente. Um problema criminal será "internacional" toda vez que estiver presente um elemento (que os autores chamam *extranéité*), através do qual o fato entre em contato com uma ordem jurídica estrangeira.

---

[28] BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 50, nota 3.

[29] *Idem, ibidem*.

[30] QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.,* p. 11. Ainda hoje, tal distinção e, consequentemente a denominação direito internacional penal, não estão totalmente abandonadas, bastando mencionar Leal, *op. cit.*, p. 45, para quem "o conceito atual de um direito repressivo supranacional não deve coincidir com o do tradicional direito penal internacional, que se limita apenas à função de reprimir as infrações ditas internacionais, cujo fundamento repousa no direito penal interno". No mesmo sentido, ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal - Delicta iuris gentium*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3 e segs. e Dotti, *op. cit.*, p. 109 .

[31] JESCHECK; WEIGEND, *op. cit* , p. 126 e ss.

[32] BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 50.

[33] HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*, PUF: Paris, 1994, p. 23/24.

Frise-se, no entanto, que jamais houve unanimidade quanto à definição terminológica. Tanto assim que já se falou em "direito penal universal", em "direito penal internacional público", em "crimes contra o direito das gentes" e em "direito das infrações internacionais"[34].

Posteriormente, os autores brasileiros, em determinado momento, mostraram-se mais seguros, tanto assim que se empregou a expressão "direito penal internacional" apenas para significar o conjunto de regras de direito penal destinado à solução dos conflitos interespaciais de leis; à regulamentação da extradição, da expulsão, da imunidade das pessoas internacionalmente protegidas; e à fixação dos limites da execução de sentenças penais estrangeiras[35].

O conteúdo que se atribuía à expressão possuía caráter prático, porque, ademais de vincular a matéria ao direito penal interno, estabelecia sua distinção em relação ao direito internacional penal, como fazia Antonio Quintano Ripollés[36].

O direito internacional penal, por seu turno, era ramo do direito internacional e se destinava a estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos por "um ato ilícito sancionado pelo direito internacional e constituído por um atentado às relações inter-humanas na comunidade internacional", para usarmos a definição de infração internacional de Plawsky[37] e repetida por Heleno Cláudio Fragoso[38].

A doutrina brasileira atual consagra a ideia unificadora sob a denominação direito penal internacional, pois, como afirma Celso Albuquerque Mello[39], "na verdade é extremamente artificial se separar um ramo do direito em interno ou internacional, vez que atualmente não há mais qualquer ramo do direito que não seja internacionalizado". Em verdade, no direito penal internacional atual não há a preponderância de normas internas, nem a de normas internacionais para a determinação de sua denominação. No seu âmbito, são encontráveis tanto normas internacionais como, por exemplo, as previstas pelos tratados e convenções, quanto normas de direito interno com conotação internacional.



Assim sendo, não há que se falar em um "direito internacional penal" destinado a conter as normas internacionais relativas a fatos que firam a ordem pública internacional ou que constituam infrações ao direito das gentes. Da mesma forma, a expressão "direito penal internacional" não deve ser reservada, apenas, às normas penais internas com conotação internacional. Daí porque autores contemporâneos, como Bassiouni[40], Lombois[41] e Koering-Joulin[42] preferem a expressão direito penal internacional.

---

[34] GIL GIL, *op. cit.*, p. 26/27.

[35] VALLADÃO, Haroldo. *op. cit*,. p. 223.

[36] QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 11.

[37] PLAWSKI, Stanislaw. Études des Principes Fondamentaux du Droit International Pénal. In: *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse: Érès, vol. 60, nºs 1/2, 1989, p. 556.

[38] Sobre o tema, vide FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. In*: Revista de Direito Penal*, nº 9/10, Rio de Janeiro, 1973.

[39] MELLO, *op. cit.*, p. 15.

[40] BASSIOUNI, M. Cherif. Le droit pénal international, son histoire, son objet, son contenu. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: Érès, 1981.

[41] LOMBOIS, Claude. *Droit pénal international.* Paris: Dalloz, 2 ed., 1979.

[42] KOERING-JOULIN, *op. cit.*.

## Conceito e classificação dos crimes internacionais

A noção de crime internacional não é fácil de ser estabelecida, havendo uma certa ambiguidade conceptual[43].

Schabas[44] sustenta que o conceito de crime internacional tem sido tratado há séculos, já que se referia a delitos cuja repressão possuía uma certa dimensão internacional. Historicamente, talvez o maior exemplo tenha sido o da pirataria cometida em alto-mar. Essa espécie de crime necessitava, para ser objeto de processo e julgamento, de regras de jurisdição especiais e, sobretudo, de cooperação entre Estados. Como outros exemplos de infrações penais que possuem essas necessidades específicas, pode-se mencionar o tráfico de escravos, o tráfico de mulheres e de crianças, tráfico de entorpecentes, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e a lavagem de dinheiro.[45]

Já Cassese,[46] por sua vez, menciona que crimes internacionais seriam as violações graves às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade penal internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam. Considera, ainda, este autor que o conceito de crimes internacionais precisa, necessariamente, conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendam proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, consequentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio, os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.



Dessa maneira, considera que seriam crimes internacionais somente as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo (quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).[47]

A expressão – crimes internacionais – pode ser tomada em, pelo menos, dois sentidos, embora haja quem sustente a possibilidade de existência de uma terceira classificação[48].

---

[43] VERHAEGEN, Jacques. Les crimes internationaux et le droit pénal interne. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, nºs 1/2, Toulouse: Érès, 1989, p. 127.

[44] SCHABAS, William A.. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 21.

[45] *Idem, ibidem.*

[46] CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.

[47] CASSESE, *op. cit.*, p. 24.

[48] Deve-se ressalvar que Damásio E. de Jesus tem posição diversa, que aqui não é adotada – por considerá-la extremamente simplificada – sustentando que seriam crimes internacionais aqueles previstos no artigo 7º do Código Penal (JESUS, *op. cit.*, p. 218).

Diferentemente, Sorin Moisescu e Dorin Sabau[49] afirmam que, no pensamento jurídico-penal romeno, a expressão adequada, ao invés de crime internacional, seria infração internacional. Esta consistiria em uma ação ou omissão contrárias ao direito internacional, cujo elemento essencial residiria em um evidente perigo à paz e à segurança internacional, as bases para a coabitação pacífica entre os Estados.

Esses autores também entendem haver duas classificações. Uma primeira referente aos crimes cometidas pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Haveria, ainda, uma outra classificação que compreenderia as infrações internacionais cometidos por particulares, que seriam, por exemplo, a pirataria, o tráfico internacional de entorpecentes e a falsificação de moeda. Assim, enquanto a primeira categoria teria, fundamentalmente, objetivos políticos, na segunda, tal fato não ocorreria.

Outra questão que é mencionada é a da função precípua do direito, mais especificamente, do direito penal e, também, do direito penal internacional, a proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade, das condições básicas para a realização pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem.

A intervenção do direito penal deve, em regra, respeitar os limites dos princípios da legalidade e da proteção dos bens jurídicos,[50] sob pena de sua aplicação tornar-se odiosa.



Quanto ao direito penal internacional, Alicia Gil Gil[51] sustenta que existem delitos que violam bens jurídicos individuais, como a vida humana e a liberdade, e outros que ofendem bens jurídicos que fazem referência ao funcionamento do sistema. Em relação a esses últimos, também faz a seguinte distinção:

> • "Bienes jurídicos colectivos que hacen referencia a las condiciones indispensables para el desarollo real y efectivo de los bienes individuales. Entre ellos se encontrarían, en mi opinión, entre otros, la paz internacional, la existencis de determinados grupos humanos o el medio ambiente.
> • Bienes jurídicos institucionales que formalizan, según Bustos, procesos o vías en relacíon com otros bienes jurídicos, para que éstos, puntual o constatemente, puedan tener realidad y efectividad. En este grupo se encuentra el bien jurídico existencia de los Estados, que adquiere una

[49] MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5.

[50] Sobre a questão da proteção de bens jurídicos no direito penal e a controvérsia a esse respeito, vide GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v 12, fascículo 49, São Paulo: RT, p. 89-147.

[51] GIL GIL, *op. cit.*, p. 35 e ss.

> especial relevancia en el Derecho Penal Internacional, pues al ser los Estados los principales sujetos del Derecho internacional, y al estar el orden internacional constituido por la comunidad de Estados, este bien jurídico, aun no siendo individual, y aun estando al servicio de los individuales, no pode excluirse de aquéllos referido a las bases de existencia del sistema, pues cuando del sistema internacional se trata, el mismo no puede concibirse, al menos hoy en día, sin la existencia de los Estados que lo integran. Por ello habremos de conceder a este bien jurídico un doble carácter.
>
> • Biens jurídicos de control, respecto de los que únicamente se puede señalar su escasa o nula aparición en Derecho Penal Internacional debida al primitivo estado de desarrollo en el que se encuentra el sistema,carente hoy en día de autoridades centrales o de mecanismos autónomos para ejercer el poder. El Projecto de Crímenes contra ala Paz e la Seguridad de Humanidad, tal y como fue aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, incluía un artículo 19 en el que se castigaban los crímenes contra las Naciones Unidas y personal asociado, pero que posteriormente no há sido asumido en el Estatuto de lo Tribunal Penal Internacional. Sin embargo, se han introducido en el mismo los artículos 70 y 71 en los que sí se protegen bienes jurídicos de control."[52]

Já Kai Ambos trabalha com a idéia de macrocriminalidade, que abrangeria, fundamentalmente, comportamentos conforme o sistema estabelecido e adequados à situação dentro de uma estrutura de organização, aparelho de poder ou outro contexto de ação coletiva. Sustenta ainda que se diferenciaria qualitativamente de outras formas de criminalidade, tais como terrorismo, entorpecentes e criminalidade econômica, devido a condições políticas de exceção e ao papel ativo que desempenha o Estado.[53]



A macrocriminalidade seria mais limitada que a criminalidade dos poderosos (*Kriminalität der Mächtigen*), já que esta referir-se-ia aos fatos cometidos pelos poderosos para a defesa de sua posição de poder, e nem estes poderosos nem o poder econômico que defendem são, necessariamente, idênticos ao Estado ou ao poder estatal. A intervenção, a tolerância, a omissão ou até o fortalecimento estatal de comportamentos macrocriminais, fundamental para essa delimitação conceitual, necessitam que ocorra em um contexto de atividade política. Assim, *macrocriminalidade política* significa, em *sentido estrito*, criminalidade fortalecida pelo Estado, crime coletivo politicamente condicionado ou – com menor precisão – crimes de Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental. Trata-se de criminalidade estatal interna, ou seja, de uma criminalidade orientada para dentro, contra os próprios cidadãos.[54]

---

[52] GIL GIL, *op. cit.*, p. 35/36.

[53] AMBOS, Kai. *La parte general de derecho penal internacional: bases para uma elaboración dogmática*. Berlim: Duncker und Humblot; Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. ; Bogotá: Temis, 2005, p. 44 e ss.

[54] *Idem, ibidem.*

Da mesma maneira, não corresponderia aos crimes dos agentes estatais no exercício de suas funções (*Top hat crimes*), na definição de Dionysios Spinellis. Estes seriam crimes praticados por indivíduos que tomassem parte em atividades políticas e ocupassem cargos públicos. Refere-se a quatro espécies de infrações penais, que diriam respeito a: violações das regras básicas da luta pelo poder e do jogo político (alta traição, crimes eleitorais e espionagem política, como no conhecido Caso Watergate); violação de direitos humanos dos cidadãos (homicídios políticos, desaparecimentos e tortura, e brutalidade policial); corrupção e escândalos econômicos; ações ou omissões penalmente relevantes cometidas durante o tempo em tenha exercido o cargo. [55]

De toda maneira e em que pese haver respeitáveis opiniões divergentes, aqui se adota um conceito de crimes internacionais subdividido em três espécies: em sentido estrito ou propriamente ditos; em sentido amplo ou transnacionais; e por contaminação ou difusão.

Em sentido estrito, refere-se às infrações previstas no Estatuto do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), ou seja, aos crimes contra a paz, aos de guerra e aos crimes contra a humanidade e hoje no Estatuto de Roma. Estes são crimes que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e, como afirma Triffterer[56], geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no direito internacional.



Em sentido amplo, além das infrações mencionadas, abrange os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto, mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais[57].

Num terceiro sentido, ainda mais amplo, seria aplicável à delinquência internacional por contaminação ou difusão. Denomina-se delinquência por contaminação ou difusão ao conjunto daqueles crimes, convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou.

---

[55] SPINELLIS, Dionysios. Crimes of politicians in office (or "Top hat crimes"). In: *Nouvelles etudes penales*. n. 12, Toulouse: Érès, 1995, p. 17-20.

[56] TRIFFTERER, Otto. *Commentaire du colloque tenu a Hammamet, Tunisie, 6/8 juin 1987*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal.* Vol. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989, p. 20.

[57] No mesmo sentido, JAOTSEN, Matti; TRÄSKMAN, P. O.. *National report*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal.* v. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989, p. 291 e 303.

## Estrutura e imputação nos crimes internacionais

A construção de uma teoria do crime no direito penal internacional enfrenta algumas dificuldades, sobretudo, para aqueles cuja formação provém do modelo jurídico característico da tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro. O primeiro motivo dessa dificuldade decorre da própria irrelevância deste modelo no direito penal internacional, que decorre fundamentalmente da *common law* anglo-saxônica e, secundariamente, do direito francês. Um outro motivo seria a própria dificuldade em um ramo do direito em que o princípio da reserva legal é analisado de maneira diversa àquele característico do direito penal interno.

Como dito acima, ao se fazer referência à ideia de uma teoria do crime no direito penal internacional, deve-se levar em conta, para aquele que está habituado com o modelo de direito penal característico do sistema romano-germânico, como é o caso da Alemanha, da Itália, da Espanha, de Portugal e dos países da América Latina, no qual o Brasil se insere, que o direito penal internacional funda-se em orientação diversa.

A análise dogmática comumente utilizada decorre, em grande medida, da ciência jurídico-penal alemã, que exerce uma grande influência em ordenamentos surgidos a partir do pensamento jurídico europeu continental. Todavia, para a formação do direito penal internacional, o sistema jurídico de maior relevância é o da *common law*, que é assentado em bases bastante diversas. Assim, Ambos informa que, até agora, a dogmática alemã não teve praticamente nenhuma influência no desenvolvimento do direito penal internacional.[58]



Aliás, essa falta de influência decorreria não só da diferença com a *common law*, como também se manifesta se comparada com a relevância do direito francês, o modelo mais importante dentre aqueles encontrados na Europa continental. Uma das razões fundamentais para isso, entre outras, seria a própria facilidade linguística, pois é mais corrente encontrar indivíduos que falem e compreendam a língua francesa, que a alemã, por exemplo.[59]

[58] AMBOS, *Parte Geral*, p. 49.

[59] Além disso, Ambos menciona que o desconhecimento pelos alemães da ciência do direito existente em outros países do mundo também contribuiria. Ou seja, o isolamento alemão teria responsabilidade direta pela irrelevância do direito romano-germânico em escala internacional. Este autor conta seguinte história, que bem ilustra essa situação: "Esta situação, questionada às escondidas há tempos, foi criticada – alguns dirão: finalmente! – em público, nas jornadas de Berlim – pioneiras desde muitos pontos de vista – ao tratar o futuro da ciência jurídico-penal de frente à mudança de século. Assim, *Roxin* expressou que o penalista alemão 'com frequência' é o 'responsável por desconsiderar o pensamento jurídico-penal não alemão' convertendo o '*transfer* da ciência' em uma 'rua de mão única'. Entre os oradores convidados, o penalista norte-americano *George Fletcher* – que tem o mérito de ter propagado a dogmática jurídico-penal alemã no âmbito do direito anglo-americano – observou de modo crítico e sem rodeios a 'autoconsciente natureza provinciana' da dogmática alemã: ela dá muito pouco interesse às culturas jurídicas de seus hóspedes estrangeiros; as ideias, as figuras dogmáticas, os autores, a jurisprudência e as escolas filosóficas dos âmbitos jurídicos estrangeiros são amplamente ignorados, de modo que o 'intercâmbio de ideias científicas [...]

Além disso, a dificuldade máxima para a construção de uma teoria do delito em sua dimensão internacional decorreria do fato de não se contar com a referência de um ordenamento jurídico-penal positivo, que é responsável por uma estrutura de direito mais harmônica.

Ademais, há diferenças importantes entre o direito penal interno e o direito penal internacional, que se manifestam em questões básicas, como, por exemplo, no caso do princípio da reserva legal. Se, na esfera interna, tal princípio é admitido e incorporado à imensa maioria das legislações contemporâneas, no direito penal internacional, ainda existem dúvidas quanto à sua real significação e ao seu alcance.

Em realidade, no direito penal internacional, existem três teorias com relação ao princípio da reserva legal, em particular, decorrente das discussões surgidas a partir das decisões proferidas pelos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.[60]

Existe um primeiro ponto de vista que entende que o direito aplicado pelos Tribunais já existia anteriormente e, por isso, defendem que o princípio da reserva legal devesse ser interpretado e adaptado à lógica do direito internacional. Bassiouni[61] sustenta que o conceito de reserva legal não pode ser aplicado no mesmo sentido estreito que é percebido no direito interno. Sustenta-se, pois, que os crimes contra a paz já estariam previstos no direito internacional, como se pode perceber, por exemplo, nos Pactos de Não Agressão Briand-Kellog e no Ribbentrop-Molotov. Quanto aos crimes de guerra e contra a humanidade, estes já teriam sido tipificados no direito interno e, em especial, os primeiros pelas diversas Convenções de Haia e de Genebra, antes de 1945. Mais que isso, afirma-se que, embora os documentos internacionais não contivessem proibições penais explícitas e também não houvesse previsão de sanção, houve uma condenação moral e, por isso, foi necessária uma interpretação do princípio da legalidade, já que existiam razões morais e de utilidade internacional que superam o rigor técnico do princípio[62].



Em sentido diverso, há uma segunda corrente que afirma a sua inaplicabilidade, visto que se trata de um direito majoritariamente consuetudinário e, considerando-se que a reserva legal pressupõe direito escrito, não poderia ser utilizado. Glaser[63],

só corre em uma direção.' O fato de que não se tenham escutado de outras bocas estrangeiras expressões similares em público, deve-se muito mais à elegante reserva decorrente da condição de convidado, que de um dissenso das teses apresentadas por *Roxin* e por *Fletcher*. De todo modo, na publicação da versão espanhola da conferência do importante penalista espanhol *Francisco Muñoz Conde,* encontra-se a frase crítica de que 'a maioria dos penalistas espanhóis e sua produção científica é desconhecida quando não ignorada na Alemanha'. Esta reprovação sobre a ignorância da dogmática alemã sobre a espanhola foi omitida na versão alemã. Nesta, tão-somente se pode encontrar a referência encoberta de que a influência da dogmática alemã não significaria que a espanhola não tenha 'nenhum perfil autônomo', circunstância que, ademais, em muitos casos, conduziria a soluções diferentes" (AMBOS, *op. cit.,* p.51).

[60] Sobre o tema, vide JAPIASSÚ, *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*, p. 143/160.

[61] BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2 ed., Haia: Kluwer, 1999, p. 129/ 130.

[62] GIL GIL, *Derecho penal internacioanal,* p. 67.

[63] GLASER, Stefan. *infraction internationale: ses élements constitutifs et ses aspects juridiques*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 41 e ss.

nesse ponto, reconhece que, embora o direito penal internacional devesse se ajustar ao princípio da legalidade, ou seja, devesse servir de proteção contra condenações injustas, não pode produzir-se o efeito contrário, o fracasso do direito e a subtração dos culpados do julgamento.[64]

Já Quintano Ripollés[65] afirma que o princípio da legalidade não é aplicável no âmbito internacional, e que neste particular a proteção individual se converte em proteção do Estado, o que o faz perder o seu conteúdo liberal original. Sustenta, no entanto, que a inaplicabilidade da reserva legal ao direito penal internacional deverá ser sanada com o surgimento de uma codificação deste direito. Frise-se que tal assertiva ganhou contornos de realidade com o advento da Corte Criminal Internacional e do Estatuto de Roma.

Há, ainda, a posição de Kelsen[66], que reconheceu que o Acordo de Londres vulnerou o princípio da reserva legal, ao prever sanções individuais em hipóteses em que somente havia previsão de sanções coletivas. Afirmava ainda que o referido princípio é um princípio de justiça, assim como a responsabilidade penal individual, mas que representa um grau maior do que a responsabilidade coletiva, característica das sociedades coletivas. Assim, sustenta que quando há o choque de dois princípios de justiça, deve prevalecer o de maior valor, o que, nesse caso, significa o segundo.

Diferentemente, Huet e Koering-Joulin[67] afirmam que as cortes, formadas para julgar os criminosos na Europa e no Extremo Oriente, não criavam um direito, mas apenas e tão-somente aplicavam um já existente. Foram mais adiante, sustentando que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* expressa



[64] No mesmo sentido, GRAVEN, Jean. Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilizsation par le droit pénal. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Vol. 1, Toulouse: Érès, 1964, p. 7/37.

[65] QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 95 e ss.

[66] Vide GIL GIL, *op. cit.*, p. 67/68.

[67] "Le tribunal a tout à la fois reconnu qu'il y avait bien rectroactivité ert justifié cette retroactivité. Au sujet des crimes de guerre, il a consideré que le statut est déclaratif d'un droit préexistant, et non créateur d'un droit nouveau, car 'dès avant le statut les crimes de guerre étaient prévus par les articles 46, 50 et 56 de la convention de La Haye de 1907 ...'. A propos des crimes contre la paix, le Trribunal a déclaré qu'il 'faut rappeler que la maxime *Nullum crimen sine lege* ne limite pas la souverainetée des Etats; elle ne formule q'une règle géneralement suivie; or, il est faux de présenter comme injuste le châtiment à ceux qui, au mépris d'engagements et de traités solennels, ont, sans avertissement préalable, assailli un Etat voisin. En pareille occurrence, l'agresseur sait le caractère odieux de son action ... Les accusés connaissaient les traités signés p=ar l'Allemagne qui proscrivaient le recours à la guerre pour régler les différends; ils savaient que la guerre d'aggression est mise hors la loi par la plupart des Etats du monde, y compris par l'Allemagne elle même ... C'est pleine connaissance de cause qu'ils violaient le droit intenational'. Par ailleurs, si le tribunal a écarté la qualification de crimes contre la humanité pour les brutalités et atrocités commises avant le 1er septembre 1939, ce n'est pas au motif que le principe de non-rétroactivité interdisait de prendre en compte les actes de cette nature, mais parce que ceux-ci n'étaient pas en rapport avec un complot ou un plan concerté en vue de déclencher ou de conduire une guerre d'agression" (HUET, KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 56/ 57).

um princípio de justiça e que haveria mais injustiça se os delitos internacionais praticados entre 1933 e 1945 ficassem impunes.

Por fim, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY), no caso *Dusko Tadic*[68], afirmou que o princípio da reserva legal pretende proteger apenas as pessoas de serem castigadas por atos que o agente acreditava ser lícito no momento de sua prática. No caso analisado, afirmou-se que os fatos seriam delituosos segundo o direito internacional consuetudinário e eram reprovados pela própria legislação penal da antiga Iugoslávia.

Espera-se, todavia, que a implantação do Tribunal Penal Internacional Permanente seja responsável pela adoção de regras mais claras e concretas, pois, como se percebe, há ainda critérios de taxatividade sobre a reserva legal, que já foram claramente definidos na esfera interna, mas que ainda necessitam de maior definição e, por essa razão, com grande frequência, recorre-se a conceitos extrajurídicos para a aplicação do direito penal internacional, bem como fontes jurisprudenciais, contratuais e consuetodinárias.[69]

Frise-se que uma consequência desse modelo não fundado em regras pré-estabelecidas é que o delito acabou, em diversos casos, sobretudo quando se pensa no caso do genocídio, por se assentar em aspectos materiais e não propriamente em aspectos formais. Significa dizer que o crime decorreu de um complexo natural-cultural daquela comunidade, ao invés de estar baseado em normas previamente estabelecidas.



Dentro desse contexto, Kai Ambos sustenta a necessidade do estabelecimento de uma parte geral do direito penal internacional, que decorreria do reconhecimento da dimensão individual dos comportamentos criminais na esfera internacional, além da discussão acerca de regras gerais de imputação. Pretende, assim, a construção de uma teoria do delito no direito penal internacional que tenha validade universal e seja eficiente e compreensível,[70] servindo a uma espécie de estabilização das regras em matéria penal, na esfera internacional.

Tal pretensão de Ambos parece relevante, considerando-se que, até aqui, o estabelecimento do que, nos códigos penais do sistema romano-germânico, se convencionou chamar de parte geral, não tem sido uma preocupação central na maior parte dos documentos internacionais em matéria penal, bem como das próprias decisões dos tribunais internacionais.

Pode-se argumentar, por exemplo, que o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, em sua Parte 3, trata dos Princípios Gerais do Direito Penal e contém um número considerável de dispositivos característicos de

[68] Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadic, Case Nº IT-94-1-T, T. Ch. II, 10 august 1995.

[69] Sobre o tema, vide QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.,* p. 150.

[70] AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7.

uma parte geral, tais como a responsabilidade individual, o concurso de pessoas, a irrelevância de posição oficial (por exemplo, a posição de Chefe de Estado), a inimputabilidade por insanidade ou por imaturidade, quando menor de 18 anos o agente, o *actus reus* (ação e omissão), o erro (o Estatuto admite ainda a divisão entre erro de fato e erro de direito), o estado de necessidade, a coação e a irrelevância da ordem ilegal de superior.

Eser,[71] todavia, menciona que tais dispositivos não estão dispostos em número e nem em forma suficientes para compor uma parte geral. Muito ao contrário, necessitam ser complementados por elementos externos ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Já Schabas[72] considera que adotar esses princípios gerais, de forma expressa, representou, sem dúvida, um avanço notável na tentativa de se estabelecer um concreto direito penal internacional, embora ainda apresente algumas imperfeições. Sintetiza essa ideia, ao dizer que:

> "A Parte Geral do Estatuto de Roma representa uma tentativa ambiciosa de codificar princípios gerais do direito penal internacional. Pode-se esperar, por certo, que um documento produzido numa conferência diplomática, onde se procurava alcançar o consenso de mais de 150 países integrantes e com múltiplas visões, tenha muitas imperfeições."



Dentro desse quadro, parece imprescindível o estudo para o futuro estabelecimento da parte geral do direito penal internacional. Para que seja possível o estabelecimento de regras relativas à teoria do crime, considerando a *práxis* internacional e, em especial, a jurisprudência dos tribunais internacionais, desde o histórico julgamento de Nuremberg até os dias atuais, com os tribunais penais internacionais em funcionamento.

Dessa maneira, pode-se constatar que, a partir das fontes do direito penal internacional, foi construída uma estrutura de crime basicamente bipartida, fazendo referência a responsabilidade individual e suas causas de exclusão, também conhecidas como *defences*. Como se percebe com facilidade, distingue-se o modelo encontrado na esfera do direito penal internacional do modelo comumente aceito, que faz referência a injusto e a culpabilidade.[73]

A estrutura do delito talvez pudesse ser sintetizada na seguinte figura esquemática:

---

[71] ESER, Albin. Responsabilidade penal individual. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no Estatuto de Roma leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100/101.

[72] Schabas, *op. cit.*, p. 190.

[73] AMBOS. *A construção de uma parte geral do direito penal internacional*, p. 12.

1. Responsabilidade individual
   1.1 Intervenção penal
      a) Autoria e participação
      b) Autoria mediata (domínio da organização)
      c) Cumplicidade (ações de colaboração)

   1.2 Extensões da punibilidade
      a) Responsabilidade do superior hierárquico
      b) Tentativa
      c) Contribuição de algum outro modo ao ato coletivo

   1.3. Elemento subjetivo

2. *Defences*
   2.1. Causas de exclusão da punibilidade
      a) Obediência hierárquica e coação
      b) Causa de justificação
      c) Erro
2.2. Outras *defences*

A noção de responsabilidade individual diz respeito aos critérios de imputação de uma determinada conduta humana a um tipo penal de direito penal internacional. Frise-se que são regras e possibilidades de imputação e não de responsabilidade no sentido de uma categoria que substituísse a culpabilidade. A responsabilidade individual tem, também, um lado subjetivo e, por certo, um duplo sentido: por um lado, na forma de um reconhecimento fundamental do princípio de culpabilidade; por outro, como expressão dos pressupostos subjetivos da responsabilidade individual. Ressalte-se que, no direito penal internacional, não se diferencia claramente o dolo do fato, como parte do tipo, e a consciência da antijuridicidade, como parte da culpabilidade.[74]



Diga-se que a questão do elemento subjetivo, no direito penal internacional, foi e continua sendo fonte de controvérsia constante. Se é verdade que o *actus reus* não tem apresentado maiores problemas, salvo questões relativas aos crimes comissivos por omissão, o mesmo não se pode dizer do que se convencionou chamar de *elemento subjetivo*. Uma das causas mais comuns para gerar dúvidas quanto ao elemento subjetivo é a diferença de concepção entre o que é definido pelo sistema *common law* e da tradição romano-germânica. Pode-se mencionar que não existem, por exemplo, no Estatuto de Roma, expressões que demonstram diferentes estados de conhecimento e comportamentos concernentes à realização dos elementos objetivos do crime. Ademais, não existe uma concreta definição de dolo eventual para ser utilizada, o que gera problemas práticos, além da própria

[74] AMBOS, *op. cit.*, p. 13.

deficiência e, em alguns casos, incongruência do texto, conforme mencionado acima.[75]

Por sua vez, com o termo *defences*, discute-se a exclusão da responsabilidade penal e, com isso, da punibilidade. Pode falar-se em causas de exclusão da punibilidade ou da responsabilidade ou, ainda, impedimentos materiais e processuais de punibilidade. Vale esclarecer que, na jurisprudência de Nuremberg, podem ser encontradas numerosas *defences*, que, todavia, perderam a importância com a evolução do direito penal internacional, em especial no âmbito dos tratados internacionais.[76]

## Conclusão

Com o presente trabalho, pretendeu-se dar notícia do direito penal internacional e, particularmente, dos crimes internacionais, que ainda não têm fundamentos satisfatoriamente estabelecidos, sobretudo, no Brasil.

Como aqui mencionado, trata-se de ramo de estudo relativamente recente e que apresenta dificuldades importantes, em especial, a de ser o resultado da interseção entre sistemas jurídicos de natureza tão diversa, como aqueles que se encontram nos diversos países.

A inicial dificuldade conceitual se reflete em diversos problemas dogmáticos, particularmente, ao reunir os modelos da *common law*, francês e romano-germânico. Dessa maneira, parece indispensável que se inicie o estudo dessa estrutura penal tão desconhecida dos brasileiros, para que se possa contribuir para o estabelecimento de um direito penal internacional próximo de toda uma série de direitos e garantias há tempos incorporados aos ordenamentos jurídicos internos.



Assim, em um mundo em constante processo de globalização e integração, em que, cada dia mais, exige-se harmonização dos sistemas jurídicos nacionais, em particular, no caso do direito penal e do processo penal. A necessidade de cooperação, a possibilidade de julgamentos internacionais e mesmo a avaliação da legislação dos Estados, como acontece no caso das Recomendações do GAFI em matéria de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo, exigem a estruturação concreta de um sistema penal internacional baseado em regras claras, além de direitos e garantias fundamentais. Portanto, a discussão sobre o estabelecimento de uma teoria do crime internacional afigura-se urgente e indispensável.

---

[75] Sobre o tema, vide WEIGEND, Thomas. The harmonization of general principles of criminal law: the Statutes and jurisprudence of the ICTY, ICTR, and the ICC: an overview. In: *Nouvelles études pénales,* n. 19, Toulouse: Érès, 2004, p. 326.

[76] *Idem, ibidem.*

## Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *La Parte General de Derecho Penal Internacional: bases para uma elaboración dogmática*. Berlim: Duncker und Humblot; Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. ; Bogotá: Temis, 2005.

_____. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Parte Geral, 13. ed, Milão, Giuffrè, 1994.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal - Delicta Iuris Gentium*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. Nova Iorque: Transnational, 2003.

_____. *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *Le droit pénal international, son histoire, son objet, son contenu*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: Érès, 1981.

_____. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2. ed., Haia: Kluwer, 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2 ed, 1987.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris: Sirey, 1928.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal - Parte Geral*. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. In*: Revista de Direito Penal*, nº 9/10, Rio de Janeiro, 1973.

GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999.

GLASER, Stefan. *Infraction internationale: ses élements constitutifs et ses aspects juridiques*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

GRAVEN, Jean. Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilizsation par le droit pénal. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Vol. 1, Toulouse: Érès, 1964.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 12, fascículo 49, São Paulo: RT.

HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*, PUF: Paris, 1994.

JAOTSEN, Matti; TRÄSKMAN, P. O. National report. In: *Revue Internationale de Droit Pénal.* V. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: Parte General*. 5 ed, Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991.

LEAL, João José. *A possibilidade de instituição de um Tribunal Criminal Permanente pela ONU, como resultado da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: UGF (tese), 1994. MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

LOMBOIS, Claude. *Droit pénal international.* Paris: Dalloz, 2. ed., 1979.

MANZINI, Vicenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Vol. 1, Turim: UTET, 1950.
MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado).
PLAWSKI, Stanislaw. Études des principes fondamentaux du droit international pénal. In: *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse: Érès, vol. 60, nºs 1/2, 1989.
QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, Instituto "Francisco de Vitoria", 1955.
SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
SPINELLIS, Dionysios. Crimes of politicians in office (or "Top hat crimes"). In: *Nouvelles etudes penales*. N. 12, Toulouse: Érès, 1995, p. 17-20.
THONY, Jean-François; KOUTOUZIS, Michel. *Le blanchiment*. Paris: PUF, 2005.
TRIFFTERER, Otto. Commentaire du colloque tenu a Hammamet, Tunisie, 6/8 juin 1987. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Vol. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989.
VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Vol. III, Parte Especial, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
VERHAEGEN, Jacques. Les crimes internationaux et le droit pénal interne. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, nºs 1/2, Toulouse: Érès, 1989.
WEIGEND, Thomas. The harmonization of general principles of criminal law: the Statutes and jurisprudence of the ICTY, ICTR, and the ICC: an overview. In: *Nouvelles études pénales,* n. 19, Toulouse: Érès, 2004.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed, Buenos Aires: Ediar, 2002.

# Itinerário da errância: a morte na obra cardosiana

**Regina Pentagna Petrillo**[1]

> *(...) a morte situa-se exatamente na charneira (...). É o traço mais humano, mais cultural (...). É impossível conhecer o homem sem lhe estudar a morte, porque, talvez mais do que a vida, é na morte que o homem se revela. É nas suas atitudes e crenças perante a morte que o homem exprime o que a vida tem de mais fundamental.*
>
> *Edgar Morin*[2]

**Resumo**

Na polêmica obra romanesca do escritor mineiro, Lúcio Cardoso, o tema da morte aparece de modo privilegiado. É sobre este tema que este artigo tece considerações.

**Palavras-chave:** Lúcio Cardoso. Roteiro artístico. Morte.

**Sommario:**

Nella controversa produzione letteraria dello scrittore brasiliano, Lúcio Cardoso, il tema della morte appare in modalità privilegiata. È su questo tema che questo articolo presenta considerazioni.

**Parole chiavi:** Lúcio Cardoso. Letteratura brasiliana. Morte.

Lúcio Cardoso foi um escritor particular na literatura brasileira: controverso, apaixonado e de muitos tons. O seu roteiro artístico, composto por uma série de romances, novelas, contos e poemas, atesta uma busca obsessiva, estética e existencial, em que um sujeito persegue sem descanso um objeto que parece inalcançável. Suas buscas inscrevem o homem atormentado e o investigador constante da aventura humana.

No percurso cardosiano, ao lado das interrogações sobre a vida, estão as interrogações sobre a morte e a sua constatação. Tanto em seus romances e novelas quanto em seu *Diário completo*, a morte é uma imagem privilegiada. Creio mesmo que não há, na história do romance brasileiro, nenhum outro escritor que, como Lúcio Cardoso, tenha trazido de modo tão radical e constante para o centro de seus textos essa que "é a essência de todos nós"[3]:

---

[1] Doutora em Teoria Literária pela UFRJ; Professora de Teoria Literária e Literatura Brasileira e Comparada do CESVA/FAA.

[2] MORIN, Edgar. *L'homme et la mort*. Paris: Éditions Du Seuil, 1970, pp. 21, 22.

[3] CARDOSO, Lúcio. *Diário completo*. Rio de Janeiro: José Olympio, INL, 1970, p. 51.

> "(...) a morte se acha instalada dentro de nós, que ali surgiu ao rebentar do primeiro sorriso da carne virgem, que desde essa época, vagarosamente, vem realizando seu trabalho de sapa... ou então, que descuidados e gloriosos como deuses gregos, talvez fôssemos fulminados de repente, em plena visão do céu enorme, pela fria cutilada da catástrofe. Mas de há muito os deuses gregos abandonaram este mundo sem harmonia – e a morte que nos espera é a mesma que nos acompanha como a sombra estrangeira que divisamos na limpidez dos muros."[4]

Se, na obra cardosiana, o evento tanático é algo que está contido na própria vida, tendo no discurso o estatuto da presença e da grandeza, a implacabilidade da morte também está no centro de seus textos, atormentando o escritor e suas personagens. Sem dúvida, a inexorabilidade da morte está ligada ao universo individual do escritor e à crise da morte na modernidade.

Philippe Ariès, em seu livro *História da morte no ocidente*, expõe essa crise através de um percurso que vai da Idade Média até nossos dias. O historiador francês salienta que, no início da Idade Média, havia uma familiaridade com a morte, sem medo ou desespero, a meio caminho entre a resignação passiva e a confiança mística.

Mais ainda que pelas outras épocas marcantes da existência, segue o historiador, era pela morte que o destino se revelava; no momento desta, o moribundo o aceitava em uma cerimônia pública cujo rito era fixado pelo costume. Logo, a cerimônia da morte era, pelo menos, tão importante quanto a dos funerais e a do luto. A morte era, para cada um, o reconhecimento de um destino em que sua própria personalidade não era aniquilada, mas adormecida – *requies*. Este *requies* pressupunha uma sobrevida, – a sobrevida cinzenta das sombras do paganismo e a das almas do outro mundo do cristianismo arcaico e popular.



Esta crença não estabelecia uma oposição entre o tempo anterior e o tempo posterior, a vida e a sobrevida, o que, segundo Ariès, pode ser constatado nos contos populares. Neles, os mortos estão tão presentes quanto os vivos, e os vivos têm tão pouca personalidade quanto os mortos. Tanto uns quanto os outros carecem de realidade psicológica.

Ariès mostra que uma série de fenômenos novos, a partir da segunda fase da Idade Média, introduziu, na antiga ideia do destino coletivo, a preocupação com a particularidade de cada indivíduo. Um destes fenômenos teria sido o deslocamento do Juízo Final do fim dos tempos para o fim da vida. Acreditou-se, então, que cada homem revia a sua vida inteira, de uma só vez, no momento exato em que morria. A morte tornou-se o lugar onde as particularidades de cada biografia apareciam no grande dia da consciência clara, quando tudo era pesado, contado, escrito, quando tudo podia ser mudado, perdido ou salvo. No espelho de sua própria morte, cada homem redescobria o segredo de sua individualidade. E

[4] *Idem*. p. 15.

assim, na segunda fase da Idade Média, surgiu um sentimento mais pessoal e mais interiorizado da morte, da própria morte o que, ao mesmo tempo, se traduziu, sobretudo para o homem ocidental rico, poderoso ou letrado, num violento apego às coisas terrenas, bem como no sentimento de fracasso, confundido com mortalidade. No entanto, a familiaridade com a morte e com os mortos não havia sido afetada, mesmo entre os ricos e poderosos, pelo aumento da consciência individual. Ela não se havia tornado apavorante e obsessiva.

No final da Idade Média, salienta Ariès, a morte, furtivamente, afastou-se do mundo das coisas mais familiares e, no imaginário, começou a aliar-se ao erotismo, aspectos que se intensificaram do século XVI ao XVIII. Como o ato sexual, a morte foi cada vez mais considerada como uma transgressão que arrebatava o homem da sua vida cotidiana. A morte era considerada uma ruptura da ordem habitual. Na religião, significou, mais do que no início da Idade Média, desprezo pelo mundo. Na família, mesmo quando se acreditava na vida além da morte, ela foi a separação inadmissível, a perda do outro, do amado.

Assim, pouco a pouco, a morte tomou outra forma, mais longínqua e, ao mesmo tempo, mais tensa até tornar-se, no século XIX, *a inominável*. A partir de então, conclui Ariès, tudo se passa como se nem eu nem os que me são caros fôssemos mortais. Tecnicamente, admitimos que morremos, fazemos seguro de vida para preservar os nossos da miséria. Mas, realmente, no fundo de nós mesmos, sentimo-nos não mortais[5].



Um elemento determinante para a crise da morte a partir do século XVIII relaciona-se aos ideais filosóficos que culminaram com a Revolução Francesa. Estes ideais, determinando uma mudança na visão da vida, influenciaram a visão religiosa e a visão da morte.

Pela ótica dos iluministas, a salvação transferia-se para o terreno da vida concreta. O limite da existência e o que vinha depois foram colocados em segundo plano, relegados às regiões mal definidas da metafísica e do misticismo.

A Revolução Francesa, alterando a substância da mentalidade social a partir do século XVIII, esvaziou o impacto da influência do Cristianismo. O símbolo de Cristo na cruz –, juntando vida e morte, extinção e ressurreição –, já não trabalhava mais na mente das pessoas como uma alternativa real que orientasse um comportamento. Estava-se, agora, num mundo eminentemente secular, onde as soluções, caso houvessem, não viriam de fora[6].

Cada vez mais, a morte tornou-se o discurso censurado que contrariava a certeza, *a ratio esclarecida*. Adorno e Horkheimer sugerem que "o *esclarecimento* é um processo de racionalização que, prosseguindo na filosofia e na ciência", estruturou o pensamento moderno. Segundo os filósofos, na *razão esclarecida*, a técnica é a essência do saber para o qual não deve haver nenhum mistério.

[5] ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente – da Idade Média aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, pp. 29, 30, 32, 33, 35, 37, 38, 41, 42, 63 e 64.

[6] LINS, Ronaldo Lima. *Nossa amiga feroz – breve história da felicidade na expressão contemporânea*. Rio de Janeiro: Rocco, p. 77.

Aquilo que não se reduz a números passa a ser ilusão. Mesmo o que não se deixa compreender, a indissolubilidade e a irracionalidade, é cercado por teoremas matemáticos. O formalismo matemático, mantendo o pensamento preso à mera imediatividade, fez com que o factual tivesse a última palavra, eliminando tudo que foge ao dado, ao comprovável[7].

Mas a morte não pode ser pensada mediante o paradigma da exatidão. Ela não cabe na ideia cartesiana de vida para a qual tudo pode ser medido, compreendido e planejado. Ela só pode ser pensada enquanto certeza do devir. A finitude quebra a ilusão iluminista e antropocêntrica de que o homem pode controlar tudo por meio da razão. Dessa forma, o tempo que privilegiou os domínios da objetivação para consignar o império da certeza, baniu a morte e seus indícios. Apressando-se em ocultar o cadáver, potencializou a saúde e a higiene.

> "Já não se morre em casa, no meio dos seus; morre-se no hospital e só. Morre-se no hospital porque é no hospital que se proporcionam cuidados que já não são viáveis em casa. Era noutros tempos o asilo dos miseráveis, dos peregrinos; começou a se converter num centro médico onde se cura e se luta contra a morte. Tem sempre esta função curativa, mas começa também a considerar-se um certo tipo de hospital como o local privilegiado da morte. Morre-se no hospital porque os médicos não conseguiram a cura. Vai-se ao hospital, já não para se ser curado, mas precisamente para morrer. Tornou-se anti-higiênico morrer em casa."[8]



Diz Luiz Edmundo Bouças Coutinho que, na época da onipotência da *ratio*, morrer passou a ser um evento diluído, pois mascarar a evidência da morte era evitar o desmascaramento da imprecisão do modelo do certo[9].

Com a exacerbação do modelo capitalista, a substitutibilidade passa a ser a marca primordial da sociedade. Afirma Adorno:

> "A substitutibilidade radical do indivíduo faz de sua morte, com soberano desprezo, algo revogável. Mas enquanto *quantité négligeable*, a morte se vê totalmente integrada. Para cada homem, com todas as suas funções, a sociedade tem pronto um substituto à espera que, de qualquer modo, o considera desde o começo como um incômodo ocupante do lugar de trabalho, um candidato à morte. É assim que a experiência da morte se transforma na experiência da troca de funcionários, e tudo o que não passa integralmente do contexto natural da morte para o social fica entregue à higiene. Sendo percebida apenas como simples excreção de uma criatura

[7] ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1991, pp. 8, 20, 23, 37, 38, 39.

[8] ARIÈS, Philippe. Ob. cit., p. 56.

[9] COUTINHO, Luiz Edmundo Bouças. *O desastre da imortalidade e a crônica do sujeito na poética do diário* (*um estudo do Diário completo de Lúcio Cardoso*). Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UFRJ, 1985, pp. 60, 61.

> viva do grupo social, este finalmente a domesticou: o fato de morrer não é senão a confirmação da absoluta irrelevância de um organismo natural diante do absoluto social.(...) Só uma humanidade à qual a morte tornou-se tão indiferente quanto seus membros pode infligi-la administrativamente a incontáveis indivíduos."[10]

No modelo que prioriza o monopólio da razão e do capital, pensar a morte, trazer sua interrogação e constatação para o cotidiano ou para o discurso é "provocar uma situação excepcional, exorbitante e sempre dramática"[11]. A expulsão da morte da cena visa impedir que ela interfira na vida cotidiana, pois, se a sua ideia liga-se à exigência da máxima competição, admiti-la é deixar-se lograr por uma expressão de fracasso que quebra a uniformização da segurança.

O que realmente importa é que a morte ocorra de forma a ser aceita ou tolerada pelo indivíduo e pela sociedade. É preciso que ela seja calada. O decoro proíbe toda referência à ela. É mórbida, faz-se de conta que não existe; existem apenas pessoas que desapareceram e das quais não se fala mais e das quais se falará mais tarde, quando se estiver esquecido que morreram[12].

> "Não se fala mais em morte, embora se pague cada vez mais seguro de vida; não se pensa mais em morte, não se formulam mais conceitos para pensá-la, mas a ela se reage com sorrisos embaraçados, com silêncios reticentes, com desconversas que são signos do aparecimento de algo cuidadosamente reprimido. Tenta-se esconder a morte, fazendo-se com que seu tratamento seja responsabilidade de técnicos especializados. (...) Todos os signos que anunciavam a morte, e em virtude dos quais os indivíduos para ela se preparavam, são sistematicamente apagados."[13]



E quando é inevitável inscrever a morte no discurso, é preciso sustentar o desvio de sua inevitabilidade, acentuando a frequência dos óbitos acidentais para insistir-se que ela "está de fora, em algum outro lugar que não em nós"[14].

> "A excessiva ênfase em óbitos acidentais é um meio de reforçar nossa crença de que a morte está em algum outro lugar. Mais particularmente, a morte não está em nós. É uma ação externa que pode nos afetar."[15]

De interdita, a morte "vista com as lentes da indústria cultural", acrescenta Adorno, tornou-se "cômica". "A *imago* coletiva"

---

[10] *Idem*. pp. 203, 204.
[11] ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente – da Idade Média aos nossos dias*. Trad. Priscila Vianna de Siqueira, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 142.
[12] *Idem*., p. 133.
[13] RODRIGUES, J. *Tabu da morte*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 188.
[14] ARIÈS, Philippe. Ob. cit., p. 133.
[15] KASTENBAUM, R. *Psicologia da morte*. Trad. Adelaide Lessa. São Paulo: EDUSO, 1983, p. 206.

> "enquanto continua pretendendo zombar do falso horror, cai demolindo as imagens da morte. Ela exibe o cadáver como aquilo que ele se tornou, um apetrecho cênico. Ele ainda se assemelha a um ser humano e, no entanto, não passa de uma coisa, como no filme *A slight case of murder*, onde cadáveres são transportados para lá e para cá a todo o momento, alegorias do que já foram. O burlesco saboreia a falsa eliminação da morte" (...).[16]

Mas a ideologia coletiva que imaginou a diluição da ideia da morte através da interdição e da comicidade também engendrou morte e infortúnio. A morte continuou, portanto, no centro das angústias individuais.

Na obra de Lúcio Cardoso, a morte com todos os seus indícios (sangue, odores e doença) e suas consequências (luto e dor) é dramatizada e abre interrogações que não permitem o riso. A existência divina também faz parte das interrogações do escritor. À pergunta "O que é a morte?", que se justapõe à constatação "tudo morre em todos os momentos"[17], alinha-se a interrogação "Deus existe?"[18].

É justamente, diz Ruth Silviano Brandão, a humanidade em seus aspectos mais dolorosos, no ponto mesmo em que ela atinge o paroxismo do sofrimento, no limite de sua integridade que vai ser a obsessão de toda a escrita cardosiana. É o mistério da morte física, a desintegração do corpo humano que marca a escrita de Lúcio Cardoso, em seus momentos mais pungentes, mas, ao mesmo tempo, mais constantes e repetitivos[19].



É possível afirmar que a obra de Lúcio Cardoso é alimentada por uma base trágica. Esta base, que surge através do viés iniludível da morte, dos temas do mal e do pecado, é sustentada pelas contradições e incertezas do autor quanto à fé e por sua impossibilidade em encontrar a unidade perdida.

Não se pode separar a obsessão do escritor pela morte, pelo pecado e pelo mal de suas dúvidas religiosas, mas, também, não se pode separá-la da própria religião cristã.

Michael Löwy afirma que, segundo Scholem, para o messianismo judaico (contrariamente ao messianismo cristão), a redenção é um acontecimento que se dará necessariamente no palco da história[20].

Edgar Morin, em *O homem e a morte*, mostra que, no Cristianismo, a redenção, ocorrendo no além, após o fim da vida, gera uma verdadeira obsessão e, ao mesmo tempo, um horror da morte. Essa obsessão e esse horror penetraram o

---

[16] ADORNO, Theodor W. "Matadouro". In: *Minima moralia – reflexões a partir da vida danificada*. Trad. Luiz Eduardo Bicca. 2. ed., São Paulo: Ática, 1993, Ob. cit., p. 204.

[17] CARDOSO, Lúcio. *Diário completo*. Ob. cit., p. 81.

[18] Essa pergunta, que aparece literalmente em *Salgueiro* e em *A luz no subsolo*, ressurge em outras obras de forma indireta, como na *Crônica da casa assassinada* quando, por exemplo, Ana questiona Pde. Justino sobre a ressurreição.

[19] BRANDÃO, Ruth Silviano. *Lúcio Cardoso: a travessia da escrita*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998, p. 42.

[20] LÖWY, Michael. *Redenção e utopia – o judaísmo libertário na Europa central (um estudo de afinidade eletiva)*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 22.

âmago da vida humana como nunca haviam feito antes. "O homem está morrendo desde que nasce" (Santo Agostinho). O homem cristão morre a cada instante não só em função de sua temporalidade, mas também porque, a cada instante de sua vida, ele é marcado pela corrupção e pelo pecado[21]. É desse suposto pecado que vem a culpa e, da culpa, o medo ou o desejo da morte.

Ao sentir-se culpado, continua Morin, por suas "imperfeições", o homem cristão teme a morte, o castigo, a punição divina. Por outro lado, o cristão também deseja incessantemente a morte como meio de transcender, de obter a redenção para uma vida pecadora. É o fim para o corpo corruptível e o início da imortalidade, representada pela ressurreição da alma[22].

O pensador francês salienta que, ao trazer a culpabilidade e o pecado da carne, o sofrimento e a possibilidade de redenção através da morte, o Cristianismo coloca, definitivamente, o homem em direção à morte. É com essa autoridade de homem cristão que São Paulo afirma que "é para mim uma vantagem morrer", colocando, assim, a morte como a grande promessa de redenção[23].

Como já afirmado, a escrita cardosiana é marcada por um discurso que expressa repetidamente a finitude da vida. Em certos momentos, a morte assume o estatuto da presença libertadora e integradora, é o meio de se obter a redenção para uma vida de culpa e de pecado. Neste aspecto, aproxima-se da ideologia religiosa. Em outros momentos, assume o caráter de uma ausência fundamental, é o nada desesperador que enforma as dúvidas religiosas, as contradições e as sensações de fracasso do escritor: "nada sou neste instante, senão o resultado de um esforço perdido (...)"; "Acredito que não há nenhuma rebeldia, nenhum heroísmo na minha atitude, mas somente um apelo fundo e desatinado pela destruição final"[24], por "essa coisa informe e sem identidade que é o nada, que é a morte."[25]



[21] MORIN, Edgar. *L'homme et la mort*. Paris: Éditions du Seuil, 1970, pp. 231, 232. Numa posição similar à de Morin, Philippe Ariès afirma: "O cristianismo encampou as considerações tradicionais do bom senso e dos filósofos sobre a mortificação do homem desde o seu nascimento: *Ao nascer começamos a morrer* (Mandius) (...). Do mesmo modo, retomou a ideia muito antiga de sobrevivência num mundo terrestre triste e cinzento e a ideia mais recente, menos popular e mais rigorosa, de julgamento moral. Recuperou enfim as esperanças das religiões de salvação, submetendo, então, a salvação do homem à encarnação e à redenção do Cristo. Desse modo, no cristianismo paulínico, a vida é a morte no pecado, e a morte física, acesso à vida eterna". In: ARIÈS, Philippe. *O homem diante da morte*. Trad. Luiza Ribeiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981, p. 104, v. 1. Devemos salientar ainda a explicação de Morin de que, na religião cristã, a morte não é mais do que o castigo do pecado, isto é, do ato sexual. E nisto, afirma Morin, reside um dos grandes vetores do cristianismo. O ódio do cristianismo englobando pecado e sexualidade nada mais é que o ódio da morte. E, portanto, do pecado e da morte, a espécie humana não pode se livrar a não ser através da intervenção divina de Cristo.

[22] *Idem*., p. 232.

[23] *Ibidem*., p. 233.

24 CARDOSO, Lúcio. *Diário completo*. Ob. cit., p. 100 e 104.

[25] *Ibidem*., p. 182.

A obra de Lúcio Cardoso é feita de contrários que se tocam nos limites das próprias afirmações e que acabam iluminando exatamente o seu oposto, como se as sombras dessem passagem à luz e a luz iluminasse as sombras. Ao encenar a morte, a sua obra acaba afirmando a vida e o próprio homem. Encenando a vida com todos os seus lados, inclusive os de sombra e de mistério, abre reflexões sobre Deus e sobre a morte. E pensar a morte é um modo de dignificar a vida e de compreender o homem.

## Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor. Matadouro. In: *Minima moralia – reflexões a partir da vida danificada*. Trad. Luiz Eduardo Bicca. 2. ed., São Paulo: Ática, 1993.

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1991.

ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente – da Idade Média aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997.

_____.. *O homem diante da morte*. Trad. Luiza Ribeiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981.

BRANDÃO, Ruth Silviano. *Lúcio Cardoso: a travessia da escrita*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998, p. 42.

CARDOSO, Lúcio. *Diário completo*. Rio de Janeiro: José Olympio, INL, 1970.

COUTINHO, Luiz Edmundo Bouças. *O desastre da imortalidade e a crônica do sujeito na poética do diário* (*um estudo do Diário completo de Lúcio Cardoso*). Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UFRJ, 1985.

KASTENBAUM, R. *Psicologia da morte*. Trad. Adelaide Lessa. São Paulo: EDUSO, 1983.

LINS, Ronaldo Lima. *Nossa amiga feroz – breve história da felicidade na expressão contemporânea*. Rio de Janeiro: Rocco, p. 77.

RODRIGUES, J. *Tabu da morte*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

LÖWY, Michael. *Redenção e utopia – o judaísmo libertário na Europa central (um estudo de afinidade eletiva)*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 22.

MORIN, Edgar. *L'homme et la mort*. Paris: Éditions du Seuil, 1970.

# A cultura política no oitocentos no Vale do Paraíba Fluminense – o caso de Manoel Antônio Esteves em Valença

**Raimundo César de Oliveira Mattos**

**Resumo**

Cidade do Vale do Paraíba Fluminense, Valença destacou-se, no oitocentos, como uma das grandes produtoras de café no Império. A sociedade que aí surgiu caracterizou-se, entre outras coisas, pela montagem de uma rede de poder e de sociabilidades, valendo-se de várias estratégias e alianças. Exemplo disso foi a figura de Manoel Antônio Esteves, comerciante português que, inicialmente em Vassouras e, após o casamento, em Valença, soube articular-se em várias frentes e tornar-se um cidadão respeitado na região. Sua trajetória é ilustrativa de uma cultura política local que estruturou-se em redes sociais através das relações de poder que, aqui, não dizem respeito apenas às clássicas vertentes historiográficas que tinham o Estado como único objeto. Os indivíduos, ainda que desligados das ligações partidárias, também se organizavam, tecendo tais relações entre si, nas instituições e com outros indivíduos. Manoel Antônio Esteves é mais um destes elementos que, pelas cartas que deixou, permite-nos uma análise mais aprofundada desta cultura política oitocentista.

**Palavras-chave:** Sociabilidades. Instituições. Sociedade.

**Abstract**

**Located in the** Valley of the Paraiba in Rio de Janeiro State, the city of Valença stood out in the eighteen hundreds as one of the main producers of coffee of the Brazilian Empire. The society that was formed there was characterized, among other things, by the set up of a network of power and sociabilities, making use of several strategies and alliances. An example of this fact was Manoel Antonio Esteves, a businessman of Portuguese origin that, first in Vassouras and then, after his marriage, in Valença was able to articulate himself in several areas and became a respected citizen in this region. His trajectory is illustrative of a local political culture that structured itself in social networks through power relations that, here, are not only related to the classical historiographic threads that had the State as its single object. The individuals, even if disconnected from political parties, also organized themselves weaving such relations among themselves, in the institutions and with other individuals. Manoel Antonio Esteves is one more of these elements that, from the letters that he left, allow us to do a deeper analysis of this political culture from the eighteen hundreds.

**Keywords:** Alliances. Institutions. Society.

O contexto histórico do Vale do Paraíba Fluminense no período do oitocentos enquadra-se naquilo que Serge Berstein chama de cultura política na medida em que esta realidade manifestava-se por determinados padrões de conduta que, apesar de não homogêneos ou determinantes, na acepção direta da palavra, pressupõem uma certa identidade que levava a elite agrária e outros grupos a criar a noção de "boa sociedade" e a adotar uma série de comportamentos e estratégias de sociabilidade. Nessa realidade destacou-se a figura de Manoel Antônio Esteves que deixou importante acervo documental, notadamente sua correspondência, mantida em sua antiga propriedade, a Fazenda Santo Antônio do Paiol em Valença. Ao fazermos uso da ideia de cultura política de Berstein, entendemos o que o autor apresenta a favor de sua importância:

> "...passando da dimensão individual à dimensão coletiva da cultura política, esta fornece uma chave que permite compreender a coesão de grupos organizados à volta de uma cultura. Fator de comunhão dos seus membros, ela fá-los tomar parte coletivamente numa visão comum do mundo, numa leitura partilhada do passado, de uma perspectiva idêntica de futuro, em normas, crenças, valores que constituem um patrimônio indiviso, fornecendo-lhes, para exprimir tudo isso, um vocabulário, símbolos, gestos, até canções que constituem um verdadeiro ritual"[1].



Os grupos organizados à volta de uma cultura de que nos fala Berstein, no caso em foco, são exatamente as famílias de cafeicultores com todas as suas redes sociais e políticas e que, via de regra, organizavam uma leitura de mundo, uma forma de ver o mundo, de se ver no mundo, refletindo-se na sociedade e criando regras comportamentais que melhor exprimissem o seu poder e a sua influência. Manoel Antônio Esteves é uma figura através da qual será discutida uma sociedade, uma maneira de ver o mundo e de se enxergar nele, uma cultura política que se desenvolveu na região e que também é comentada por Rémond como sendo capaz, comungando do mesmo ponto de vista de Berstein a respeito, de explicar e preencher um vazio no estudo do fenômeno político:

> "Enfim, a noção de cultura política, que está prestes a ocupar, na reflexão e explicação dos fenômenos políticos, um lugar proporcional ao vazio que ela acaba de preencher, implica continuidade na longuíssima duração. Assim, no que diz respeito ao tempo, a história política não o cede à história de qualquer outro aspecto da realidade"[2].

Complementando o seu pensamento, Berstein ainda expõe:

---

[1] BERSTEIN, Serge. A cultura política. In: RIOUX, Jean-Pierre & SIRINELLI, Jean-François. *Para uma História Cultural.* Lisboa: Editorial Estampa, 1998, pp. 362-363.

[2] RÉMOND, René. Uma história presente. In: RÉMOND, René (org.). *Por uma história política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007, pp. 17-18.

> "Com efeito, é no quadro da investigação, pelos historiadores do político, da explicação dos comportamentos políticos no decorrer da história, que o fenômeno da cultura política surgiu como oferecendo uma resposta mais satisfatória do que qualquer das propostas até então, quer se tratasse da tese marxista de uma explicação determinista pela sociologia, da tese idealista pela adesão a uma doutrina política, ou de múltiplas teses avançadas pelos sociólogos do comportamento e mesmo pelos psicanalistas"[3].

Pertencer a tal sociedade passava, inicialmente, por pertencer a uma boa família. O tema da família já foi tratado pela historiografia de diferentes formas, mas um ponto é praticamente certo: sua importância na formação da sociedade brasileira desde os tempos da colônia. Mas foi somente na década de 1970 que tal tema foi retomado e incorporado de forma efetiva como objeto da história. As historiadoras Murriel Nazzari e Elizabeth Kusnesoff destacaram, partindo da perspectiva da história social, as análises da economia doméstica a partir da interpretação de inventários *post-mortem*, testamentos, contratos de casamento e dote, diferenciando-se de uma perspectiva até então praticada[4]. Sheila Faria, em outra obra, destaca ainda este papel da família na história do País:

> "A família teve um grande peso nas relações econômicas, políticas e sociais no Brasil. Mais do que o dote e o acesso à herança (esta última sem data marcada, obviamente), o mais comum para a constituição de uma unidade doméstica era contar com a solidariedade familiar, que se multiplicava, principalmente entre os membros da família nuclear, em particular nos grupos menos enriquecidos da região. Este dado era fundamental"[5].



Se destacamos até aqui o papel da família no contexto histórico brasileiro é porque o caso de Manoel Antônio Esteves circula em torno de um núcleo familiar ao qual ele passa a fazer parte mediante o casamento e é a partir daí, em especial, que são organizadas as suas estratégias de sociabilidade e poder. Os arranjos familiares eram comuns no período, não apenas na região enfocada. Da vizinha Província de Minas Gerais de onde, aliás, migraram muitos elementos para o Rio de Janeiro com o declínio da mineração em fins do século XVIII, indo alguns para Valença, Mônica Oliveira traça um perfil característico:

> "A abundância de arranjos matrimoniais revelara o esforço da consolidação de novas alianças políticas e econômicas, objetivando a estruturação de uma rede familiar complementar. Para Carlos Bacelar, a seleção de cônjuges faria

[3] BERSTEIN, Serge. Op. cit., p. 349.

[4] Cf. FARIA, Sheila de Castro. História da família e demografia histórica. In: VAINFAS, R. & CARDOSO, Ciro F. *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 253.

[5] FARIA, Sheila de Castro. *A colônia em movimento.* Fortuna e família no cotidiano colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 384.

> parte de uma estratégia de vida previamente pensada, visando à estruturação de uma rede de relações familiares, complementares às relações de cunho comercial. Quanto mais amplas as relações estabelecidas, mais acessível seria o progresso socioeconômico da família"[6].

Isso gerou todo um processo de formação de redes, contribuindo para a diversificação dos negócios familiares, o aumento e a preservação do patrimônio familiar e a criação de sistemas clientelares, chegando mesmo a provocar uma influência direta do modelo político-administrativo que se construía no País, segundo afirma Maria Fernanda Martins[7]. Quanto maior a rede em que o indivíduo estivesse envolvido, maiores seriam as suas chances de sucesso naquilo a que se propunha. E ainda segundo a autora, a existência dessas redes no poder não significava uma imobilidade, mas encontrava-se baseada em um processo de mudança, por "sua própria dinâmica interna, na capacidade de se perceber as novas oportunidades de negócios, (...) de reagir às conjunturas desfavoráveis buscando novas alianças estratégicas..."[8] O caso de Manoel Esteves representa bem esse aspecto, uma vez que ele foi um indivíduo com grande capacidade de perceber e mesmo conceber novas oportunidades de negócios, buscando e construindo novas alianças estratégicas, alicerçando seu poder, inserido que estava na boa sociedade oitocentista, expressão essa que, segundo Lúcia Bastos, "... procura designar a reduzida elite econômica, política e cultural do Império, que partilhava códigos de valores e comportamento modelados na concepção europeia de *civilização*"[9].



Neste cenário compreende-se a importância de ser possuidor de terras e escravos, inclusive para se alcançar os direitos de cidadania, o que levava não poucos, como Manoel Esteves, a buscarem alianças tão importantes quanto lucrativas para seus empreendimentos e objetivos. Isso fez com que o Império procurasse "compartilhar da civilização da imagem e de hábitos aburguesados sem se despojar de um modelo escravista e agroexportador"[10], no que concorda com o pensamento de Lúcia Bastos, do qual a cidade de Valença acabou por se tornar um protótipo, com sua economia, política e vida social no oitocentos todas voltadas para esse modelo. O caso de Manoel Esteves foi marcado, do princípio ao fim, pelo emaranhado de redes de sociabilidades, temática crescente no campo historiográfico como alude Alexandre Barata:

---

[6] OLIVEIRA, Mônica Ribeiro de. *Negócios de família. Mercado, terra e poder na formação da cafeicultura mineira – 1780-1870*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 171.

[7] Cf. MARTINS, Maria Fernanda. Os tempos da mudança: elites, poder e redes familiares no Brasil, séculos XVIII e XIX. In: FRAGOSO, João Luís Ribeiro. ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de. & SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. *Conquistadores e negociantes. Histórias de elites no Antigo Regime nos trópicos. América lusa, séculos XVI a XVIII*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 422.

[8] Ibid., p. 431.

[9] NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. Verbete boa sociedade. In: VAINFAS, Ronaldo (dir.). *Dicionário de Brasil Imperial (1822-1889).* Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 95.

[10] Cf. MUAZE, Mariana. *As Memórias da Viscondessa. Família e poder no Brasil Império*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 205.

> "Por outro lado, constata-se também nas últimas décadas um crescente interesse da historiografia pela temática das sociabilidades. Criticada pela sua imprecisão conceitual e por isso mesmo usada muitas vezes de forma abusiva, a noção de sociabilidade tornou-se uma categoria operacional e fecunda para a pesquisa histórica a partir, sobretudo, dos trabalhos do historiador francês Maurice Agulhon (...)"[11].

Segundo ainda José Murilo de Carvalho[12], a sociabilidade é uma dimensão importante, por sua relevância para a vida política. É a partir dela que Manoel Esteves se firmou na sociedade cafeicultora do Vale do Paraíba fluminense. Ele era português nascido a 27 de setembro de 1813. Não é conhecida com exatidão a data em que veio para o Brasil e nem os motivos que o trouxeram para cá. Porém, a partir da análise de sua correspondência, sendo que as primeiras cartas datam de 1845, podemos constatar que neste ano ele já se encontrava estabelecido no Brasil, mais especificamente na Freguesia de Nossa Senhora da Conceição da Vila de Vassouras, onde possuía uma casa comercial.

Típico da construção da autoimagem já referida era a própria fazenda de café, em especial a moradia do proprietário. Das primeiras sedes extremamente simples de Valença descritas por Saint-Hilaire que, em 1822, atravessou o Vale do Paraíba paulista, as moradias passam por uma transformação radical, chegando mesmo a apresentar ares palacianos. "A casa de morada da fazenda imperial, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX no Vale do Paraíba, era edificação grandiosa..."[13] A casa de morada da Fazenda Santo Antônio do Paiol pode ser descrita como uma propriedade relativamente modesta comparando-se com outras fazendas da região. No entanto, antes de se mudar para a fazenda, Manoel Esteves reconstruiu-a, dotando-a de um mínimo de conforto e praticidade, com dimensões amplas, apropriadas para uma família numerosa como foi a sua. E isso constituía uma forma de demonstração do poder do proprietário, tendo se transformado em patrimônio histórico e alvo de interesse dos estudiosos durante muito tempo, enquanto as demais construções só recentemente passariam a ocupar os estudiosos.



> "Dito isso, a casa de morada cafeeira no Sudeste foi construção que ao longo do tempo se requintou e até se apalacetou, fosse na proporção do plantel de escravos que o proprietário dispunha, fosse como ícone de seu poder socioeconômico e político, observado, sobretudo, a partir de meados do século XIX"[14].

---

[11] BARATA, Alexandre Mansur. Do secreto ao público: espaços de sociabilidade na Província de Minas Gerais (1822-1840). In: CARVALHO, José Murilo de & NEVES, Lúcia Maria B. P. das. *Repensando o Brasil do oitocentos. Cidadania, política e liberdade.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 51.

[12] Cf. CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de. *Nação e cidadania no Império: novos horizontes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 12.

[13] MARTINS, Ana Luiza. *História do café.* São Paulo: Editora Contexto, 2008, p. 147.

[14] Ibid., p. 147.

De comerciante a proprietário de terras e escravos através do casamento, Manoel Esteves foi construindo e fortalecendo alianças, sociabilidades, tornando-se cada vez mais uma figura de prestígio na região. A necessidade de tais alianças entre proprietários rurais e comerciantes, facilitadores do crédito e mesmo, no caso em questão, intermediadores entre a família e comissários de café, torna-se evidente quando analisamos a sua correspondência com comissários no Rio de Janeiro. Antes mesmo de passar a residir em sua propriedade em Valença, já era ele responsável pelas finanças do sogro, chegando mesmo a administrar sua conta corrente com o comissário de café na Corte e assinar as ordens dadas a ele. Pela carta[15] recebida do comissário Visconde de Condeixa[16], em abril de 1853, podemos constatar o que foi referido:

> "Meu amigo e Srº
> Incluso remeto aberta huma carta para seu digno sogro o Srº Francisco Martins Pimentel, de quem sem nenhumas ordens nem authorização fis descontar em bilhetes do Thesouro o saldo que o mesmo Srº aqui tinha em 31 do mês findo, afim de lhe hir vendendo algumas cousas, cumprindo assim com nosso dever, procurando meios de dar algum interesse a quem também me ajuda.
> Como pode acontecer que o Srº Pimentel não esteja ao facto do que são bilhetes do Thesouro, pesso a V. Sª que lhe explique severando-lhe que nenhum obstáculo pode haver em saccar quando queira, porque com os mesmo bilhetes se cumprirá as ordens com o mesmo desconto pelo tempo que faltar, e sempre fica o premio pelo tempo que lhe terá decorrido.
> Negociante doe-lhe o coração vendo dinheiro parado, e por isso fis esta operação tomando a mim a responsabilidade por não ter nenhuma.
> Queira apresentar-me com muitos respeitos à sua Ilma. Srª e responda a minha vontade por ser com muita estima.
>
> De V. Sª
> Amigo
> Visconde de Condeixa"[17]



Esta carta deixa claro que Manoel Esteves costumava organizar os negócios do sogro. O Visconde de Condeixa, por sua vez, estava habilmente valendo-se de sua condição de comissário para realizar transações comerciais com os recursos de Francisco Pimentel em benefício próprio, justificando tal procedimento como um expediente necessário, não permitindo que o dinheiro ficasse parado e tomando

[15] Na transcrição da correspondência de Manoel Esteves será respeitada a grafia da época.
[16] João Maria Colaço de Magalhães Velasques Sarmento (1806-1871), também português, foi fidalgo-cavaleiro da Casa Real, par do Reino, Comendador da Ordem de Nossa Senhora da Conceição de Vila Viçosa, Cavaleiro da Torre e Espada, comendador da Ordem da Rosa, do Brasil, administrador do vínculo dos Colaços no campo de Coimbra, negociante de grosso trato na praça do Rio de Janeiro, capitalista e grande proprietário em Portugal.
[17] Correspondência de Manoel Antônio Esteves – nº 03, caixa 01, 1853.

a si a responsabilidade do ato, além de pedir que o cliente explicasse a situação ao sogro. Todavia, tratava-se de uma prática comum entre os comissários, apesar de pouco honesta. Neste mesmo ano, Manoel Esteves retirou-se para sua fazenda. No entanto, decorridos dez anos, Esteves continuava controlando de perto os negócios da família de sua esposa, fato este que se comprova através de cartas enviadas por outro comissário: Netto dos Reys[18] em 1863:

> "(...) Relativamente à conta da Srª sua sogra, mandamos a copia que V. Sª pode: quanto porém ao acceite e assinatura da letra pelo saldo da conta da mesma Srª não pode ser feito por seu actual marido o Srº José Martins do Valle, por causa das clausulas especiais do contrato do seu casamento. Consultando o advogado a este respeito, elle nos disse que o único meio seria o de passar a Srª D. Clara uma procuração ao Srº José Miz, por meio da qual lhe desse authorização para acceitar em nome della as letras que por saldo das contas correntes lhe apresentássemos (...).
> Desejamos concordar com V. Sª no melhor meio de conciliar as cousas a este respeito, mas sem prescindir do que for indispensável para legalidade de qualquer acto, no que bem sabemos que V. Sª está de perfeito acordo[19]".

Aqui vemos que o comissário envia a Manoel Esteves uma cópia da carta que já havia sido enviada para sua sogra, solicitando ainda como "favor especial" que Esteves conseguisse conciliar a questão da mesma com seu novo marido e o convencesse a tomar as melhores medidas legais e comerciais, deixando claro que fazia questão que Esteves estivesse de perfeito acordo na resolução de tais problemas.



As duas primeiras redes de sociabilidade traçadas por Esteves são claras até este ponto. Inicialmente, ele se estabelece como comerciante. Depois, ele próprio se torna um proprietário mediante o casamento. A partir daí, organiza outra rede com diversos comissários de café, chegando, por fim, a dispensar boa parte da intermediação destes, uma vez que estabelece a própria firma comissária, Esteves & Filhos, embora não se desligue totalmente da atuação de comissários. Estes desempenhavam um papel essencial no escoamento da produção cafeeira. Não haviam limites claros entre negócios particulares, de famílias, políticos tratados entre fazendeiros e comissários de café. Isso pode ser comprovado através de várias cartas recebidas por Esteves de seus comissários, destacando-se as que tratam de

[18] Membro de importante família, dos Barões de Carapebus, que tinha grande influência na política local na região de Campos dos Goitacazes. A família era ligada por parentesco aos Nogueira da Gama, do Marquês de Baependi, que também possuía representantes em Valença, como os filhos: o segundo Conde de Baependy, o Barão de Juparanã e o Barão de Santa Mônica. Cf. MARTINS, Maria Fernanda. Os tempos da mudança: elites, poder e redes familiares no Brasil, séculos XVIII e XIX. In: FRAGOSO, João Luís Ribeiro; ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de; & SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. *Conquistadores e negociantes. histórias de elites no antigo regime nos trópicos*. América lusa: séculos XVI a XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 427.

[19] Correspondência Manoel Antônio Esteves. 1863.

seus dois filhos mais velhos, Francisco e Lúcio, que estudavam no Rio de Janeiro, no Colégio Santo Antônio. Em uma delas lemos:

> "Rio de Janeiro, 7 de novembro de 1864
>
> Il^mo Sr^o Manoel Antônio Esteves
>
> "Valença"
> Meu bom amigo e Sr^o
>
> Confirmo a minha última em 28 do passado e accuso o recebimento de sua ordem da mesma dacta, que saccou sobre mim o favor de Poyares Lacerda e C^a, da quantia de 2.600$000, que me foi apresentada em 5 do corrente e nessa dacta cumpri como verá do recibo junto, que lhe fica debitado em conta.
> Como lhe havia dito em minha última de 28 do passado, fui no dia 1^o do corrente ao Collegio, buscar os seus dous caros filhos para mandar-lhes faser as duas mudas de roupa preta, e os trouxe para esta sua casa aonde passarão os 2 dias, por serem dias santificados, e no dia 3 levei ao Collegio aonde ficarão plenamente saptisfeitos e durante o tempo que aqui passarão muito contentes e estão bem nutridos e declaro, que os achei com muito adiantamento tanto um como o outro; mas especialmente o Chico é um talento raro e pela carta junta por elle escripta a seu caro Pai, verá o meu amigo que elle tem sabido aproveitar bem o tempo e por tanto acceite os meus parabéns e da minha parte os queira apresentar a sua cara Sr^a por ter tão bom filhinhos.
>
> Como sempre fico ao seu dispor, sendo com toda a estima.
>
> De V. S^a
> Amigo
> Manoel Joaquim Alves Machado"[20]



Manoel Joaquim Alves Machado era outro comissário que fazia negócios com Esteves, cuja firma estava estabelecida na Rua do Hospício, nº 26. Em sua correspondência, além da costumeira prestação de contas em relação a saques e débitos, Machado dá detalhes sobre os favores familiares que fazia ao amigo e cliente: buscou seus dois filhos no colégio, mandou fazer para eles duas mudas de roupas e, em seguida, levou-os para sua casa comissária, onde passaram dois dias santos. Após o feriado, levou-os novamente ao colégio e faz vários elogios sobre os progressos escolares de ambos. Todos estes detalhes deixam transparecer que o comissário era muito mais do que um simples representante comercial, era um amigo e parceiro e sua relação com seu cliente era muito familiar, o que evidencia

[20] Correspondência de Manoel Antônio Esteves – nº 40, caixa 01, 1864.

uma correlação entre as relações familiares e econômicas na sociedade cafeicultora[21]. Este era, pois, outro fator que caracterizava a cultura política desenvolvida pelos cafeicultores oitocentistas. Mais um exemplo retirado das cartas de Esteves deixa claro esta familiaridade entre parceiros comerciais:

> "Ill^mo e Ex^mo Sr^o Commendador Antônio Coelho Netto dos Reys
>
> Tenho a satisfação de communicar a V. Ex^a que os Sr^os Francisco e Lúcio Martins Esteves, continuão a gosar n'este Collegio perfeita saúde, e que a par de bom comportamento, vão progredindo satisfactoriamente em seus estudos.
> Fico sendo com muita consideração
>
> Francisco Pereira de Souza
>
> Collegio de Santo Antônio
> Em 1 de outubro de 1865"[22]

Francisco Pereira de Souza era o cônego responsável pelo Colégio Santo Antônio, no Rio de Janeiro. Nesta carta, o cônego dá notícias sobre os estudos dos dois filhos de Esteves que estavam sob sua responsabilidade, mas faz esta prestação ao comissário de Esteves, Netto dos Reys, e não diretamente ao pai dos alunos. Este fato revela a importância familiar do comissário na vida do fazendeiro de café, que confiava plenamente a ele assuntos comerciais e íntimos.



Instituições que uniam membros da boa sociedade também eram pontos de referência e locais onde as sociabilidades eram executadas. José Murilo de Carvalho cita como exemplo da vida associativa do século XIX[23] as irmandades religiosas, as associações filantrópicas assistenciais e profissionais. Manoel Esteves foi membro e provedor da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Valença e da Irmandade do Santíssimo Sacramento e acabou estendendo suas redes de sociabilidade até seu país de origem, uma vez que também se tornou membro da Irmandade da Misericórdia de Villa Nova de Famelicão em 1876. Esta é outra das redes de sociabilidade que ele estabeleceu e, mesmo que não tenha participado diretamente da vida política do município, estabeleceu ligações que lhe granjearam prestígio político. Outra forma de sociabilidade, neste sentido, é a participação no corpo de jurados, como também destaca José Murilo de Carvalho[24]. O jornal *O Alagôas*,

[21] Cf. PAIVA, Fernanda Gonçalves de. *Família Esteves: um estudo das relações familiares e econômicas de uma família fluminense no século XIX*. Valença: monografia de conclusão de curso apresentada ao CESVA, 2004.

[22] Correspondência de Manoel Antônio Esteves – nº 08, caixa 01, 1865.

[23] Cf. CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de. *Nação e cidadania no Império: novos horizontes.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 12.

[24] Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 37.

publicado em Valença no século XIX traz, em várias de suas edições, listagens de pessoas convocadas para participar do júri, encontrando-se, em diversas delas, o nome de Manoel Esteves. Tal atividade, ainda segundo Carvalho, era um tipo de envolvimento dos cidadãos com o Estado, constituindo-se a mais importante delas, apesar de o alcance ser menor, uma vez que exigia alfabetização. Era, no entanto, a mais intensa, "de vez que havia duas sessões do júri por ano, cada uma de 15 dias"[25]. Quem participava do corpo de jurados acabava se aproximando do próprio exercício do poder e adquiria, assim, alguma noção do papel da lei. Desta forma, ainda que Manoel Esteves não estivesse ligado às disputas partidárias nem tenha sido encontrada alguma referência de que tenha se filiado a algum grupo político, a participação no júri acabava constituindo uma ligação bem estreita com o poder e mais uma rede de sociabilidade exercida por ele que também buscou alianças e amizades na Corte. Ilustrativo disso é a ligação que manteve com o Conselheiro Zacarias Góes e Vasconcellos[26], destacado membro do Partido Liberal, cuja filha chegou a se casar com o primogênito de Esteves. São indícios que podem levar à reconstrução de uma cultura política que buscava sua identidade e, consequentemente, a cidadania de seus componentes. Em carta recebida em 1872, do dito conselheiro, podemos verificar a estima e posição de que gozava:



> "Rio, 18 de jº de 1872
>
> Ilmo. Sr. Comdor. Manoel Antonio Esteves
>
> Escrevo á V.S. esta carta de que é portador o Sr. Vicente Antonio Paulino, que vai a essa cide. tratar de um negocio seu, cujo bom êxito será seguro se V.S. toma lo sob sua proteção.
> Rogo-lhe, pois que o proteja.
> Seu
> Amigo
> Z de Góes e Vasconcellos"[27]

Em um pequeno texto, Zacarias demonstra total confiança no amigo e acredita que sua proteção será suficiente para o bom êxito do negócio de outra pessoa. Em outra carta, de julho de 1873, o mesmo Zacarias recomenda a Manoel Esteves um outro amigo, Francisco Manuel Grijó Quintanilha, "nomeado Juiz Municipal do Termo dessa cidade", desejando que Esteves "o trate como se fora eu"[28]. Tal confiança vem comprovar que Manoel Esteves realmente havia alcançado

[25] Ibid., p. 37.
[26] Zacarias Góis e Vasconcellos era advogado da Casa Comissária de Manuel Soares da Rocha, com quem Manoel Esteves mantinha relações comerciais e de amizade e foi através deste comissário que ele travou amizade com o conselheiro.
[27] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, caixa 01, 1872.
[28] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, caixa 01, 1873.

as condições necessárias para ser considerado um "prestimoso cidadão", conforme noticiou o jornal *O Alagôas.*

Provavelmente a relação com Zacarias começou por intermédio do comissário Manoel Joaquim Alves Machado, como denota o trecho a seguir, o qual demonstra que Zacarias advogou em causas de Esteves e de seus parentes, iniciando esta ligação por razões profissionais:

> "Vejo o incômodo que tem tido com o outro pródigo e quanto à demanda do mesmo, estimarei que lhes saia a favor e quando assim não aconteça e tenha de vir à Relação, o nosso amigo Conselheiro Zacarias é o mais habilitado por saber por onde deve começar e sair-se bem, visto que ele já a conhece e já está em nossa casa advogando de novo"[29].

Além disso, outra característica sua precisa ser mencionada: a de pai preocupado com o futuro dos filhos a fim de que os mesmos alcancem posições mais importantes, A este respeito, José Murilo de Carvalho expõe os meios utilizados pela elite "a caminho do clube":

> "O mais difícil era entrar. Um diploma de estudos superiores, sobretudo em direito, era condição *sine qua non* para os que pretendessem chegar até os postos mais altos. A partir daí vários caminhos podiam ser tomados, o mais importante e seguro sendo a magistratura, secundariamente a imprensa, a advocacia, a medicina, o sacerdócio. Em alguns casos, a influência familiar era suficientemente forte para levar o jovem bacharel diretamente à Câmara. O apoio familiar e dos amigos e o patronato dos líderes já estabelecidos era, aliás, presença constante em todos os passos da carreira"[30].



Como mencionado, o filho mais velho de Manoel Esteves, Francisco, casou-se com a filha de Zacarias Góes e Vasconcellos, com quem já mantinha boas relações, citadas inclusive em sua correspondência com o pai. Em 1873, por exemplo, partindo para Pernambuco, Francisco envia uma carta aos pais informando sobre a viagem e as cartas de recomendação que levava. Entre os comentários ele diz: "Estive também hoje à tarde em caza do Conselheiro Zacarias. (...) O Conselheiro ainda está muito nosso amigo. Prometeu-me mandar cartas de recommendação para Pernambuco"[31]. Francisco e Lúcio, segundo filho de Esteves, estudavam no Rio de Janeiro e recebiam constantes cartas do pais, as quais demonstram a preocupação com a formação dos dois. Todas essas ligações familiares, sociais, a preocupação com o futuro dos filhos, são significativas na construção de redes de sociabilidade no Brasil oitocentista e visavam à construção de uma posição determinada no contexto histórico do período imperial. Francisco

[29] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, 1864.

[30] CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. A elite política imperial.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 125.

[31] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, caixa 01, 1873.

Martins Esteves demonstra a mesma preocupação que o pai em relação aos estudos como meio de se pertencer à boa sociedade. Em carta enviada à mãe em resposta às preocupações desta em relação ao filho mais novo, ele diz:

> "Minha querida Mãe
> (...)
> O Lucio está bem continuando da m^ma maneira os seus estudos, assim como eu que sempre choro este tempo de auzencia que longe de vós passo, ao m^mo tempo refletindo que se não fora assim, algum dia jamais pertencerei a sociedade, e por isso na ha outro recurso senão estudar e sempre avançar e com todas as forças, que a minha intelligencia permitte"[32].

E Manoel Esteves, em outra carta enviada ao filho, revela o que realmente lhe interessa: "... do coracção como Pai, eu nada preciso, só sim os seus adiantamentos nos seus estudos, e pagar o que devo como ja diçe para todos ficarem arranjados;..."[33] Francisco acabou se formando pela Faculdade de Direito do Recife, uma das mais conceituadas do Brasil Império e substituiu o pai, após sua morte, na administração de suas propriedades, tendo sido também nomeado tutor dos irmãos menores.

Ao morrer em 1879, aos 66 anos, Manoel Esteves deixou 11 filhos, sendo oito ainda menores de idade. De acordo com seu testamento, elaborado em 10 de maio de 1879, ele deixou a quantia de 4 contos de réis à Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Valença[34], em um gesto típico dos afortunados do século XIX, e todo o restante de sua herança deixava como capital de giro para a sociedade Manoel Esteves & Filhos, ficando seus sócios obrigados a dividirem semestralmente os lucros, em partes iguais, a todos os seus filhos, enquanto estes vivessem, e depois aos filhos destes. Declara, entre seus haveres, terras, plantações, estabelecimentos rurais, escravos, títulos de dívidas, ações de companhias, propriedades em Valença, a estação de Esteves na Estrada de Ferro União Valenciana e a dita sociedade comercial. Deixou, portanto, um rico patrimônio para os filhos. Foi um dos raros casos na região em que isto aconteceu, revelando profundo senso administrativo.



Enfim, a partir da redescoberta de fontes como as referentes a Manoel Esteves é que pode se tornar possível uma releitura do Brasil oitocentista, partindo-se do pressuposto de que a mentalidade de um indivíduo histórico é justamente o que ele tem de comum com outros homens de seu tempo. Ou seja, é o estudo desse caso particular que pode revelar as crenças e atitudes comuns à sociedade da época, levando-se em conta as particularidades dos diferentes grupos sociais e suas relações entre si, na construção desta vasta rede de sociabilidade.

---

[32] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, caixa 01, 1869.

[33] Correspondência de Manoel Antônio Esteves, caixa 01, 1871.

[34] Quando assumiu a provedoria da Irmandade, neste mesmo ano de 1879, Manoel Esteves encontrou um déficit de 2:408$685, tendo arcado com tal despesa.

## Referências bibliográficas

BARATA, Alexandre Mansur. Do secreto ao público: espaços de sociabilidade na Província de Minas Gerais (1822-1840). In: CARVALHO, José Murilo de & NEVES, Lúcia Maria B. P. das. *Repensando o Brasil do oitocentos. Cidadania, política e liberdade.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BERSTEIN, Serge. A cultura política. In: RIOUX, Jean-Pierre & SIRINELLI, Jean-François. *Para uma história cultural.* Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de. *Nação e cidadania no Império: novos horizontes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

_____ *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____ *A construção da ordem. A elite política imperial.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

FARIA, Sheila de Castro. *A Colônia em Movimento. Fortuna e Família no Cotidiano Colonial.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

_____ História da família e demografia histórica. In: VAINFAS, R. & CARDOSO, Ciro F. *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia.* Rio de Janeiro: Campus, 1997.

MARTINS, Ana Luiza. *História do café.* São Paulo: Editora Contexto, 2008.

MARTINS, Maria Fernanda. Os tempos da mudança: elites, poder e redes familiares no Brasil, séculos XVIII e XIX. In: FRAGOSO, João Luís Ribeiro. ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de. & SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. *Conquistadores e negociantes. Histórias de elites no Antigo Regime nos trópicos. América lusa, séculos XVI a XVIII.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MUAZE, Mariana. *As memórias da viscondessa. Família e Poder no Brasil Império.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

OLIVEIRA, Mônica Ribeiro de. *Negócios de família. Mercado, terra e poder na formação da cafeicultura mineira – 1780-1870*. Bauru: EDUSC, 2005.

NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. Verbete boa sociedade. In: VAINFAS, Ronaldo (dir.). *Dicionário de Brasil Imperial (1822-1889).* Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

PAIVA, Fernanda Gonçalves de. *Família Esteves: um estudo das relações familiares e econômicas de uma família fluminense no século XIX.* Valença: monografia de conclusão de curso apresentada ao CESVA, 2004.

RÉMOND, René. Uma história presente. In: RÉMOND, René (org.). *Por uma história política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

# La singular respuesta del liberalismo hispánico

**Prof. Dr. Faustino Martínez Martínez**[1]

**Resumen**

Se trata en este trabajo de sentar las líneas básicas de una investigación que, en contra del criterio general, vea en la Constitución de Cádiz no una auténtica Constitución en sentido moderno, sino una suerte de recapitulación de la vida jurídica del Antiguo Régimen, una Constitución de tipo histórico, que recogía y ordenaba las Leyes Fundamentales con algunos pequeños añadidos. Poder constituyente, nación o soberanía nacional son conceptos brevemente examinados para ratificar la anterior afirmación.

**Abstract**

The purpose of this essay is to establish the main guidelines of a research which, contrary to the general criteria, considers the "Constitution of Cadiz" not as an authentic Constitution according to the modern sense, but as some sort of recap of the legal life from the Ancien Régime, a historical Constitution which gathered and arranged the Fundamental Laws with some slight additions. Constituent power, nation or national sovereignty are some of the concepts subject to analysis in order to support the previous assertion.

**Palabras clave***:* Constitución, Historia Constitucional, Cádiz, 1812, Poder Constituyente, Constitucionalismo antiguo y moderno.

Es este año un momento de fastos hispánicos e incluso – y no en medida menor – americanos, fastos que implican bibliográficamente proliferación de estudios y ensayos, números monográficos de revistas de todo signo y especialidad, compilaciones, resultado todo ello de seminarios, jornadas de estudios, mesas redondas, simposios y congresos. En este año conmemorativo, decimos, parecer ser la Constitución de Cádiz el tema por antonomasia con exclusión de cualquier otro, salvo los que puedan introducirse por vías colaterales (y la producción bibliográfica lo viene acreditando desde hace un tiempo). Es este año, reiteramos, un año de aparente festividad, solaz recreación y felicidad constitucionales, a la par que liberales y democráticas en su máxima expresión, sobre la inabarcable materia doceañista. Pero conviene mantener la cabeza fría para que no se obnubile nuestro juicio por las luces, la música y los cohetes que se desprenden de las fiestas

[1] Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones. Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Ciudad Universitaria, s/n. MADRID 28040. E-Mail: fmartine@der.ucm.es

a ella, a nuestra tan amada y tan exacerbada Constitución de 1812, vinculados. Es preciso, necesario y urgente recuperar vertiente y espíritu críticos, tan escasos comúnmente en los aledaños y podios de tales celebraciones, donde todo parece desbocado, exaltado, fruto del sentimiento antes que de la razón, y el denostado presentismo, imponiendo su modelo exclusivo y dictatorial de lectura del pasado, parece invadirlo y corromperlo absolutamente todo.

Hay que saber qué se celebra y por qué, a qué tipo de Constitución nos estamos refiriendo, si es que comparece alguna, a qué contenidos damos la impronta constitucional y la vitola de precursores, y con qué implicaciones y desarrollos efectuamos todo esto. Importa más lo primero, el qué, la esencia, la sustancia constitucional propiamente dicha, puesto que lo segundo, el motivo, la razón última, viene derivado de la respuesta que se dé a ese primer interrogante ontológico. Tanta celebración, pompa y ostentación puede entorpecer la labor del investigador y hacerle ser llevado pasionalmente por los mismos efluvios del siglo XIX que tanto contribuyeron a alterar la imagen gaditana como origen del liberalismo y cuna del régimen constitucional en su plenitud más absoluta, cuando es conveniente recordar que Cádiz, a nuestro modesto entender y en adelante así lo indicaremos, no fue ni lo uno, ni lo otro totalmente, sino, antes bien, algo situado en las antípodas de esa lectura sentimental y romántica, tan del gusto decimonónico. Ni miedo o ira, ni prejuicios distorsionadores o exaltaciones patrióticas, ni críticas sin fundamento o encumbramientos pasionales: nada de todo eso tan reprobable y de dudosa utilidad científica, nada de eso, repetimos, debe ser empleado para tratar el conglomerado gaditano. Hay que buscar el dato frío, el texto iluminador y el contexto que lo engloba. Todo proceso histórico, máxime en tiempos de cesura, de renovación, de apertura de nuevas eras y de sepultura de las antiguas, tarda en cuajar, en abrirse paso y en asentarse. De ahí lo interesante del estudio de esos drásticos períodos de transición, más o menos amplia, en que las transformaciones van fraguándose de forma lenta y pausada, pero constante, implacable y segura. Cádiz y su Constitución pueden ser un ejemplo de todo esto, de coexistencia deliberada de pasado y de presente, con unos ritmos de cambio que no acaban de ser percibidos con claridad, lo cual dificulta sobremanera su contemplación.



Pero, sobre todo, hay que saber qué se estudia, qué se celebra, qué es objeto de conmemoración y, sobre todo, con qué óptica, con qué perspectiva fidedigna y respetuosa para con los materiales a emplear se elabora el discurso, dado que esto último aludido, el punto de vista, es el *quid* de la Historia en su conjunto. La perspectiva final del historiador o del investigador es lo que se debate en suma y lo que hace que cualquier tema histórico nos lleve a preguntarnos por los rudimentos de nuestro propio oficio. Podemos afirmar de esta forma que hay dos visiones irreconciliables que atrapan entre sus redes a todo historiador: la del pasado que se trata de estudiar y la del presente desde donde se investiga y al que se dirige su mensaje. Se puede decir así que hay una Constitución de Cádiz de 1812, datada en tal fecha concreta, y otras, muchas, Constituciones de Cádiz interpretables, que

se han ido leyendo y esbozando a lo largo de los siglos XIX, XX y ahora XXI. Hay una Constitución de Cádiz de la que nos hablan los diputados y personajes públicos doceañistas en sus textos y de la que dan buena cuenta los periódicos de la época, texto que todos ellos conocen bien, del que están empapados y que saben definir a la perfección, y hay otras Constituciones de Cádiz que parten de aquélla, se desenvuelven en lecturas singulares, partidistas y parciales, para llegar a otros destinos contemporáneos que no han de coincidir con el espíritu de esa carta magna aludida, es decir, que la interpretan en función de intereses que nada tienen que ver con el ambiente gaditano en que se gestó la propia Constitución. Debemos siempre tomar en consideración la primera u originaria perspectiva, la que nos conduce a aquella Constitución de 1812, leída a través de las lentes que nos suministran los propios hombres actores de 1812 y su entorno, porque es ésta la que nos guiará hacia la realidad histórica primigenia y no hacia las visiones intermedias que se han ido forjando y que finalmente han ido distorsionando el primitivo legado gaditano. Como había reclamado el humanismo renacentista para con los textos justinianeos, es imperativo abandonar glosa y comentario para recuperar el sabor genuino que desprendía el original texto gaditano, aquél que había sido sepultado de forma inmisericorde por las palabras de otros, palabras que perturbaban el correcto sentido de cada una de las expresiones genuinas de la Constitución de 1812. Es preciso, necesario y urgente, decimos, romper con la labor de intermediación protagónica que ciertos investigadores han venido desarrollando con sus construcciones y con sus lecturas, luego materializados en discursos de varia orientación y dirigidos siempre a justificar presentes a partir de pasados, es decir, a anticipar soluciones constitucionales hodiernas en tiempos preconstitucionales, a proyectar hacia épocas pretéritas lo que son creaciones típicamente contemporáneas, tratando de conseguir mayores dosis de legitimidad a través del recurso al tiempo. Nuestra labor no es participar en y del legado gaditano, no es inmiscuirnos en su formación y desarrollo, ni reproducir los debates o las polémicas más significativas tomando partido por unos u otros, ni tampoco conectar ese pasado con el presente, sino observarlo, analizarlo, comprenderlo e imbricarlo en su correspondiente instante, que es donde tiene que estar y es donde ha de ser verdaderamente comprendido en su más estricta pureza. Cádiz es un mundo del pasado que ya no está y ya no es para nosotros más que como sencillo recuerdo. Debe ser captado de acuerdo con su propia cultura constitucional y no de acuerdo con la cultura constitucional que aparecerá tiempo después. Debemos recordarlo y debemos recordarlo tal y como se produjo en la medida en que los testimonios lo permitan. A ese pasado, pues, es al que hay que volver si se quiere comprender lo que allí sucedió entre 1810 y 1812. Hay que dejar que los textos gaditanos hablen su propio lenguaje, que digan lo que tienen que decir en su propio contexto, en su propio universo mental, por la boca de los protagonistas que pronunciaron sus discursos y se enzarzaron en sus debates; hay que excluir de plano lo que nosotros queremos que digan, el intento de encajar en nuestra mentalidad, en nuestro mundo conceptual, aquello que en Cádiz estaban siendo prefigurado o anticipado. Lo mismo pasa con los silencios que allí abundan:

hay que entenderlos en su debido sentido y en su adecuado momento. Cuando se calla o cuando no se dice algo, también hay valores subyacentes y motivos ocultos. Ni debemos poner en la boca de los hombres públicos de aquel tiempo palabras y conceptos que no pronunciaron, ni hacerles decir por vía de interpretación cosas para las que no estaban preparados de ninguna de las maneras o que ni siquiera pasaban por sus cabezas.

Por eso, reclamamos la atención del lector para detenernos en el principio que, en este caso como en el bíblico, era también el verbo. Y a las palabras hay que hacer alusión inmediata. Basta abrir cualquier ejemplar de la Constitución de Cádiz para comprobar que nos hallamos - antes de nada y nada menos que - ante un *Constitución Política de la Monarquía Española*. Ése es su nombre. El simple título ya nos da muchas pistas acerca del destino que ha de impulsar la investigación. Constitución política significa, en el lenguaje de la época, que no es la única forma o manera bajo la cual se presenta un texto constitucional en ese tiempo dado. Si así fuese, si sólo existiese un modelo de Constitución, estaría de sobra el adjetivo y no es el caso. El adjetivo calificativo es algo más; se eleva por encima de cualquier mera descripción y tiene carácter definidor de la esencia de aquel sustantivo al que acompaña de modo inescindible. Hay una Constitución que se dice política, vinculada a la libertad que así se califica, de lo que se infiere que hay otra suerte de Constituciones al margen de ésta (militar, fiscal, eclesiástica, etc.), las cuales, en principio, quedan excluidas de la dinámica que el texto gaditano dice encarnar y quiere dirigir. Son otra cosa y permanecen en lugar discretamente separado. Su objeto no es lo político y, dentro de este contexto, tampoco la libertad política, materia principal que se trata de asegurar en primera instancia a través de la Constitución misma así calificada. Ése es su cometido primigenio. Garantizarla y fortalecerla. Luego vendrá asimismo la libertad civil de los individuos que forman la Nación, pero lo primero, lo que ha de construirse o reconstruirse en lugar preeminente es el edificio político, con sus poderes o potestades, con su moderación gubernativa, con su felicidad pública como objetivo de toda acción del poder, con los deberes de los ciudadanos antes que con sus derechos, con la obediencia, la sujeción, el sometimiento. Todo esto forma la base esencial, el esquema monárquico-nacional para que la libertad política sea recuperada tras años de olvido y desprecio, y sea asegurada de cara al futuro. En el fondo de todo esto, la Nación, antes que el individuo, está esperando la rehabilitación de este cauce de relaciones de dominación que implica aquella libertad que alumbra el arranque de la Constitución. Y la Nación comparece con sus notas definitorias que luego tipificaremos. La libertad la vuelve a edificar con solidez, apuntalamientos y ajustes mínimos. Esta tal libertad concebida en términos hispánicos, esto es, en términos católicos, que suponen el seguimiento, la aceptación y el acatamiento incondicionados de todos aquellos mandatos expedidos por una autoridad soberana debidamente formada y potencialmente legítima dentro de los cauces éticos (religiosos, esto es, católicos) que sirven de fundamento a todo el edificio público, supone la articulación de un aparato complejo de poderes, derechos y

deberes que responde a unas exigencias concretas, a una visión muy singular de tal libertad, ligada más a las concepciones teológicas de los tiempos preconstitucionales que a los espacios individuales abiertos y generales que supone la libertad en su moderna acepción ya definitivamente constitucional. La libertad implica a la voluntad de los súbditos, a su destino, mientras que el germen de donde emana ese deber, la soberanía, concordando con la ley natural, se recluye en los márgenes de la inteligencia, de la razón. Los artículos 13 y 14 de la Constitución serán claros en este sentido y dan la clave de aquello que se quiere reconstruir en un sentido sucesivo: felicidad de la Nación, bienestar de los individuos que la componen y Monarquía moderada, como culminación política de todo esto y garantía final de la efectividad de tal libertad. De la Nación, pasando por los individuos, hasta llegar a la forma de poder solidificada. El adjetivo, por ende, no califica sin más al sustantivo, sino que desempeña una labor más profunda: introduce unas coordenadas públicas de deber, de obediencia, de sumisión, de sometimiento, por donde va a discurrir la vida constitucional futura, todo ello de acuerdo con el camino recto por el que había venido discurriendo la vida constitucional pasada o por el que debería haber transitado aquélla. Eludiendo abstracciones, el objeto que se persigue no es la libertad etérea, la libertad sin más, incondicionada, sola y pura, sino una cúmulo de libertades específicas, varias de ellas en formas dispares, articuladas en torno a y presididas por la noción capital de libertad política que es la única capaz de tutelar efectivamente a la Nación y, tras ella, a los individuos que la componen, una libertad dirigida a asegurar los fundamentos de la Monarquía Nacional que presidía todo el diseño constitucional antes que a asegurar espacios de inmunidad para todos y cada uno de los ciudadanos. La libertad política es fuente de las restantes libertades, pero no es individual, sino nacional (al menos, en primera instancia), y no es natural, sino histórica. Una libertad, en suma, al servicio del poder, no al servicio del individuo ciudadano o súbdito. Seguimos en tiempos de libertad antigua, de libertad premoderna, porque el debate no es la profundización en tal libertad o en sus clases, su extensión o ampliación a otras esferas, sino la definición exacta y primera de su existencia. La libertad católica se centra en o pivota sobre la cuestión de la aceptación de lo que dice la autoridad legítimamente constituida antes que en la libertad misma: es la facultad para obedecer o para desobedecer, de conformidad con el libre albedrío, pero siempre en el marco de unos cauces institucionales previos que acaban por condicionarla de modo extremo. La Constitución – y para ello basta leer los arts. 4, 6, 7, 8 y 9, con extensión al art. 366 – se plantea en clave de deberes y no de derechos, en clave de obediencia y no de inmunidad, y exención, en clave - debemos repetirlo - de libertad antigua y no de libertad moderna. La singular lectura de la igualdad, mediatizada por unos códigos ansiados que no pasan de ser recopilaciones ancianas con mejor estilo, más perfectas y más completas, y un fuero único que brilla por su ausencia, además de corporaciones y gremios de todo tipo que no son erradicados del escenario social y político, tampoco ayuda a reforzar su carisma liberal, ni mucho menos.

Pero es, leemos también, una Constitución protectora de la libertad política dirigida a un sujeto determinado y aquí es donde se halla un segundo componente relevante: la Monarquía Española (que no la Nación, que aparece, por tanto, subsumida en el conglomerado que aquélla, con el rey a la cabeza, implica: es una Monarquía de la Nación que, consecuentemente, ha de ser calificada como Nación monárquica sin ningún género de dudas). Esto nos coloca ante un espacio institucional y territorial complejo, bihemisférico, extenso y compuesto, que es, al mismo tiempo, algo más que una forma de gobierno sempiterna, forjada en la Historia, indisponible por parte del común de los mortales, profundamente enraizada en el espíritu político de esos seres y de esas tierras que se tildan de monárquicas y que forma ese amplio y abrupto conglomerado conocido como Monarquía Hispánica, abarcando España e islas adyacentes, además de territorios repartidos por los tres continentes. La Monarquía es más que eso, es más que el entrelazamiento tradicional de personas, corporaciones, provincias y territorios alrededor del monarca: es la definición misma de la esencia política hispánica. Es su alma porque lo ha sido desde tiempos remotos. La Constitución lo es de la Monarquía porque esa Monarquía es la única forma constitucionalmente posible y viable a la vista del expediente histórico que España tiene tras de sí. La Constitución es, se puede concluir, la Monarquía misma y no puede ser de otra forma sin quebrar el tracto histórico y pervertir el espíritu de la comunidad política. Si se opta por otra forma política, España (o las Españas) desaparecería como tal. Arrancaría la existencia de otra cosa diferente. Surgiría otro sujeto histórico ya no español, algo distinto y, como distinto, imprevisible, fuera de control, fuera de los cauces que la Historia ha trazado para delimitar las fronteras del poder político con ciertas dosis de regularidad, mesura y orden. Ésta es la parte basilar de la Constitución, sin la cual el texto mismo ni remotamente puede llegar a ser comprendido. Lo que se hace en Cádiz es un tipo de Constitución (política como se ha indicado), dirigida a un sujeto concreto (la Monarquía). Pero, ¿qué Constitución aflora realmente en esos años? ¿Qué se discute? ¿Por qué se lucha exactamente, si es que se lucha por algo? Debemos mirar al inmediato pasado gaditano para comprender lo que allí se experimenta.



La clave esencial estriba en la perspectiva con la que se debe examinar el complejo material forjado entre 1810 y 1812, ese mundo del ayer que se evaporaba ante los ojos de los contemporáneos, que se desvanecía de modo evidente e irremisible para los coetáneos, quienes decidieron unir fuerzas para pactar una suerte de disolución ordenada y paulatina de lo pretérito, una continuidad agotada, y así crear, idear o imaginar otro universo, para todo lo cual emplearon y ensamblaron muchas piezas, materiales, instrumentos y elementos tomados de ese mismo ayer que se estaba precipitando hacia su desaparición, es decir, que procedieron a construir un cosmos en apariencia nuevo a partir de los residuos, restos y reminiscencias que quedaban del antiguo, del único que conocían en profundidad, dando como producto algo que no puede ser calificado, en puridad, como una cosa, ni tampoco como la otra. Cádiz es un

mundo exótico que se muestra ante nosotros como algo remoto, lejano, extraño: aparece un ser sin tiempo que tendría muchas dificultades para adscribirse a una era, la que se cerraba, o a otra, la que comenzaba a abrirse. El mundo gaditano gira en torno a esta singular dualidad de planos temporales que se acercan, se tocan, se distorsionan, y, en cierta medida, también se confunden. Pasado y presente se dan la mano porque el horizonte constitucional fue construido sin marcar cesuras con el pasado más inmediato o más remoto, sin cancelación alguna de ese pasado, sin ruptura con el mismo (lo acredita la inexistencia de alguna cláusula derogatoria en el texto doceañista, cláusula que cancelase el pasado de forma contundente, como se indicará después), sino trabando un fructífero diálogo con aquél, invitándolo a incorporarse a la experiencia constitucional que, con nueva forma, método y sistema, comenzaba a caminar en septiembre de 1810. Toda la obra legislativa de Cádiz debe ser contemplada desde este prisma: pasado y presente imbricados, entroncados, fundidos, o confundidos, dando pie a una relación abierta y natural, cotidiana si se quiere, entre el hoy y el ayer, entre 1812 y los tiempos góticos, medievales, modernos o los inmediatamente anteriores del despotismo regio y, sobre todo, ministerial, sin que nadie se rasgase las vestiduras, ni se asustase ante tamaña actuación: el Derecho del pasado seguía siendo Derecho del presente. Las bases eran las mismas. Eso era lo usual. El ayer todavía era el hoy.

El sustento a todo esto lo proporcionaba un orden jurídico, reflejo de un más general orden cósmico, de fundación divina, pero, asimismo, basado en el poder no consensual de un monarca cuyas decisiones se amparaban en su capacidad unilateral de determinación, en su pura voluntad, si bien guiada de cerca y condicionada por la razón, en su vertiente teórica y en su dimensión práctica, como la Escolástica española, con Suárez a la cabeza se había encargado de propugnar. Un mundo jurídico, el del Antiguo Régimen, que difícilmente encajaba o aceptaba la idea de derogar o de abrogar, es decir, la idea de comienzo y de terminación de cualquier norma, sino que confiaba en y a múltiples sistemas jurídicos, de dispar origen y evolución, yuxtapuestos y superpuestos, cada uno con sus fuentes de producción, que debían ser armonizados en cada caso concreto por jueces, magistrados y juristas de cara al hallazgo final de la Justicia, concebida como la equidad constituida particularizada que daba forma a aquella previa ruda equidad, materia informe que sustentaba todo el orden universal y le confería pleno sentido. Toda norma, sin excepciones más que puntuales, existía desde su creación divina por siempre y al mismo tiempo que cualquier otra, era descubierta por los hombres y, a través de ello, buscaba su participación práctica en la vida cotidiana, buscaba imponerse, sin que el fracaso aplicativo supusiese su erradicación. No era así cómo funcionaban los juristas del momento. Nada se desechaba, ni se eliminaba, sino que toda norma jurídica y su expresa formulación pasaban a formar parte del escenario común del Derecho y debía determinarse su posición específica, nunca irreversible, sino formulada para cada caso singular que se sometía a resolución. En unos supuestos, unas triunfarían; en otros, serían las restantes, sin que esto determinase su eliminación de una vez y para

siempre. Toda norma era potencialmente válida a los ojos de cualquier operador jurídico y dependía de las circunstancias específicas del caso para que se activase su eficacia. No había, pues, reglas generales, sino que imperaba el universo del particularismo, del casuismo, tanto en las normas en sí mismas consideradas, como en la ubicación de tales normas (prelaciones, muchas veces insuficientes, poco claras o puramente ignoradas y conculcadas). Era un mundo para el cual no podía hablarse bajo ningún concepto de Derecho Histórico, en un sentido anticuario y peyorativo, puesto que todo Derecho lo era por el mero hecho de su aparición específica en el tiempo, sin dejar nunca de ser Derecho vigente, y toda Historia era indispensable para conocer ese tal Derecho en vigor, válido y eficaz a todas luces, puesto que era la vía preferente, esa histórica referida, para acceder al contenido y al espíritu de cada norma. Se trataba de un mundo que veía como coexistían piezas jurídicas de diversa procedencia geográfica, jerárquica y, sobre todo, temporal (fueros señoriales, fueros municipales, costumbres, ordenamientos reales, disposiciones de las Cortes y de los Consejos, sentencias, estilos judiciales, pareceres doctrinales, etc.), todas las cuales conformaban un patrimonio común en pleno vigor y con fuerza vinculante, sobre el cual se aplicaban unas nada claras reglas de conflicto (de geometría variable, elástica, maleable) que no tenían poder eliminador o depurador de la complejidad subyacente de un modo definitivo, de forma concluyente e inapelable, sino que simplemente las iban situando en modo casuístico y clasificado, para cada supuesto planteado, en su lugar adecuado, dentro de un orden regido por la superior idea de consecución de la Justicia, nunca para garantizar, pues, una efectiva, pura y exacta aplicación del Derecho. Eso no se perseguía, ni estaba en la mente de nadie el postularlo como objetivo a corto plazo. El Derecho en cualquiera de sus piezas debía servir a esa finalidad última, la cual se imponía dictatorialmente por encima de cualquier otra consideración, ya prelaciones, ya vinculaciones, ya órdenes normativos estrictos. No existía ese rigor, ese monolitismo, esa intransigencia interpretativa, sino que, al contrario, eran ordenamientos abiertos, modificables, adaptables, cambiantes en sus decisiones concretas bajo la apariencia de inmutabilidad, regidos por las exigencias de cada caso particular. Lo concreto determinaba la decisión a partir de la elección de aquella pieza jurídica que mejor se plegase a las necesidades que el caso suscitaba. No se iba de lo general a lo particular, sino que el camino era el opuesto. Lo concreto y sus circunstancias determinaban la vida del Derecho. El fin era lo justo, lo equitativo, ya obtenido por vías jurídicas ordinarias, ya conseguido por vías que se situaban más allá de tales fronteras, pero que servían para reforzar, a modo de contrafuerte, la solidez de todo el orden mediante el recurso a valores, virtudes o principios alejados de la Justicia, pero que, no obstante, contribuían a realizarla bajo determinados supuestos y condiciones, y contribuían a fundarla de un modo más sólido (la gracia).



Era, en suma, un mundo donde los monarcas legisladores ocupaban un puesto decisivo, en cuanto que ordenadores, garantes y cierres últimos del mismo, en donde tenían la primera y la última palabra, sin perjuicio del papel activo de

la jurisprudencia, que era desarrollado precisamente al amparo, bajo la cobertura y de acuerdo con lo que el rey había sancionado de forma expresa o había tolerado en modo implícito. El arbitrio judicial era el corolario de este sistema: la libertad interpretativa para moverse en esa maraña normativa era un elemento indispensable de cara a la obtención del resultado justo que todos perseguían, una libertad que no era indiscriminada, ni absoluta o total, sino que estaba dirigida por reglas específicas y estaba orientada al fin último que era la Justicia del caso concreto. Solamente esa flexibilidad en el manejo y en la interpretación de las fuentes podía evitar el caos. Estos rudimentos funcionaban con regularidad en toda Europa en esa larga era del Derecho Común que se prolongaba hasta comienzos del siglo XIX. España no era una excepción a este mundo eterno del Derecho, a este mundo sin tiempo donde cada norma valía por siempre, sin discusión, este mundo de planos normativos superpuestos e integrados, a la espera de su eventual posibilidad aplicativa dependiente del caso en el que se viesen implicados.

Si no hay pasado, ni presente jurídicamente hablando, si todo el Derecho antiguo es y está al mismo tiempo, con independencia de la época de su gestación, si no se derogan piezas de este mosaico, sino que se prefieren o se superponen en algunos casos unas a otras, sin que esto llegue a conformar reglas generales o pautas universales de actuación, si nada se tira o se pierde en ese mundo jurídico, puesto que todo forma parte del mismo orden prescriptivo y acumulativo, de tipo tradicional y sedimentario (compuesto de varios elementos, ligados a una visión teológica del mundo que nunca llega a desaparecer), orden plural, con muchos componentes implicados, de textura abierta e incierta, sometido al cálculo de probabilidades aplicativas que determinen los juristas, los jueces o los reyes, si este orden descrito, repetimos, es el dominante en la España del Antiguo Régimen, no podemos, ni debemos bajo ningún concepto, contemplar la labor iniciada en 1810 con la óptica positivista, legalista y estatalista de lo que vino después, sino todo lo contrario. El paradigma legislativo puro y sus connotaciones adyacentes no nos sirven para operar en esta realidad opuesta. Esto es evidente. Hay que modificar el enfoque que tradicionalmente ha venido siendo empleado. Es un claro error de planteamiento ver lo antiguo como si fuese lo nuevo o como si tuviera imperativamente que haber sido como lo nuevo resultó ser con mucha posterioridad. Hay que esforzarse en comprender lo que sucedía antes y ver cómo ese antes condicionó lo que se hizo ulteriormente. Si tenemos todo esto en cuenta (sobre todo, la falta de aislamiento entre pasado y presente, sino, antes bien, su coexistencia más o menos pacífica, la perduración de todo el orden jurídico y su recuperación por medio de la mejora o corrección del mismo, en una suerte de eterno-retorno jurídico), la visión de la Constitución de 1812 ha de cambiar de forma clara y notoria. No es un Constitución nueva la que allí se presenta o la que allí se perpetra. Es una Constitución antigua, histórica, tradicional, de raíces consuetudinarias en última instancia, construida con retales del pasado, con dispositivos e instituciones tomados del mundo pretérito que parecía disolverse, con lo que la posibilidad de innovación desaparece desde el momento de su

arranque. Una Constitución que carece de cláusula derogatoria porque no estaba en condiciones de, ni tenía el poder suficiente para cancelar el caudal histórico que la nutría y la definía. Lo que se hace – y así lo dicen sus protagonistas – es afirmar instituciones y leyes antiguas, recuperarlas, fortalecerlas, y asegurar la aplicación del modelo monárquico y católico que venía existiendo en España desde tiempos medievales, dándoles a todas ellas una nueva sistemática que facilite su reconocimiento y evite su posible ocultación o ambigüedad de cara al inmediato futuro. Se coge el pasado, se busca un modelo pretérito operativo y se limpia de impurezas, al mismo tiempo que se dota a la vida pública de los instrumentos precisos que impidan cualquier deriva despótica y se le da un orden que permita su clarificación. El pasado no sólo es fuente de poder y de institutos; es modelo de lo que se tiene que hacer para eludir los peligros de la degeneración que se había dado en tiempos modernos. Por eso, el pasado es útil: porque es fuente donde se encuentra todo lo que debe existir, y, al mismo tiempo, es enseñanza que previene frente a posibles desvíos. Las piezas varias que integran Cádiz no son invención de las Cortes, ni de sus diputados; son creación de la Historia, son piezas más o menos identificadas en el pasado y con el pasado, lo que conduce a Dios como depositario último de todas las esencias constitucionales primarias, como creador del marco político al que ahora sus criaturas están dando un nuevo orden. Pensemos en el inicio del texto gaditano que, empleando una fórmula de promulgación típica del Antiguo Régimen, habla de un rey, Fernando VII, que lo es por la gracia de Dios, antes que por la gracia de la Constitución, lo cual viene después, y la jerarquía no es pacífica, ni neutral, sino plena de significación jurídica y política: el rey es la máxima autoridad terrena, pero debe su poder indiscutiblemente a ese Dios todopoderoso, "*Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad*". Por medio de la Historia, de la que bebe la Constitución, hemos llegado a la Teología que es la que funda el orden político-jurídico, el orden constitucional resultante, más que querido, aceptado por los hombres que integran la Nación y, con ella, la Monarquía. Es una suerte de canto del cisne del Antiguo Régimen, en donde ese modelo político obsoleto y criticado tiene la suficiente capacidad y el suficiente arrojo como para condicionar el resultado normativo producido con el propósito de hacer perdurar esquemas viejos envueltos aparentemente en nuevas palabras y en nuevos conceptos, que de inmediato se quieren envejecer por motivos pragmáticos y de legitimidad. En vano. Tales palabras y tales conceptos no innovan en absoluto, sino que se reconocen en lo pretérito. El orden jurídico del que se formaba parte no era algo monolítico, intocable, inmodificable e inmanejable. El Derecho del Antiguo Régimen procedía a evolucionar también, no obstante su origen divino, esto es, su perfección ínsita, a través de mecanismos internos de auto- o de regeneración, a partir de sus propios elementos consustanciales, que implicaban la suma, la adición, nunca la resta o la desaparición (salvo casos excepcionalmente justificados por causa de pública utilidad o de necesidad), de elementos jurídicos para que se imbricasen en el complejo orden coral ya construido. Todo estaba creado.

Restaba al hombre simplemente el descubrimiento de ese Derecho, la mejora de esa creación divina o la corrección de las impurezas que la actividad humana hubiera podido introducir en el plan de Dios. Así se efectúa en el proceso que conduce a Cádiz: de lo antiguo se pasa a lo antiguo mínimamente reformado, enmendado, corregido o mejorado, que aparenta ser nuevo, sin llegar a serlo en su totalidad. Lo pasado se somete a un proceso de recomposición. Nada se pierde en el camino; nada se omite; nada se destruye o se desecha; nada se cambia en lo sustancial. Todo permanece bajo otras palabras, bajo otras rúbricas o en otras sedes. Se refuerza, en todo caso, su existencia para, de esta forma, asegurar una persistencia que permita cumplir con el espíritu de los nuevos tiempos y evitar las derivas tiránicas de tiempos anteriores. Y así se hace ciertamente. Recuperar y garantizar la pervivencia de lo recuperado. El pasado invade, pues, el presente de un modo indiscutible.

Cádiz y su obra normativa, Constitución incluida, han sido contemplados desde el prisma distorsionador del romántico siglo XIX y desde la atalaya de sus historiadores e historiografía liberales, los cuales estaban imbuidos de un espíritu tendente a la creación urgente e inmediata, con independencia del coste historiográfico, de orígenes y precedentes para el nuevo régimen en construcción y del cual ellos eran usufructuarios inmediatos. Los historiadores liberales, fieles a este adjetivo que los definía, querían ver en Cádiz el origen lógico del régimen en el que estaban viviendo, padre y madre de la España contemporánea, por lo que no dudaron en transformar el rotundo fracaso doceañista en exitoso y productivo mito revolucionario liberal. Al mismo tiempo, cargaban las tintas sobre el Antiguo Régimen, al que no dudaron en desdibujar hasta extremos grotescos que lo hacían de todo punto irreconocible, caricaturizándolo antes que describiéndolo. Ni la Constitución fue culminación liberal de nada, ni el Antiguo Régimen fue el caos despótico y arbitrario que nos quisieron hacer creer. Sus motivos eran otros: la Historia no les importaba lo más mínimo. De este modo, no repararon, en absoluto, en pasar de la realidad histórica certificada por los hechos a la recreación de un escenario que trataba de explicar aquélla mediante su negación o, mejor dicho, mediante su ocultamiento tras una caterva de buenas palabras, mejores ideas e idílicos conceptos, de la misma manera que atacaban lo pretérito con afán de mostrar el gran salto hacia adelante que se había producido. Se quiso ver en Cádiz el manantial de la ideología que señoreó España la mayor parte del siglo XIX y lo cierto es que el manantial existía, pero las aguas eran otras bien distintas. Con esta óptica interesada y parcial, no sorprende que la mayor parte del credo liberal, moderado en su mayoría, pero también con incrustaciones progresistas y demócratas - las otras dos grandes facciones del pensamiento liberal patrio – fuese retrotraído a los inicios del siglo XIX como pieza integrante de un ideario primigenio que ya presentaba unos perfiles perfectamente definidos y consolidados en su primera manifestación escrita. En esta visión distorsionada, se halla el pecado de la precomprensión gaditana que lleva a tildarla como Constitución liberal y democrática, cuando sustantivo y adjetivos tienen difícil encaje y armonización

en esos tiempos, en esas mentalidades y en esas latitudes, así como otros muchos que han acompañado al texto de 1812 desde prácticamente su nacimiento. La Constitución aprobada el 19 de marzo de 1812, luego difundida, recibida y jurada en todos los territorios de la Monarquía Hispánica, es algo que difícilmente puede ser reputado como un texto auténticamente constitucional, revolucionariamente constitucional si se permite la expresión, bajo prisma moderno, en el sentido de ver en aquélla una norma escrita sólidamente racionalizada, fundada en una serie de valores procedentes de la naturaleza y formulados por medios racionales, valores abstractos que conformaban verdades evidentes por sí mismas, fruto real, efectivo e indiscutible de un poder constituyente que obrase como tal, con la más absoluta de las libertades a la hora de establecer un orden político que respondiese a las únicas orientaciones, expectativas y deseos de la Nación soberana que se hallaba en su base, sin coacciones, ni condicionantes o imposiciones de ninguna clase o medida, ni regios, ni históricos, ni religiosos, ni derivados de la tradición. No es así una Constitución moderna, si por tal entendemos una Constitución racional y normativa, fruto puro de la razón abstracta y con fuerza vinculante absoluta, derivada de la máxima expresión volitiva del sujeto que quiere crearla y que quiere darse, a través de ella, un orden político nuevo, libre, global, completo, sin ataduras. Frente a la Nación, naciente y libre, y a la Razón constitucionalizada, arquitecta del sistema en su conjunto y con amplias cotas de novedad, Cádiz opone Historia y Dios como poderosos y exclusivos factores constituyentes, derivados de un duro y rocoso caparazón católico que impedía difusiones más allá de sus fronteras, pero, al mismo tiempo, evitaba contaminaciones externas. Esto es: frente a un constituyente *avant la lettre*, se erige una Historia que lo es por encima de todas las cosas y una Divinidad que lo reclama para sí por su carácter indiscutiblemente necesario, nunca contingente.



Sentadas esas dudas previas y necesarias, que van directas a la línea de flotación de la cuestión gaditana, cabe preguntarse si la Constitución de 1812 fue realmente el origen de nuestra abrupta trayectoria constitucional, si fue el primer hito en este camino tortuoso, o si, por el contrario, debemos esperar a tiempos mejores para la eclosión de una Constitución real, auténtica, efectiva, con los perfiles que la Modernidad revolucionaria reclamaba para sí misma. Cabe preguntarse si realmente fue el punto de partida de un modelo liberal que se irá edificando de forma paulatina a lo largo del siglo XIX, con altibajos, con avances y retrocesos, o si, por el contrario, aparece como un compendio de los valores, experiencias y principios alineados dentro de lo mejor, de lo más selecto y de lo más compacto del ideario ilustrado. En fin, cabe preguntarse, por ende, en términos ya ontológicos, qué fue exactamente lo que se promulgó en Cádiz, bajo qué presupuestos, con qué alcance, con qué pretensiones, con qué efectos, con qué bagaje subyacente, con qué consecuencias, bajo qué forma, en relación a una España europea ocupada por el ejército francés, monárquicamente descabezada, privada, por tanto, de su consustancial libertad política y de su soberanía, lo que impedía el juego normal de la Nación pura y de la Monarquía que la auspiciaba

y acogía, y en relación a una España de Ultramar, que comenzaba a respirar aires nuevos de libertades y de derechos alejada de la metrópoli. Podemos anticipar una respuesta negativa o poco convencional a cada una de estas cuestiones. Es casi obligado poner así en tela de juicio la constitucionalidad misma del momento gaditano y de muchas de sus supuestas innovaciones, partiendo de la base de que éstas no se deben al instante doceañista, ni mucho menos, sino que proceden de tiempos anteriores sin solución de continuidad. Así, por citar varios ejemplos sucesivos, como texto liberal elude y omite derechos y libertades que brillan por su ausencia en el seno de aquel documento, más que en la genérica proclamación del art. 4 (hay, a lo sumo, garantías, pero no derechos amplios fundados en la razón y en la naturaleza) y se residencian en sede diversa a la del individuo, que aparece como el gran proscrito, el gran omitido, el gran anónimo del momento, dado que es la Nación la llamada a desarrollar, en primera instancia, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los individuos que la componen; como Constitución igualitaria tampoco puede ser admitida, toda vez que la igualdad reflejada en el texto constitucional es una igualdad más aparente que real, ambigua y minimizada, y, sobre todo, contradictoria, no obstante impulsar la elaboración de códigos (con matices en su art. 258) y unificar fueros (posibilidad de inmediato excepcionada y, por eso, dinamitada, en el propio articulado constitucional, como demuestran los arts. 248, 249, 250 y 278), pero que no altera para nada el panorama social persistente (donde cada individuo queda situado por debajo de la corporación a la que se adscribe); como Constitución dependiente de una soberanía nacional, ha de ponerse en entredicho la existencia misma de ese poder irrestricto y de esa Nación al modo liberal, dado que ni se concentra el primero en la segunda, ni la segunda aparece como un renovado sujeto político (la Nación al estilo liberal, tampoco puede ser convalidada, cuando lo que hay en el escenario gaditano no es Nación plenamente libre, formada por ciudadanos así definidos e iguales entre sí, sino un complejo corporativo abigarrado de territorios, comunidades y cuerpos estructurados al margen y por encima del individuo, que se diluye entre las categorías de vecino, natural, ciudadano y español, o la más religiosa definición del ser humano como alma); como Constitución democrática tampoco puede ser admitida, toda vez que cualquier atisbo de esta naturaleza no comparece ni por asomo en un complejo y plural sistema electoral que acababa desembocando en cooptación antes que en sufragio, con indeterminada idea de la representación y con un cuerpo muy restringido de sujetos actuantes en esta sede, los padres de familia, los únicos que reciben la condición de completos ciudadanos, plenamente investidos de derechos políticos; al mismo tiempo, en fin, que las potestades – que no los poderes – que decía separar acababan por confluir y concordar en instancias conocidas y hacerse únicos, aunque se diferencien sus funciones. En realidad, ni garantía de derechos, ni exacta separación de los poderes aparecen en el articulado de 1812, con lo que es difícil aceptar su calificación como Constitución, si tenemos en cuenta los dos elementos habilitadores de esa calidad jurídica, explicitados en la Declaración francesa del verano de 1789. Si éste es su

aspecto interior, donde es difícil hallar restos homologables a las Constituciones revolucionarias de su época, donde no hay libertad, derechos o igualdad, tampoco cambia mucho su aspecto exterior, su presencia externa, su apariencia, la forma bajo la que se aglutina todo lo anterior: es una Constitución que se presenta como compendio de leyes fundamentales antiguas, reformadas y reforzadas, que no apoya una ley omnipotente y vinculante para los poderes públicos, sino una ley indefensa y solitaria, que sigue cauces de difusión, traslación y publicidad antiguos, con el juramento individual o corporativo a la cabeza, por lo que su unidad de lectura y de aplicación no está asegurada en ninguna parte de los territorios de la Monarquía. Constitución y ley son plurales, diversas, no uniformes, interpretables también pluralmente hablando, escasamente públicas, no vinculantes, dejadas en las manos de unos celosos guardianes del orden constitucional que son las Cortes - pero no sólo éstas - lo que implica ausencia de una posición central del momento legislativo en estos tiempos convulsos. No hay legicentrismo, ni por asomo: la ley no tiene papel estelar y la vertebración de los mandatos constitucionales ha de hacerse por otros cauces, confiando en los empleados públicos (que no en la administración, entonces inexistente) y en su responsabilidad con la Constitución en el horizonte.

Con estos ejemplos basta y sobra. Es suficiente como inicio de argumentación. Ni hay motivos liberales, soberanos o democráticos, ni siquiera constitucionales, y esto es lo más paradójico de la cuestión. Hasta tal punto es cuestionable Cádiz que incluso puede discutirse su esencia misma, es decir, si nos encontramos ante una auténtica Constitución en el sentido moderno del término, esto es, en el sentido racional-normativo que se viene otorgando a los textos aprobados tras las revoluciones estadounidense y francesa o, por el contrario, si se trata de otra forma más antigua de constitucionalismo, si nos hallamos ante un constitucionalismo de signo histórico, basado en la tradición y reacio a cualquier decisión política fundadora de regímenes o de formas de organización con absoluta libertad y con completo poder sin restricciones para la determinación del orden político final resultante. La pregunta se resume en una disyuntiva: ¿es una Constitución moderna, revolucionaria, que hace un nuevo orden político, o es una Constitución a la vieja usanza, antigua, anciana, convencional, que constata o certifica el orden ya existente con mínimas adaptaciones y enmiendas? La respuesta parece caminar hacia la segunda solución apuntada, como ya se ha podido anticipar.



En Cádiz, podemos encontrar de todo y con abundancia en esas fechas de arranque del siglo XIX, pero nos tememos que no es posible rastrear las huellas de una imborrable experiencia constitucional, ni siquiera de un modelo que pueda ser así calificado, puesto que allí no se forjó texto constitucional alguno (en el sentido en que nosotros lo aceptamos modernamente, como ya se ha indicado). Cádiz fue un fracaso tanto en el continente europeo como en el americano. Su puesta en práctica lo acredita y la deja en la condición de mera tentativa constitucional, loable, pero frustrada, de donde surge con fuerza el mito ligado al paraíso perdido, a lo que no pudo ser, pero que tenía que ser porque así se deseaba con todas las fuerzas. De su

fracaso paradójicamente nació su éxito. Cádiz no es una Constitución o no es una Constitución si la contemplamos desde los presupuestos que nosotros admitimos como normales para calificar a un texto como constitucional, presentes ya a finales del siglo XVIII. Por mucho que nos empeñemos, Cádiz no es una Constitución moderna y no lo es porque no es resultado de ningún poder constituyente, no es fruto normativo de ninguna Nación, ni de ninguna soberanía nacional. Ahí están planteados los tres elementos que impiden resolver la ecuación de modo satisfactorio conforme a una perspectiva jurídica moderna, la perspectiva jurídica que se estaba comenzando a formar cuando Cádiz daba sus primeros pasos y que había sido anticipada en Estados Unidos y en Francia.

El problema, a nuestro entender, es que Cádiz y su Constitución se han leído desde la perspectiva del siglo XIX liberal consolidado, con todos sus excesos y derivas, cuando lo mejor, entendido como lo más real, plausible o lo recomendable históricamente hablando, hubiera sido estudiarla no como punto de arranque de ningún movimiento amparado en la libertad absoluta, sino como culminación de un mundo, el ilustrado, que estaba llamado a desaparecer de forma paulatina y que daba sus últimos coletazos en un intento desesperado por salvar lo que podía salvarse de todo un movimiento condenado a la extinción por la simple inercia de los tiempos. Toda época histórica procura su eternidad y ese momento hispánico convulso no fue excepción, si bien los acontecimientos precipitaron las previas reflexiones y las posteriores realizaciones, dando una falsa apariencia de transición a lo que era, a todas luces, un proceso claro de introspección. Se buscaba trasplantar más allá de los límites lógicos de persistencia el legado de la Ilustración. Fue, pues, el último intento desesperado por condensar el credo político del Antiguo Régimen, que no del absolutismo, a modo de tabla de salvación de un mundo que se iba, con el propósito de hacerlo (sobre)vivir unos años más camuflado o disfrazado ante el inminente desplome de todo lo conocido hasta ese instante como se había puesto de manifiesto en las plurales crisis que vivía la Monarquía a comienzos del siglo XIX. La solución fue mantener todo aquello que podía ser conservado (cuanto más, mejor), todo aquello que era considerado esencial para definir jurídica y políticamente a España, tal y como lo pretérito lo acreditaba y lo probaba con numerosos ejemplos. Cádiz fue la respuesta en clave constitucional, la solución constitucional si se quiere ver así (con todos los matices que pueden darse al adjetivo aquí empleado), a un momento crítico único, extraordinario e irrepetible, en el que parecía que todo, sin excepción, se iba a desmoronar dejando huérfanos de poder, de instituciones, de atención, de tutela, de deberes y de derechos, a todos los súbditos de los muy católicos reyes de las Españas. Para tratar de amarrar a buen puerto esa Monarquía a la deriva, se echó mano del pasado como firme pilar al que sujetar un espacio político e institucional que se desmoronaba por todas partes y se le dio por vez primera la forma escrita de una Constitución. La antigua *Verfassung*, dispersa, ignorada, irreconocible, oculta, pasó a ser *Konstitution*, cuando menos formalmente bajo aspecto escrito. Ante la crisis, la respuesta fue más y mejor pasado, recuperado y reordenado, bajo la forma

de herencias y reformas antes que de esperanzas de futuro, de alteraciones y de revoluciones que a nada bueno podían conducir. Mucha tradición y algunas dosis de modernidad, sin excesivas concesiones y dentro de un orden contenido, la Ilustración española es síntesis de esos dos componentes, es decir, es poco ilustrada y es muy española, y, por todo ello, es un movimiento ambiguo, indeciso e impreciso. De acuerdo a este planteamiento (respuesta extrema para resucitar un mundo amenazado de extinción por la confluencia de varios factores que cuestionaban ese mismo mundo, es decir, lucha por la supervivencia del amenazado universo cultural que parecía evaporarse y consecuente reafirmación del mismo), Cádiz ha de leerse y comprenderse, pues, desde el siglo XVIII, como recuperación, renovación y condensación de esa centuria que se tiene el deber de salvar en modo imperativo, porque es este siglo en el que piensan, se educan, se forman, debaten, discuten y escriben los hombres que redactan todos y cada uno de sus preceptos. En consecuencia, quieren hacer perdurar el mundo que han conocido y de cuyos fundamentos se han empapado, no porque sea el único del que tenían cumplida noticia (que también sucedía así), sino porque creían a ciencia cierta que era el mejor de todos los conocidos. La Constitución de 1812 es obra de los ilustrados hispánicos, más o menos liberales - siendo el liberalismo elemento accidental de todos estos - antes que de unos pensadores liberales en sentido estricto, parangonables a los europeos de su tiempo, por lo que ha de ser analizada teniendo en cuenta el caudal ideológico del que aquellos estaban imbuidos y el lenguaje que aquellos hablaban. No se olvide que eran católicos, más o menos devotos, homogéneos y entregados, y ese catolicismo marcaba el destino de sus reflexiones en conceptos centrales como el de la libertad misma, la soberanía, el poder o el de la forma de gobierno. Cádiz ha de enfrentarse, por ende, de una vez por todas, a una lectura que se efectúe con y desde el conjunto de tópicos del siglo XVIII y de su cultura constitucional, que acaban por depositarse en su articulado, y no someterse a esta lectura parcial, interesada y distorsionadora con la que nos obsequiaron los liberales a lo largo del siglo XIX y que ha marcado su destino histórico (y, por extensión, historiográfico). Una lectura que ha traído como consecuencia perturbar la comprensión de la Monarquía previamente existente (muy alejada de parámetros absolutistas y de las prácticas a ese estilo vinculadas: el rey hispánico no tenía una omnipotencia comparable a la de su homólogo francés) y concebir el mundo jurídico gaditano como una suerte de fundación adánica de todo (es decir, antes de Cádiz no había justicia, poder legítimo, derechos, libertad de ninguna clase, propiedad, etc., sino que reinaba el más absoluto caos y despotismo). Cádiz es una obra de sedimentación histórica, de condensación de legados y de tiempos, antes que de fundamentación política de un orden nuevo, de construcción de un novedoso mundo para la posteridad. El grito renovador es dejar el siglo XIX con todo su caudal ideológico y pasar al siglo XVIII con el suyo respectivo, empaparse y entrar en la totalidad de sus horizontes, abandonar lo liberal y concentrarse en lo ilustrado, con las peculiaridades hispánicas conocidas y dominantes, incluida la posibilidad de declinar vocablos

como Constitución o cultura constitucional, dado que en esa época existían nociones acerca de la primera y tomaba cuerpo la segunda para justificarla, para legitimarla, para hacerla material. El cambio de enfoque trae resultados absolutamente diferentes y se puede acceder a un mundo gaditano, aparentemente nuevo (en realidad, no lo es), pero, sobre todo, muy distante y muy distinto del que se ha sostenido y mostrado de forma tradicional por parte de historiadores, generales y jurídicos, y por parte de publicistas y constitucionalistas, prestos, especialmente estos últimos, a reconocer en tiempos pasados esencias constitucionales imperturbables y carentes de maduración de ningún tipo. El nuevo escenario gaditano aparece ante nuestros ojos de forma renovada, aunque no lo es tanto porque siempre ha estado ahí. Faltaba el punto de vista del historiador consciente que, respetuoso con el momento estudiado, lo analizase de acuerdo con sus propias coordenadas, parámetros y patrones intelectuales, es decir, el historiador que no tomase en consideración conceptos modernos, sino conceptos propios del tiempo, que los analizase en su instauración y en su devenir de acuerdo con la percepción de aquellos momentos históricos. Texto y contexto son indispensables. Sobraban precomprensiones, prejuicios y proyecciones hacia atrás. Se precisaba de un historiador que actuase no como juez, notario o arquitecto de lo pretérito, ni mucho menos como participante en una fiesta a la que no había sido invitado, no como anticipador de constitucionalismo y de conceptos que lo sustentarán, sino, sobre todo, como discreto observador neutral que está llamado imperativamente a entender los testimonios, a desentrañarlos y a explicarlos, a comprenderlos, a darlos a conocer, y, sobre todo, a leerlos tal y como fueron leídos, explicados y comprendidos en su momento, no en el nuestro. Leer el tiempo pasado no implica participar en ese tiempo ya ido, sino tratar de colocarse unas lentes que nos permitan la aproximación más cabal al mismo y a los testimonios o descripciones que han dejado sus protagonistas. A partir de ahí, opera el traslado al tiempo presente y su comprensión más acertada. La Constitución de Cádiz es, antes que nada, regeneración del caos de soberanía, del colapso político y del bloqueo constitucional en que estaba sumida la Monarquía. Es también renovación y convalidación de un orden jurídico tradicional y no fruto de voluntad política alguna; es pugna en la que están embarcadas no tanto la Historia y la Política, como realidades diferentes y contrapuestas, con arreglo a las cuales diseñar la cosa pública, una ligada al Antiguo Régimen y a la tradición, la otra vinculada a la revolución y al puro decisionismo, sino el resultado combinado de varias razones históricas que querían imponerse, el efecto de plurales lecturas acerca de la Historia misma que deseaban convertirse en Política actual y sobre la que se debía actuar. No había contraposición entre tales instancias, sino que la Historia era el único camino para llegar a la Política en el mundo hispánico y configurar de esta manera una Política propia, ajena a la europea. Y esto era así porque la vida española del siglo XVIII y de comienzos del XIX había manifestado una total incapacidad para configurar un espíritu moderno y laico que protagonizase la creación de una vida pública en sentido plenamente actual y

liberal, con espacios de debate y de diálogo, con mediaciones e intermediaciones, con contratos, pactos y acuerdos, con instituciones que cumpliesen ese cometido de alojar o alumbrar consensos y negociaciones (era, pues, algo premoderno y prepolítico). Por fin, lo único que existía, lo único que había quedado en pie de todo el edificio monárquico, era su pasado recreado y recuperado por vías históricas. Todos los sujetos implicados lo sabían y todos los sujetos implicados hablaron, pues, el mismo lenguaje, el lenguaje de las diversas razones históricas, que no era otra cosa que hacer Política a partir de la Historia (nunca al revés), eludiendo la forma política pura, respetando el conocimiento histórico y sin pretender nunca superarlo, ni revocarlo, sino actualizarlo de conformidad con los tiempos que tocaban vivir.

Como historiadores del Derecho, esto es, como usuarios, narradores y estudiosos de la textura histórica de lo jurídico, debemos dar paso y conferir pleno protagonismo, por encima de cualesquiera otros, a los testimonios que merezcan tal calificativo sustancial, ya en el plano previo a su conversión en material normativo, ya en su fase posterior cuando devienen Derecho a todos los efectos y así son percibidos, aplicados y desarrollados. Hay que rastrear esta senda y recopilar testimonios, previos y posteriores, que ilustren un camino singular que parece tomar abierto partido por el pasado antes que por el presente y, mucho menos, por el futuro. Ése era el estilo de la época cultivado por nuestros ilustrados: el pasado como tabla de salvación, como mito tangible donde todo se encontraba en perfecto estado y al que el paso del tiempo y ciertas traiciones a un espíritu nacional sempiterno habían corrompido, por lo que era preciso una labor de depuración y de limpieza en varios frentes (político, histórico, filológico, etc.), un proceso nunca constituyente, sino, a lo sumo, reconstituyente o reformista con mayores o menores intensidades, mas sin llegar a prescindir de los pilares esenciales sobre los que se había asentado todo cuanto éramos y teníamos que seguir siendo. Se buscaba, antes que nada, una regeneración de la Monarquía con todos los rasgos que la definían, una reparación, resurrección o refacción de la misma, pero sin que ésta fuese eliminada del panorama político-jurídico. La Monarquía tenía que ser recuperada en su versión más pura, para luego ser ajustada a los nuevos tiempos y apuntalada con dispositivos que asegurasen su pervivencia milenaria. Y con la Monarquía iban anexos toda una serie de elementos de ella derivados y con ella fuertemente integrados, indispensables para asentarla y asegurarla en el sentido indicado. Debemos, pues, ponernos la gafas de 1812 para observar con todo lujo de detalles lo que en esa fecha tan señalada se estaba pergeñando para el destino inminente de la Monarquía hispánica y quiénes, cómo y por qué lo percibían así. Las discrepancias entre facciones vendrían determinadas por el alcance y profundidad de la reforma y por los tiempos de la misma, pero no por el cuerpo central y nuclear sobre el que se tenía que realizar aquélla, así como por los pilares básicos que, a lo sumo, deberían ser reforzados, mas nunca suprimidos. Un credo político común era compartido por todos los prohombres y diputados gaditanos y sobre aquel *corpus* heteróclito iban a pensar el mundo constitucional que querían reinstaurar.

Si nos atenemos a las premisas expuestas con anterioridad, la novedad más relevante que se puede detectar, contra el parecer de la mayor parte de la doctrina, es la ausencia empírica, constatable, evidente y clara, de un autentico poder constituyente en las Cortes Generales y Extraordinarias, inauguradas en septiembre de 1810, como poder originario, ilimitado y autóctono residenciado en la Nación (sí lo está, por el contrario, en la Historia y, por extensión, en Dios como fundador de aquélla), de lo cual se deriva la imposibilidad de calificar a la Constitución de 1812 como auténtica Constitución moderna, consecuencia de la suma de varias imposibilidades (y aquí se retoman argumentos ya esbozados en páginas anteriores). La imposibilidad, en primer lugar, de una Nación al estilo plenamente liberal (esa conjunción de ciudadanos libres e iguales, ese conglomerado preestatal dotado del poder irrestricto que comporta la soberanía para organizar cómo debería ser ese Estado posterior artificial: falta una sociedad civil plenamente libre, igual y democrática), que debe reducirse y contentarse a la presencia de una Nación al estilo literario del Antiguo Régimen, dominada por las elites religiosas, militares y jurídicas, es decir, una Nación que no es libre, ni igual, ni fundada en el valor capital del individuo, sino integrada por cuerpos ancianos, partes varias de un mapa político heterogéneo, con gremios y corporaciones que silenciaban a las personas, nunca compuesto de ciudadanos plenos, ausentes en las grandes decisiones que allí se adoptan. De ahí se sigue la imposibilidad de una auténtica soberanía nacional debido a lo anterior (esa Nación no lo puede todo porque es una entidad capitidisminuida en lo teórico y difícilmente rastreable en la realidad práctica de unas elecciones que ni fueron generales, ni incluso fueron elecciones, una Nación que no puede maximizar esa soberanía de la que se dice investida por causa de mediaciones históricas restrictivas), con la sombra omnipresente de ese monarca que subyace en cada una de las líneas de los debates o artículos constitucionales y que nos conduce hacia una suerte de soberanía cooperativa, compartida, fragmentada, pero no una soberanía exclusiva de la Nación. Finalmente, derivado de los dos puntos anteriores, la imposibilidad de una libertad absoluta de los diputados, derivada de las singulares formas de representación actuadas, para trazar el guión del futuro sin ataduras con el pasado y sin atreverse a romper con los legados más significativos que ese pasado traía consigo (algunos ya mencionados: la forma monárquica, los territorios, la religión católica), dado que Cádiz no cancela para nada el pasado, sino que se apoya e impulsa en el mismo para conseguir sus propósitos. Es una Constitución que se redacta con las puertas abiertas al ayer y a todo lo que el ayer significaba, que no lo depura más que en mínimas fracciones, sino que, mayormente, lo constitucionaliza y lo incorpora a su articulado, con correcciones, mejoras y reformas mínimas, casi imperceptibles, no sustanciales en todo caso, dirigidas a perpetuar ese legado pretérito por toda la eternidad, a hacerlo efectivo, vigente e inatacable para que pudiera superar crisis tan duras como las que se estaban viviendo desde marzo de 1808. Hay que mantener ese entramado de la Monarquía y no trastornarlo, ni alterarlo en la medida en que se

pueda. Eso es lo que se hace desde 1810 y culmina en el mes de marzo de 1812. En ningún instante, como aconteció en Francia con la revolución, hay intento alguno por parte de los redactores de hacer tabla rasa del pasado, de erradicarlo, de enviarlo al pozo de la Historia, de enumerar todo aquello que ya no habría nunca más en España, de explicitar un efecto derogatorio que brilla por su ausencia y justifica lo que ahora diremos. Y eso que Francia también manejaba una cierta cultura y discurso constitucionales de corte antiguo, de inmediato superados por la dinámica de los acontecimientos. No hay en el caso hispánico intención de marcar una cesura histórica con mayúsculas, de romper con el ayer: al contrario, todo lo que figura en el articulado o sus piezas más relevantes y esenciales (forma de gobierno, ciudadanía, religión, organización territorial, potestades, etc.) figura por el peso específico e indiscutible de la Historia a la que no se podía renunciar de ninguna de las maneras posibles, a la que no se podía combatir bajo el riesgo de dejar de ser todo aquello que históricamente había singularizado a España como Monarquía y como Nación. La Historia dicta el guión de la Constitución y ningún poder puede oponerse a la misma. El pasado es el que hace el presente y en él, en ese mundo remoto, se puede reconocer todo precepto constitucional. Es un espejo y es un modelo. Si España quería ser algo en esas horas inciertas de 1812, tenía que serlo con, desde y a partir de la Historia, nunca a sus espaldas, nunca sin contar con ese flujo incesante procedente de tiempos remotos. Lo contrario habría supuesto el suicidio político como comunidad.



Sin poder constituyente, esto es, sin una Nación libre que decide ponerse en movimiento para articular la soberanía como depósito de todo el poder público concentrado y llevarla así a su máxima expresión, a su más alta capacidad de decisión (la determinación misma del orden político que se quiere, es decir, la opción decisional absolutamente libre por la organización política que se estimaba más conveniente en un determinado momento histórico, la declaración de voluntad más pura y menos sujeta a restricciones, límites, condicionantes y frenos por medio de la cual se construye desde sus cimientos mismos un orden político-jurídico nuevo, lo que no excluye la presencia de elementos antiguos pero no por el componente histórico subyacente, sino porque hay una decisión que determina su inclusión en el texto constitucional resultante), sin un poder capaz de actuar sin vínculos imperativos y directos con el pasado más que aquellos que libremente se deciden asumir y conservar, sin un poder de esta naturaleza capaz de crear todo lo nuevo y de destruir todo lo antiguo, decíamos con anterioridad, no podremos encontrar resto alguno de Constitución por ninguna parte y en ninguna de las direcciones en las que nos movamos. La Constitución, en su acepción moderna, está ausente porque adolece del autor que toda Constitución ha de tener, y porque carece de los elementos mínimos que le sirven como criterio de homologación respecto a sus coetáneas estadounidenses y francesas. Resumiendo: no pretendamos buscar o ver en Cádiz ninguna Constitución porque Cádiz no nace como resultado de proclamación volitiva de poder constituyente alguno, un poder concebido al estilo de lo que ordenaban los cánones de los movimientos

revolucionarios que habían triunfado en el siglo anterior, tanto en las colonias americanas como en la vecina Francia, otorgando al pueblo, en el primer caso, y a la Nación, en el segundo, la efectiva y más completa capacidad de determinación para la organización del poder político y del estatuto de los ciudadanos. Hubo en aquellos lares un poder constituyente capaz de romper con el pasado, capaz de marcar la frontera entre el ahora y el ayer, que enviaba al depósito de la Historia todo lo que ese pasado había supuesto sin posibilidad de regreso en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Era ese poder constituyente, tanto el americano como el francés, capaz de escribir un texto rotundamente nuevo que marcaba un antes y un después, que ponía puertas al tiempo para determinar lo que valía o lo que no valía, lo que era novedoso y útil, frente a lo antiguo e inútil, un texto que trazaba una clara separación entre el nuevo mundo constitucional y el viejo orden feudal que pasaba a ser derrumbado, obviado y aniquilado, que pasaba a ser histórico, es decir, no vigente y, por tanto, irrelevante desde la perspectiva jurídica y política. Fuera de la Constitución así concebida, tal y como hicieron americanos y franceses, sólo había antigüedades, ruinas, materiales de desecho, productos que debían ser abandonados y erradicados. Los tiempos que inauguraban las nuevas Constituciones eran, en efecto, tiempos nuevos porque abrían nuevos caminos de cara al futuro y sepultaban el pasado de una vez por todas.

Por tales motivos, Cádiz no es, no puede ser jamás reputada como un fruto de la razón abstracta, como un producto del racionalismo iusnaturalista, como ejecutoria de una autoridad política absoluta (ya la Nación, ya la Monarquía con su rey a la cabeza, ya su confluencia coordinada), sino, más bien, todo lo contrario: fruto de la razón histórica, esa razón que vive por y para el pasado, con el propósito de convertir al hombre en autorizado heredero de sus ancestros; producto de un historicismo de corte tradicional, basado más que en aquellas Constituciones al estilo revolucionario ya descritas en aquellas otras Leyes Fundamentales, profundamente enraizadas en las estructuras políticas del ayer que definieron los límites del poder soberano casi absoluto y lo justificaron en todo su esplendor; y ejecutoria de un pasado que ejercía una influencia incontestable sobre el presente, que no era capaz de separarse de él, dado que en su seno contenía su esencia política indestructible. Cádiz no crea Constitución auténticamente novedosa; efectúa una reordenación de las Leyes Fundamentales del Antiguo Régimen, es decir, una revisitación o recomposición de los principios esenciales sobre los que se sustentaba la Monarquía Católica Hispánica, sin que se diese pie a la aparición de un poder originario, radical, drástico y omnímodo. En 1812, se procede a una recuperación, reinstauración y relectura del pasado hispánico (no solamente castellano), en clave de resurrección político-jurídica de todo aquello que había existido en tiempos remotos de plena felicidad constitucional y que, por distintas causas y azares, se había perdido en el tiempo. No hay creación sin tradición. Los clásicos lo comprendieron bien cuando trazaron una línea de clara separación entre la *traditio* y la *imitatio*. Lo nuevo es, en realidad, la nueva forma de conjugar todo aquello que precede; es la forma específica que cada tiempo tiene de enfrentarse,

de leer, de comprender y de interpretar lo pretérito común. La novedad no es más que una versión retomada del pasado. Los acontecimientos constitucionales gaditanos parecen dar la razón a este último aserto. Se equivocaba F. Tomás y Valiente cuando explicaba el momento gaditano como el paso de muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución, afirmando, pues, la vigencia de una práctica constituyente: lo que hubo, en realidad, fue el tránsito de muchas Leyes Fundamentales a otras tantas Leyes Fundamentales (esencialmente las mismas), pero ya recogidas en un solo texto, mejor ordenados y clarificadas, y con importantes ajustes institucionales para su salvaguardia. La pretendida cabeza moderna apenas tenía las fuerzas necesarias e indispensables para regir los destinos de ese cuerpo esencialmente gótico, que era el que, al final, acabó por dirigir toda la maquinaria política, todo el sistema reconstituido.

## Bibliografía mínima

Para las cuestiones americanas referidas, vid. J. M. PORTILLO VALDÉS, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispánica*. Madrid, 2006, pp. 29 ss.; y, sobre todo, A. ANNINO (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*. México, 2010; A. COLOMER VIADEL (coord.), *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las Independencias Nacionales en América*. Valencia, 201; A. ANNINO – M. TERNAVASIO (coords.), *El laboratorio constitucional iberoamericano: 1807 / 1808-1830*. Madrid – Frankfurt am Main, 2012; y G. BUTRÓN PRIDA (ed.), *Las Españas y las Américas: los españoles de ambos hemisferios ante la crisis de independencia*. Cádiz, 2012.



Hasta donde tenemos conocimiento, han efectuado monográficos gaditanos, con fortuna desigual, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXXXI (2011); la *Revista de Derecho Político*, nº. 82 (septiembre-diciembre, 2011); y nº. 83 (enero-abril, 2012). *Monográfico sobre la Constitución Española de 1812* (1 y 2); y *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº. 10 (2011). *La Constitución de 1812: miradas y perspectivas*, entre otras muchas que formarán avalancha en los próximos meses.

Algunas de las más relevantes publicaciones de los últimos años sobre el particular momento gaditano, sin ánimo exhaustivo: F. SUÁREZ VERDEGUER, *Las Cortes de Cádiz*. 2ª edición. Madrid, 2002, pp. 121 ss.; J. ÁLVAREZ JUNCO – J. MORENO LUZÓN (eds.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*. Madrid, 2006; J. S. PÉREZ GARZÓN, *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*. Madrid, 2007, pp. 247 ss.; y *Cortes y constitución en Cádiz. La revolución española (1808-1814)*. Madrid, 2012; C. GARRIGA – M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Epílogo de Bartolomé Clavero. Madrid, 2007; J. VARELA SUANZES-CARPEGNA "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812", en A. MOLINER (ed.), *La Guerra de la Independencia en España (1808-1814)*. Barcelona, 2007, pp. 385-423; *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Prólogo de Francisco Rubio Llorente. Madrid, 2007; y *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz. Orígenes del constitucionalismo hispánico*. 2ª edición. Prólogo de Ignacio de Otto. Madrid, 2011; M. ARTOLA – R.- FLAQUER MONTEQUI, *II. La Constitución de 1812*. Colección Las Constituciones Españolas, dirigida por Miguel Artola. Madrid, 2008; J. LASARTE, *Las Cortes de Cádiz. Soberanía, separación de poderes, Hacienda, 1810-1812*. Madrid, 2009; S. SCANDELLARI, *Da Bayonne a Cadice. Il processo di trasformazione costituzionale in Spagna: 1808-1812*. Messina, 2009, pp. 175 ss.; A. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las Cortes y la Constitución de Cádiz*. Madrid, 2010; *La Constitución*

*de Cádiz (1812) y Discurso Preliminar a la Constitución*. Edición, introducción y notas de Antonio Fernández García. 2ª edición. Madrid, 2010; *Textos constitucionais de Portugal e Espanha, 1808-1845 – Textos constitucionales de Portugal y España, 1808-1845 – Constitutional Documents of Portugal and Spain, 1808-1845*. Editados por Antonio Pedro Barbas Homem, Jorge Silva Santos y Clara Álvarez Alonso (= *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century. Sources on the Rise of Modern Constitutionalism – Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhundert. Quellen zur Herausbildung des modernen Konstitutionalismus*. Editor in Chief – Herausgegeben von Horst Dippel Europa. Vol. 13). Berlín – New York – Göttingen, 2010, pp. 159 ss.; J. A. ESCUDERO, *Las Cortes de Cádiz: génesis y reformas*. Madrid, 2010; C. GARRIGA (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispánico*. México, 2010; P. GARCÍA TROBAT, *Constitución de 1812 y educación política*. Madrid, 2010; J. A. ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid, 2011. 3 tomos; I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*. Madrid, 2011; M. MORENO ALONSO, *La Constitución de Cádiz. Una mirada crítica*. Epílogo de Jorge de Esteban. Sevilla, 2011; M. T. REGUEIRO GARCÍA, *Relaciones Iglesia-Estado. Afrancesados y Doceañistas*. Valencia, 2011; T. - R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Constitución de 1812: utopía y realidad*. Madrid, 2011; R. MORODO, *Las Constituciones de Bayona (1808) y Cádiz (1812). Dos ocasiones frustradas*. Madrid, 2011; P. GARCÍA TROBAT – R. SÁNCHEZ FERRIZ (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia, 2011; C. WENTZLAFF-EGGEBERT (ed.) – M. TRAINE (coord.), *Cádiz y la Constitución de 1812. Esbozos para la construcción de una identidad cultural europea*. La Plata, 2011; M. J. TEROL BECERRA, *La Igualdad ilustrada y revolucionaria en la Constitución de 1812*. Valencia, 2012; AA. VV., *Sobre un hito jurídico: la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*. Edición a cargo de Miguel Ángel Chamocho Cantudo y Jorge Lozano Miralles. Jaén, 2012; R. SOLÍS, *El Cádiz de las Cortes. La vida cotidiana en la ciudad en los años de 1810 a 1813*. Madrid, 2012; L. MARTÍ MINGARRO (coord.), *Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama Jurídico 1812. Jornada Conmemorativa del Bicentenario*. México, 2012; M. ESCAMILLA CASTILLO – J. D. RUÍZ RESA (eds.), *Utilitarismo y Constitucionalismo: la ocasión de 1812*. Madrid, 2012; M. A. CORTÉS – X. REYES MATHEUS, *Era cuestión de ser libres. Doscientos años del proyecto liberal en el mundo hispánico*. Madrid, 2012; J. LASARTE, *La contribución extraordinaria de guerra de la Junta Central y las Cortes de Cádiz, 1810-1813. Orígenes de la imposición personal en España*. Cádiz, 2012; D. REPETO GARCÍA (coord.), *Las Cortes de Cádiz y la Historia Parlamentaria. The Cortes of Cadiz and Parliamentary History*. Cádiz, 2012; A. NIETO GARCÍA – E. ORDUÑA REBOLLO – M. SALVADOR CRESPO, *El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz, 1812)*. Serie Claves de Gobierno Local, nº. 14. Fundación Democracia y Gobierno Local. Madrid, 2012; M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812: ¿la primera revolución liberal española?* Madrid, 2012; M. LORENTE – J. VALLEJO (coords.), *Manual de Historia del Derecho*. Valencia, 2012, pp. 331 ss.; J. – B. BUSAALL, *Le spectre du jacobinisme. L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol*. Madrid, 2012; y, el más reciente y premiado, M. LORENTE – J. M. PORTILLO (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid, 2012.

Esta bibliografía prácticamente infinita, que no dejará de crecer en este año 2012, puede hallar acogida dentro de las abundantes referencias suministradas por los siguientes recursos electrónicos, que se consultan a comienzos del mes de octubre de 2012: el de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, dirigido por los Profs. Ignacio Fernández Sarasola y Fernando Reviriego Picón (http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/); el de portal gaditano oficial para las conmemoraciones del Bicentenario (http://www.cadiz2012.es); o el resumen de J.-R. AYMES, "La commémoration du bicentenaire de la Guerre d'Indépendance (1808-1814) en Espagne et dans d'autres pays", en *Cahiers de Civilisation Espagnole Contemporaine*,

nº. 7 (2010). *De 1808 au temp présent* (http://ccec.revues.org). Un buena puesta al día con crítica bibliográfica a raudales se puede encontrar en B. CLAVERO, "Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano", en C. GARRIGA – M. LORENTE, *Cádiz, 1812*, ed. cit., pp. 447-526 [aparecido también en A. RAMOS SANTANA (coord.), *Lecturas sobre 1812.* Cádiz, 2007, pp. 21-71].

Frente a ese panorama de estudios homogéneos y ortodoxos, de lo que dan buena cuenta manuales de Historia del Derecho y de Historia Constitucional, cuya cita ahorramos al lector, todos ellos con la calidad de ser sumamente descriptivos y anticipadores de tiempos actuales o proyectores hacia el pasado de caudales conceptuales contemporáneos, cabe destacar la voz disonante, heterodoxa y heterogénea de B. CLAVERO, explicitada en varios trabajos, entre los que merecen ser destacados *Evolución histórica del constitucionalismo español*. 1ª edición. 2ª reimpresión. Madrid, 1986, pp. 29 ss.; *Manual de historia constitucional de España*. Madrid, 1988, pp. 23 ss.; *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Madrid, 2000, pp. 235 ss.; y, sobre todo, "Cádiz como Constitución", en *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Volumen II. Estudios*. Sevilla, 2000, pp. 75 ss.

# Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales en la Argentina (1983-2011)

**Jorge O. Bercholc**[1]
**Diego J. Bercholc**[2]

**Resumen**

En el presente artículo comentamos el contenido de los discursos presidenciales de apertura de la asamblea legislativa en la Argentina en relación al estado, a la administración pública y a políticas públicas. Las conclusiones que se presentan surgen de una investigación mayor sobre los referidos discursos para el período 1983-2011.

In this paper we focus on the content of the State of Union addresses from 1983 to 2011 in what regards to state, public administration and policy. The conclusions expounded here emerge from a broader research on the content of the speeches already mentioned during the same period.

**Palabras clave:** discursos presidenciales – presidencia – estado – administración pública – políticas públicas

**Key words:** presidential speech – presidency – state – public administration – public policy

## Introducción

En el presente artículo comentamos el contenido de los discursos presidenciales de apertura de la asamblea legislativa en la Argentina referido al *estado, a la administración pública y a políticas públicas*. Este agrupamiento de categorías conceptuales conforma lo que hemos denominado campo semántico, que está compuesto por palabras aglutinadas (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado y/o su área temática común.

[1] 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: estudiobercholc@fibertel.com.ar

[2] 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_bercholc@hotmail.com.ar

Las tesis y conclusiones descriptivas, que se presentan aquí, surgen de una investigación mayor 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 primer mandato, emitido por la presidente Cristina Fernández el 1 de marzo de 2011 [1].

Se ha efectuado un trabajo empírico-cuantitativo-descriptivo-exploratorio, con análisis cualitativo agregado, que contiene 243 gráficos y 135 cuadros estadísticos con variada información.

Las conclusiones y evidencias obtenidas han sido suficientemente corroboradas a través de los pasos metodológicos que son largamente explicados en el trabajo completo cuya publicación es de reciente aparición (Bercholc, 2012). Se trata de sesgos y/o tendencias sustentables y consistentes, propias del objeto de estudio investigado.

Los discursos estudiados están prescriptos 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.

## Breve guía de pautas metodológicas



A fin de facilitar la compresión del trabajo al lector, se agrega aquí un breve índice de pautas metodológicas aplicadas para la recolección de datos, la construcción de la base y el análisis agregado.

1.- **Unidades de análisis**: Son las unidades que fueron contabilizadas a fin de construir la base de datos, fuente con la cual se produjeron los cuadros estadísticos sobre los que se efectuó el análisis agregado y la extracción de hipótesis y conclusiones suficientemente corroboradas. Se utilizaron dos unidades de análisis: i) palabras o conceptos; ii) campos semánticos que aglutinan palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado.

Aquí analizamos el campo semántico *estado/ administración pública/ políticas públicas* y todas las palabras que se han contabilizado dentro del mismo.

2.- **Variables cuantitativas independientes de frecuencia:** Se trata de dos variables que miden a las unidades de análisis en términos nominales o relativos, y a las que se identifica durante el trabajo por las siglas establecidas a continuación: i) cantidad de repeticiones nominales de palabras –CR-; ii) coeficiente de repetición –CoR- que mide las frecuencias relativas de aparición de las palabras considerando la longitud de cada discurso.

3.- **Tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas**: Finalmente se cruzaron, las unidades de análisis y las dos variables independientes de frecuencia, con tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas efectuándose análisis desagregados por; i) el período total 1983-2011; ii) períodos

segmentados por cada presidencia y iii) períodos segmentados por cada discurso presidencial anual dentro de cada presidencia. En los niveles 1) y 3) la variable de intervalo está dada por cada discurso anual.

Los comentarios, análisis y conclusiones se han efectuado considerando los guarismos obtenidos en el proceso de recolección y compaginación de los datos. A partir de ello hemos detectado los conceptos y categorías del campo que por su continuidad de apariciones en los discursos merecen ser destacados por su relevancia para el análisis.

## El campo semántico *estado/ administración pública/ políticas públicas* en los discursos presidenciales (1983-2011)

Alfonsín y Kirchner son los presidentes que más han hablado del estado y mencionado palabras del campo semántico afín. Enunciaron entre 100 y 150 veces palabras del campo en algunos de sus discursos. Alfonsín en 1984 y 1988, Kirchner en 2005, 2006 y 2007 (gráfico nº 1).

Medido por el coeficiente (CoR) que relaciona extensión de los discursos con repeticiones nominales, se observa una frecuencia regular e intensa de menciones del campo desde la mitad de la primera presidencia de Menem. Presentan baja frecuencia los discursos de Cristina. Debe tenerse en cuenta que es el tercer campo semántico, detrás del campo económico y del campo político, con más menciones en todo el período.



Sin embargo, los discursos presentan matices muy diferenciados. Algunos fustigan al estado, otros lo ensalzan. Por ejemplo, el pico de frecuencia del discurso de De la Rúa en el año 2000 (gráfico nº 2), refiere al estado como ineficaz, corrupto e inútil, en la situación en que se encuentra, y propone su reforma y rescate. Resulta paradójico pues son los mismos argumentos utilizados por Alfonsín y por Menem para justificar la reforma del estado que, en especial durante la primera presidencia de Menem, se llevó a cabo. La reforma del estado fue uno de los pilares de los discursos de Alfonsín y Menem. En sentido contrario, la recuperación del rol del estado fue sostenida por Kirchner.

Es interesante observar que las palabras de mayor ranking luego de estado refieren al modo de gestionar las funciones del mismo (cuadro nº 1)[3]. Se ha utilizado con consistencia la palabra política en su acepción de política pública específica o sectorial -ello implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda-, de plan y de programa -con matices, según de qué presidencia se trate, pero con importante frecuencia de una u otra palabra- y de gestión. Esas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática- de gestión estatal.

Todas las presidencias, aunque con matices, presentan altos coeficientes de menciones del campo (gráfico nº 5). De la Rúa muestra el más alto coeficiente y Cristina el más bajo.

[3] En el archivo anexo. Todos los cuadros y gráficos que se citen en lo sucesivo se encuentran en el mismo archivo.

Alfonsín y Kirchner presentan, notoriamente, las cantidades de repeticiones nominales más altas: 28% y 29% respectivamente (gráfico nº 4).

Alfonsín habló de *estado y de políticas específicas* y, curiosamente, mencionó *empresas del estado* y *reforma del estado* aún con mayor frecuencia que Menem (cuadro nº 2).

Menem, en su segundo mandato, presenta el coeficiente -CoR- más alto de menciones de la palabra *estado* (cuadro nº 2).

Kirchner es quien con mayor consistencia, considerando CR y COR, utilizó *política específica, plan, programa* y *gestión,* palabras que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal (cuadros nº 2 y 3).

## Alfonsín y el estado

Respecto al campo *estado/ administración pública/ políticas públicas,* Alfonsín enunció principalmente las palabras estado y *políticas específicas o públicas*, y como ya se dijo, mencionó *empresas del estado* y *reforma del estado* aún más que Menem.

Las palabras *plan, programa* y *gestión,* que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal, presentan coeficientes por debajo del promedio del período. Sin embargo, en dos de los discursos del periodo se mencionaron acciones directamente enfocadas a la profesionalización y capacitación de la planta burocrática permanente del estado.



El primer párrafo que se reproduce, pertenece al discurso de asunción del gobierno de 1983:

> • (…) una profunda transformación que incluya la redefinición del papel del estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal.

El segundo pertenece al discurso de apertura de la Asamblea de 1985:

> • La reforma del estado es la reforma del instrumento principal de gobierno. Ya tiene principio. El curso para administradores gubernamentales ha comenzado con dos primeras pruebas de selección realizadas con una extraordinaria concurrencia de postulantes. Todo el país siente la necesidad de un cambio en el estado, pues los ciudadanos acuden al llamado con interés ejemplar (…).

Se dijo ya que Alfonsín habló especialmente de *estado y de políticas específicas/ públicas* (cuadro nº 4 y gráfico nº 6) y que, curiosamente, mencionó *empresas del estado* y *reforma del estado* aún más que Menem. Se observa un fuerte sesgo en sus enunciaciones sobre el estado, en especial desde las ideas que vertió en su discurso de asunción de 1983 y las que enunció en 1988.

En 1983 definió que el estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico.

En 1988 sólo se refirió al estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

***i) Discurso de 1983. El estado independiente y ético[2]***

- Vamos a luchar por un estado independiente. Hemos dicho que esto significa que el estado no puede subordinarse a poderes extranjeros, no puede subordinarse a los grupos financieros internacionales, pero que tampoco puede subordinarse a los privilegiados locales. La propiedad privada cumple un papel importante en el desarrollo de los pueblos, pero el estado no puede ser propiedad privada de los sectores económicamente poderosos. Las oligarquías tienden siempre a pensar que los dueños de las empresas o del dinero tienen que ser los dueños del estado... Otros, a su vez, piensan que el estado debe ser el dueño de todas las empresas. Nosotros creemos que el estado debe ser independiente: ni propiedad de los ricos, ni propietario único de los mecanismos de producción.
- La independencia del estado presupone dos condiciones fundamentales. Por un lado, el protagonismo popular. Por otra parte, requiere la moralidad administrativa, la conducta de los gobernantes. Seremos más que una ideología, una ética.
- En la administración de los medios transitoria o definitivamente en manos del estado, así como en la administración de la agencia oficial de noticias, existirá juego limpio: los instrumentos del estado no son propiedad privada de los gobernantes ni de un partido, sino de todos los argentinos.
- (…) una profunda transformación que incluya la redefinición del papel del estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal.
- (…) el papel del estado, que ha sido profundamente cuestionado y subvertido en estos últimos años. Tras el disfraz de un neoliberalismo eficientista, se forzó a la administración pública a ser cómplice de una intensa política intervencionista.



***ii) Discurso de 1988. El estado ineficiente. La reforma del estado y las privatizaciones[3]***

- La batalla que seguiremos librando contra el gasto público, contra el estado ineficiente… apunta a servir de ariete contra una estructura injusta, contra una administración obsoleta, contra la concentración del poder político y económico.
- (…) nos hemos propuesto la reforma del estado. Se han implementado una serie de medidas que significan sustanciales avances en la modernización, desburocratización y capacitación dentro del aparato estatal.

• (…) la estructura y funcionamiento del estado que, con su tamaño, objetivos y modus operandi actuales, desacumula capital, fabrica inflación y no satisface las necesidades de la mayoría de la población.

• Lo que está en marcha es una reforma del estado; la privatización total o parcial de determinadas empresas públicas es sólo una de las herramientas de esa política. El objetivo es dar al estado la capacidad de decisión y los recursos que, en su conformación actual, no tiene.

• El déficit de las empresas que dependen del Ministerio de Obras y Servicios Públicos representa la mitad del déficit fiscal de la Nación y allí se manifiesta la ineficiencia del estado, que la sociedad percibe y sufre en los servicios que prestan esas mismas empresas. Gas débil, cortes de energía y otras deficiencias conocidas por todos son manifestaciones de la crítica situación de nuestro sistema estatal de servicios públicos.

• Hoy el estado es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación.

• Estamos obligados a asignar los fondos del estado con el máximo de eficiencia económica y el máximo de eficiencia social. Esto impone establecer una atenta vigilancia sobre las inversiones públicas, transferir al sector privado aquellas empresas cuyo mantenimiento en manos del estado ya no significa un beneficio para la comunidad y terminar con el error de creer que legalizar la evasión impositiva es promover la industria Y que venderle caro al estado es defender al empresariado nacional.



• También el estado debe enfrentar la necesidad de garantizar la justicia social. En este caso igualmente, un propósito válido fue dejando paso a una práctica distorsionada, derivada de una mentalidad meramente asistencialista.

• Así fue como ese estado abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual, terminó dejando lugar a un estado socialmente empobrecido y con una educación pública que, de no mediar las reformas que estamos implementando, continuaría deteriorándose.

• (…) redefinir las funciones del estado a fin de adaptarlas a las necesidades de una sociedad y una economía más abiertas y más justas.

• Hoy ya se han instalado en el debate público los principios de desmonopolización, desregulación, transparencia de los subsidios, equidad en el gasto social, en suma, los postulados de la reforma del estado.

### *ii) Discurso de 1988. La quiebra del estado*[4]

• El estado está desequilibrado en sus cuentas y con un financiamiento decreciente. A ello ha contribuido la incertidumbre política sobre el rumbo que seguirá la economía en el futuro.

• (…) modernizar un estado burocrático e inmanejable, para quebrar de cuajo un funcionamiento cerrado de la economía, de espaldas al mundo y poco eficiente.

Obsérvese que algunos enunciados son quejosos de las excesivas demandas que han llevado al estado a incursionar en lo que no debe, siendo el estado: "(…) abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual" o con sobrecarga de demandas: "hoy el *estado* es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación"; "el *estado* ha debido afrontar la demanda de que se convirtiera en garante de la producción y el crecimiento".

Aparece aquí claramente la tensión y contradicción entre participación, demandas y los efectos de ello en las estructuras estatales, cuando los recursos son – como casi siempre sucede – escasos.

## Menem y el estado

El primer objetivo de la política de Menem hacia el estado, entendido como estructura administrativa-institucional, fue el de desarrollar el proceso de privatizaciones de las empresas de servicios públicos. Sus primeros años de gobierno, con el marco legal de las leyes de emergencia económica y de reforma del estado estuvieron enfocados en tal tarea. Luego, promediando su primer mandato, se buscó racionalizar y profesionalizar los cuadros burocráticos de planta permanente en las agencias estatales.

En sus discursos, Menem, enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal[5].



Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones a instancias múltiples de decisión; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

Hacia el final del mandato, aparecieron en el discurso de Menem, otras nuevas funciones estatales que merecían la capacitación de personal a efectos de llevarlas a cabo, a) La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico; b) La seguridad en las rutas y en la vía pública; c) El control eficaz de la higiene alimentaria y; d) de los servicios públicos que prestan los particulares.

***i) El estado burocrático, corrupto e ineficiente***

- Un estado que agoniza como esclavo de unos pocos, en lugar de paliar las necesidades de quienes más sufren (Menem, 1989).
- Vimos estado allí donde había burocracia (Menem, 1990)
- Una sociedad moderna no se construye ni en base al fetichismo del mercado salvaje, ni en base a la actitud hiperburocrática de un estado todopoderoso o supuestamente redentor (Menem, 1991).

• Ya no se puede lucrar alegremente estafando al estado con subsidios, privilegios o juicios escandalosos (Menem, 1991).
• Se terminó la era de los contratistas que acumulaban fortunas al amparo de un estado ineficaz (Menem, 1991).
• Sin negociados turbios entre los funcionarios, los políticos, los gremialistas y los empresarios, al amparo de un estado corrupto e ineficaz (Menem, 1992).
• Sin juicios fraudulentos contra el estado, que padecen todos los argentinos (Menem, 1992).
• No creemos ni en la omnipotencia del estado ni en la omnipotencia del mercado. Esos dos dioses son apenas una fantasía (Menem, 1992).
• La corrupción es, en definitiva, el imperio de las malas costumbres. Eso era el estado argentino, desorganizado, sin claridad, burocratizado, se prestaba a todo tipo de negocios y negociados, principalmente a través de las grandes empresas públicas, que se habían convertido en una especie de coto de caza para los estafadores en diverso grado (Menem, 1994).
• Como respuesta estructural para terminar con eso, privatizamos empresas y reorganizamos el estado (Menem, 1994).
• La reorganización del estado, poniendo fin a un aparato elefantiásico, costoso e ineficiente, cuna de la corrupción (Menem, 1995).



**ii) La refundación del estado**

• Desde el estado nacional vamos a dar el ejemplo, a través de una cirugía mayor, que va a extirpar de raíz males que son ancestrales e intolerables (Menem, 1989).
• Vamos a refundar un estado para el servicio del pueblo, y no para el servicio de las burocracias, que siempre encuentran un problema para cada solución (Menem, 1989).
• Todo aquello que puedan hacer por sí solos los particulares, no lo hará el estado nacional. Todo aquello que no pueden hacer las provincias autónomamente, no lo hará el estado nacional. Todo aquello que puedan hacer los municipios, no lo hará el estado nacional (Menem, 1989).
• La transformación del estado, la venta de empresas públicas, la eliminación de regulaciones, la racionalización administrativa, el saneamiento de sus cuentas fiscales, la apertura al mundo y la ausencia de controles innecesarios, no constituyen un mecanismo para ponerle una bandera de remate a nuestro estado nacional (Menem, 1990).
• Son mecanismos para recuperar la soberanía de nuestro estado, su capacidad de gobierno, su indispensable actividad sobre sectores en los cuales no puede, no debe, ni va a estar ausente (Menem, 1990).
• Naturalmente, transformar al estado lleva necesariamente a una reestructuración de las empresas públicas. Queremos servicios públicos eficientes, donde sobrevivan en manos del estado sólo aquellas empresas públicas que estructuralmente se necesiten para el desarrollo, crecimiento

y producción nacional. Pretendemos que el estado abandone actividades empresarias que pueden desarrollar los particulares. En el caso de los servicios públicos, el sector estatal controlará aquellos ofrecidos por los particulares, de modo de asegurar que los usuarios obtengan buenas prestaciones y tarifas razonables (Menem, 1990).

• Aspiramos a que nuestro estado se concentre en las funciones estratégicas y esenciales que nunca debió dejar de cumplir: educación, justicia, salud, gobierno y seguridad (Menem, 1990).

• Repudiamos la idea de un estado totalitario, que invada conductas y asfixie legítimas iniciativas. Pero también repudiamos a un estado que permanezca indiferente ante las escandalosas desigualdades sociales. Queremos construir un estado que sea garante del bien común, de la armonía social, del crecimiento económico y de equilibrio en la distribución de la riqueza (Menem, 1990).

• Queremos un estado popular y no populista. Nacional y no chauvinista. Libre y no anarquista. Propiedad de todo el pueblo argentino y no esclavo de un partido político, un sindicato o un grupo empresarial (Menem, 1990).

• El estado no puede simplemente transformarse a nivel nacional. También debe redefinirse a nivel regional, provincial y municipal (Menem, 1992).

**iii) La profesionalización del empleo público**



• Vamos hacia la construcción de un estado social de derecho. Con un empleo público profesionalizado. Con una carrera administrativa que establece concursos y rigurosos métodos de selección. Tengo muy en cuenta las nuevas funciones estatales, que no se pueden ni se deben olvidar: - La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico. - La seguridad en las rutas y en la vía pública. - El control eficaz de la higiene alimentaria y de los servicios públicos que prestan los particulares (Menem, 1992).

• El estado de la post-privatización tiene que ser un estado más profesional (Menem, 1993).

• (...) reducir el número de organismos públicos y desburocratizar definitivamente al estado nacional (Menem, 1994).

• Nunca en el siglo, ni siquiera en la década posterior a la crisis del año `30, el estado intervino tanto en la vida económica nacional, como lo ha hecho a partir de 1989. Sólo que ahora no lo hace como empresario omnipresente y deficitario, presto a toda maniobra de corrupción, sino como administrador del interés común, como contralor del bien social y como canalizador de los recursos hacia las áreas de responsabilidad irrenunciable: la justicia, la seguridad, la salud y la educación (Menem, 1995).

## Menem (2° presidencia) y su modelo de estado

En su segundo mandato Menem presenta un coeficiente -CoR- más alto de menciones de la palabra *estado* respecto a la primera (cuadro nº 3), delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

El redimensionamiento del estado se contrapone a las estructuras del estado benefactor-keynesiano al que se enuncia como prebendario, dadivoso, sobredimensionado y, por ello, ineficaz en sus funciones básicas.

La idea de un estado con una especie de cuarto poder, el electoral, es sugerente e interesante: consiste en la implementación de mecanismos de control directo por parte de la ciudadanía, como los incorporados a la Constitución Nacional en 1994: la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum. La tripartita división de poderes clásica se muestra esquemática, disfuncional y en los hechos, artificial. Sin perjuicio de ello, ya hemos mencionado que los institutos creados en la reforma de 1994, en su artículo 40, no fueron mayormente utilizados.

También la redefinición del criterio de independencia de poderes es realista, pues el poder del estado es sólo uno, dividido funcionalmente, por lo que esa división debe ser armónica a efectos de la eficiencia en el proceso de toma de decisiones.



> • La Reforma Constitucional de 1994 diseñó un estado nuevo, hábil para una gestión abierta, dinámica e involucrada crecientemente con la defensa de los individuos y de sus derechos humanos (Menem, 1996).
> • (…) fortalecer una independencia real, pero armónica, no desarticulada, de los poderes del estado (Menem, 1996).
> • Inauguró – al permitir la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum – un virtual poder del estado: el electoral (Menem, 1996).

Sin embargo muchos de los enunciados de Menem en su segunda presidencia presentaban respecto al modelo de estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente.

Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*, que debe básicamente garantizar condiciones de libre mercado y aspirar a la percepción de impuestos para dirigir sus funciones solidarias mínimas para proveer justicia, seguridad, y a lo sumo, educación y salud.

Sin embargo, las incongruencias surgen de inmediato en cuanto se comparan estas ideas de diseño estatal con el rol *orientador e integrador* que se le asigna en el nuevo proceso de modernización. Los desafíos y principios básicos que se enumeran y caracterizan al estado moderno, en los discursos de Menem, resultan más adecuados a las ideas de un estado intervencionista y partícipe activo en las políticas económicas y sociales, que al mencionado estado del l*aissez-faire.*

> • Aspiramos a generar, en nuestra tierra, una nueva teoría del estado, de un nuevo estado, eficaz y solidario. Porque ha muerto el estado aislado, el estado indiferente, el estado benefactor. Hoy debemos agregar a la idea del estado-Nación, la del estado-solidaridad, la del estado-integración, la del estado-comunidad, político y económico. Para ello es necesario actualizar nuestra mentalidad cívica y adecuarla a las realidades existentes, entre ellas la de las organizaciones políticas supranacionales. Para ello es preciso reformular un nuevo sistema de derecho comunitario que produzca, interprete y jerarquice el ordenamiento jurídico (Menem, 1996).
> • No nos asustan las utopías, porque las hemos venido realizando. Desde un estado dadivoso, prebendario, sobredimensionado, benefactor, que nadie se animaba a tocar y que nos llevó al caos, construimos la utopía de obtener una moneda fuerte, instituciones ordenadas y un resurgimiento general de la confianza pública (Menem, 1996).
> • La experiencia demuestra claramente que sólo con un estado fuerte, pequeño, eficiente y predecible es posible desarrollar un sector privado competente, en permanente desarrollo, que garantice mayores niveles de empleo y de actividad a la vez: que -fruto de su crecimiento- contribuya con más impuestos a que el estado atienda mejor sus obligaciones (Menem, 1997).
> • Este proceso de modernización que estamos completando ha definido un nuevo rol: El estado orientador e integrador. Orientador, a través de la formulación de políticas, e integrador de los diversos sectores sociales al desarrollo, a la justicia social y a los procesos de integración regional, continental y mundial (Menem, 1997).
> • Este desafío del nuevo estado implica:
> – Tener un rol estratégico en la formulación de las políticas públicas, siendo normativamente simple.
> – Garantizar la libre competencia frente a los monopolios, los oligopolios, el dumping y prácticas comerciales desleales, regulando los servicios públicos privatizados o concesionados.
> – Satisfacer las demandas sociales armonizando los conflictos, redistribuyendo la riqueza y desarrollando la equidad.
> – Ser inversor en infraestructuras y promotor del desarrollo, desempeñando eficientemente sus funciones de recaudación.
> – Brindar un servicio con calidad total y a entera satisfacción de los usuarios con una adecuada provisión de los servicios de seguridad, la defensa, y la correcta, rápida y eficiente administración de justicia.

– Atender a la cobertura de los servicios sociales básicos: la salud, la educación, la acción social y la protección del medio ambiente (Menem, 1997).

• Esta necesaria e impostergable modernización del estado de cara al siglo XXI debemos asentarla en principios básicos:
– Debe estar orientada al logro de resultados: para aumentar la productividad del gobierno hay que desregular el sector público, reduciendo las reglas y las burocracias, hasta quedar con las mínimas necesarias para proteger a los ciudadanos.
– Deberá orientar, jerarquizar e involucrar a los recursos humanos con que cuenta el estado, para motivar al agente público y convertirlo en servidor público.
– Deberá impulsar la cooperación y la complementación entre el sector público, la empresa privada y el sector de gestión social, comunitarios o de organizaciones no gubernamentales (Menem, 1997).

• Este proceso de modernización del estado que estamos llevando adelante tiende a cambiar el viejo modelo de gestión burocrático, que sólo sirve a los intereses de unos pocos, por otro orientado a resultados, en beneficio de todos nuestros ciudadanos (Menem, 1997).
• (…) en la República Argentina, el que no paga impuestos es un delincuente, les guste o no les guste. Y como tal va a ser tratado. Los recursos del estado son los impuestos y con ellos financiamos la justicia, la educación, la seguridad, el gasto social y la salud pública. He dado precisas instrucciones a las áreas de gobierno correspondientes para actuar con firmeza frente a la evasión impositiva (Menem, 1997).



## De la Rúa y el estado

Si bien no debe perderse de vista, a efectos del análisis, la brevedad de la gestión de De la Rúa que solo abarca dos discursos, resulta que presenta el mayor coeficiente del todo el período para el campo semántico *estado/ administración pública/ políticas públicas* (cuadro nº 3). Además, dentro de las palabras del campo, aquellas vinculadas a la idea profesionalizada y técnica –tecnocrática- de gestión estatal presentan coeficientes por sobre la media del período (cuadro nº 3).

En el discurso de 2000 De la Rúa focaliza sus enunciados en críticas al estado. Lo critica por su tamaño "chico" -*Menem elogiaba el tamaño "chico" y lo vinculaba a agilidad y eficiencia en la gestión*-, por deficitario, por corrupto, por burocrático.

Proponía como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además, tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

Como idea interesante insiste con el aggiornado concepto de independencia entre los poderes, tal cual ya había propuesto Menem, que remite a una división funcional de las tareas que cada poder desempeña, pero que requiere sincronización y cooperación para una eficaz y consistente gestión de la administración estatal.

> • (…) la transformación del estado argentino. Este que tenemos ahora -si me disculpan la expresión- no sirve para nada. No exagero. Es chico; no tiene nada más que vender. Sin embargo, tiene una deuda que amenaza a todo el sistema y asfixia al sector privado. Es un estado sin recursos genuinos para generar políticas activas. Este estado, así, no suma (De la Rúa, 2000).
> • (...) sanear el estado. Estoy eliminando el déficit que nos asfixia (De la Rúa, 2000).
> • Firmaré el decreto de compras del estado para no pagar más sobreprecios y asegurarme de que no se dilapidará el dinero (De la Rúa, 2000).
> • (…) aumentar los impuestos de los que más pueden, porque el resto no puede más. Nadie lo hizo porque tiene un alto costo político; yo tuve que hacerlo para salvar la quiebra del estado (De la Rúa, 2000).
> • Un estado debe proteger a los más débiles, y de eso trata también el tercer punto sobre la transformación del estado que se quiere llevar adelante. Quiero recuperar la autoridad moral del estado para poder ejercer la autoridad real (De la Rúa, 2000).
> • Nuestros pequeños y medianos productores hace años que viven en la más absoluta desprotección por parte del estado. El estado ha perdido la capacidad de garantizar el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de todos, se desfinanció, se quedó sin recursos genuinos para implementar políticas activas y se corrompió. Entonces, los que más necesitan se quedaron sin un estado que los proteja (De la Rúa, 2000).
> • Quiero un estado honesto y eficiente. Quiero terminar con la corrupción estructural del estado, con la burocracia, que siempre tiene un problema para cada una de nuestras soluciones. Quiero un estado que escuche los reclamos de los ciudadanos y que sepa dar respuesta a sus problemas. Hoy, en cambio, tenemos un estado inútil, endeudado y sin recursos; quiero transformarlo en un estado rico, eficaz, activo en sus políticas, cercano a la gente y capaz de pararse al frente del desarrollo de la Argentina. Les propongo una segunda transformación del estado argentino (De la Rúa, 2000).
> • (…) es la necesaria reforma del estado. El sector público tiene que dejar de ser una carga para la sociedad y proveer bienes y servicios de calidad (De la Rúa, 2001).
> • Hoy la solvencia fiscal está garantizada y el estado cuenta con un blindaje que elimina la posibilidad de que enfrente problemas de liquidez. La convertibilidad está fuerte, y la vamos a mantener, y el sistema financiero es muy sólido .y tiene capacidad para aumentar el crédito en el corto plazo (De la Rúa, 2001).

> • Soy respetuoso de la independencia de los poderes del estado. En una democracia madura ellos son funcionalmente autónomos; pero, desde luego, deben cooperar entre sí. Y este es un tiempo de cooperación política y solidaridad social. El estado debe ser un engranaje sincronizado y confluyente para servir en conjunto al bien común (De la Rúa, 2001).

## Duhalde y el estado. La pauperización de la clase media, la pobreza y la exclusión. Programas de asistencia.

Durante la presidencia de Duhalde las referencias a programas, planes y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo *estado/ administración pública/ políticas públicas* (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo, (cuadro nº 8). La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

> • El cóctel de desocupación, exclusión y recesión hizo que en 2001 más de un millón de jóvenes de 15 a 18 años no trabajen ni estudien. ¿Cómo garantizar la paz social en una sociedad donde en la última década, la brecha entre el ingreso per cápita del 10 por ciento más rico y del 10 por ciento más pobre se amplió casi en un 70 por ciento? Donde la clase media de trabajo, a su vez, se empobreció de forma alarmante. En el informe del PNUD del año 1974 todavía había registro de una movilidad social ascendente y no figuraba, en cambio, la categoría de los hoy llamados nuevos pobres. Luego, primero por goteo y después con una fuerte aceleración en la última década, se llegó a contabilizar un millón de personas de clase media de trabajo que pasaron a revistar en la categoría de pobres. La situación se agravó en estos dos últimos años, registrándose 800 mil personas más en el año 2000; y en 2001, otras 890 mil personas que cayeron bajo la línea de pobreza (Duhalde, 2002).
> • Tengamos en cuenta que desde principios del siglo pasado, los sectores medios fueron definiendo las características culturales, políticas, productivas, educativas y demográficas de un país que buscaba su plena integración. Si hubo algo que durante décadas distinguió a la Argentina, fue la existencia de su clase media-culta, progresista y cosmopolita- y la movilidad social ascendente (Duhalde, 2002).
> • (…) quiero referirme a la enorme tarea social cumplida por el gobierno nacional, las provincias, los municipios y la sociedad civil. Como hombre del Movimiento que fundaron Juan Perón y Eva Perón (…) movimiento que hunde sus raíces en la doctrina social de la Iglesia, y creador de la Justicia Social como fin supremo de la política, sentí el imperativo moral de enfrentar con prioridad la terrible injusticia que agobiaba al pueblo. Urgía actuar. Declaramos de inmediato la emergencia alimentaria, sanitaria, laboral y educativa, y creamos el Consejo Nacional de Coordinación

de Políticas Sociales, con la intención de atender con rapidez al mayor número de necesitados, con un máximo de eficiencia posible. Pusimos en marcha programas sociales que constituyen una sustancial transferencia de recursos hacia los sectores más desamparados y castigados por la crisis. Pasamos de 40 mil subsidios en enero de 2002 a más de dos millones de beneficiarios del Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados. Este Plan se ha complementado en los últimos meses con el Programa Familias, a través del cual el Ministerio de Desarrollo Social atiende a otros 220 mil grupos familiares sin ingresos (Duhalde 2003).

## Kirchner y el rol del estado

El discurso de Kirchner rescata como rol del estado el desarrollo de *políticas* a largo plazo (las denominadas *políticas de estado*), la presencia y rol activo del estado como regulador y para dar equilibrio a las desigualdades que pueda deparar el mercado. Hace hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación. Si bien se ha pretendido marcar un real cambio de paradigma respecto al rol del estado, perdura cierta huella de los '90, considerando los espacios que el estado ha abandonado y que no podrá recuperar en el contexto irrefrenable de la globalización. Uno de los rasgos salientes de la globalización, es el de ser un proceso de centralización política en el marco de la integración regional y con una fuerte tendencia a la superposición de estructuras administrativas y normativas supranacionales, nacionales y locales, que someten a los estados nacionales a un proceso constante de cesión de competencias. El estado hoy, si bien con matices, no puede salirse de la huella profunda de esa dinámica[6].



> • En este nuevo milenio, el éxito de las políticas deberá medirse bajo otros parámetros, en orden a nuevos paradigmas. Debe juzgárselas desde su acercamiento a la finalidad de concretar el bien común, sumando al funcionamiento pleno del estado de derecho y la vigencia de una efectiva democracia, la correcta gestión del gobierno y el efectivo ejercicio del poder político nacional en cumplimiento de transparentes y racionales reglas, imponiendo la capacidad reguladora del estado ejercida por sus organismos de contralor y aplicación. El cambio implica medir el éxito o el fracaso de la dirigencia desde otra perspectiva. Discursos, diagnósticos sobre las crisis, no bastarán ni serán suficientes. Se analizarán conductas y los resultados de las acciones. El éxito se medirá desde la capacidad y la decisión y la eficacia para encarar los cambios (Kirchner, 2003).
> • (…) la presencia o la ausencia del estado constituye toda una actitud política. Por supuesto, no se trata de poner en marcha una vez más movimientos pendulares que vayan desde un estado omnipresente y aplastante de la actividad privada, a un estado desertor y ausente, para

retornar continuamente de extremo a extremo, en lo que parece ser una auténtica manía nacional que nos impide encontrar los justos, sensatos y necesarios equilibrios. Se trata de tener lo necesario para nuestro desarrollo, en una reingeniería que nos permita contar con un estado inteligente (Kirchner, 2003).

- Es el estado el que debe actuar como el gran reparador de las desigualdades sociales en un trabajo permanente de inclusión y creando oportunidades a partir del fortalecimiento de la posibilidad de acceso a la educación, la salud, y la vivienda, promoviendo el progreso social basado en el esfuerzo y el trabajo de cada uno. Es el estado el que debe viabilizar los derechos constitucionales, protegiendo a los sectores más vulnerables de la sociedad, es decir, los trabajadores, los jubilados, los pensionados, los usuarios y los consumidores (Kirchner, 2003).
- (…) el estado nacional debe recuperar su rol en materia de planificación y contenidos de la educación y sistemas de formación y evaluación docente. Garantizar la igualdad educativa de norte a sur es aportar a la formación de una verdadera conciencia e identidad nacional (Kirchner, 2003).
- Capitalismo con reglas claras en las que el estado cubra su rol con inteligencia, para regular, para controlar, para estar presente donde haga falta mitigar los males que el mercado no repara. Un estado que ponga equilibrio en la sociedad y que permita el normal funcionamiento del país (Kirchner, 2004).
- La inversión del estado en vivienda permite crecimiento económico, generación de puestos de trabajo y mejora de la calidad de vida de los sectores más castigados por el modelo de exclusión precedente (Kirchner, 2005).
- (…) el estado asumió un rol activo y la planificación en inversión e infraestructura ha sido uno de los ejes. Estamos trabajando con un crecimiento equilibrado social y territorial, y la industria de la construcción actúa indudablemente como una eficaz herramienta para el desarrollo (Kirchner, 2007).
- (…) el estado nacional retomó la gestión del Correo Oficial de la República Argentina (…) El estado nacional también recuperó la gestión del espectro radioeléctrico (…) el estado y los capitales argentinos deben recuperar protagonismo en las áreas críticas del interés nacional (Kirchner, 2007).



**i) La reivindicación del estado como agente económico. Las obras públicas**

El rol del estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner.

El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del estado en la economía.

> • (…) el estado se incorporará urgentemente como sujeto económico activo, apuntando a la terminación de las obras públicas inconclusas, la generación de trabajo genuino y la fuerte inversión en nuevas obras. No se tratará de obras faraónicas, apuntaremos más a cubrir las necesidades de vivienda y de infraestructura en sectores críticos de la economía para mejorar la calidad de vida y a perfilar un país más competitivo, distribuyendo la inversión con criterio federal y desarrollando nuestro perfil productivo. Tenemos que volver a planificar y ejecutar obra pública en la Argentina, para desmentir con hechos el discurso único del neoliberalismo que las estigmatizó como gasto público improductivo (Kirchner, 2003).
> • Con la creación del Ministerio de Planificación Federal e Infraestructura, y con la decisión expresada desde el primer día de nuestro gobierno, se ha vuelto a planificar y a ejecutar obra pública en la Argentina, superando la visión que estigmatizaba esto como gasto improductivo. Esto ayuda a incrementar la velocidad de la recuperación económica (Kirchner, 2004).
> • Uno de los principales desafíos que enfrentamos vinculados con el papel del estado es volver a poner a la inversión en obra pública, en infraestructura, como una de las prioridades de la gestión estatal, considerando su capacidad de mejorar la calidad de vida, de motorizar rápidamente el nivel de actividad y generar mejor competitividad económica y social (Kirchner, 2007).



**ii) Kirchner y la gestión estatal. Planes y programas para políticas sociales**

El proceso de desciudadanización que implica el dualismo *incluidos/excluidos* es paralelo, paradójicamente, a un proceso de expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos –llamados por los constitucionalistas derechos de tercera y cuarta generación-, garantizados por los textos constitucionales en particular luego de la reforma de 1994. Los nuevos derechos de los incluidos y las carencias de los excluidos, generan una proliferación y fragmentación de demandas y reivindicaciones puntuales vinculadas a cuestiones económicas, sociales y culturales diversas; por ejemplo de carácter ambiental, social, de género, de orientación sexual, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos indigenistas, de las condiciones de consumo, etc.

Esa fragmentación en el tipo de demandas sociales obliga a un tipo de respuestas, desde el gobierno, también más fragmentado, específico y sectorial. Por ello se observa la utilización discursiva de la palabra *política,* más cercana a una concepción técnica de la actividad, que requiere del enunciador, ante demandas complejas, respuestas acordes. En ese sentido se ha corroborado que el campo semántico estado/ administración pública/ políticas públicas, tiene un alto coeficiente y una importante cantidad de repeticiones nominales de las palabras *gestión, plan y programa*.

> • En los diversos planes nacionales que implementamos se expresan políticas sociales concretas, que articulan las acciones de los planes nacionales y provinciales en una red federal buscando la equidad. Las políticas sociales así concebidas hacen referencia directa a las necesidades sociales detectadas en cada territorio y, necesariamente, deben promover la participación activa de todos los actores locales para dar una eficaz respuesta a las mismas (Kirchner, 2005).

La política específica o sectorial implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda. Para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas. Estas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática- de gestión estatal. Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

Kirchner tiene los mayores coeficientes del período 1983/2011 en el campo semántico *políticas sociales*, en especial en las palabras *salud, vivienda, inversión social, desarrollo social,* y *distribución del ingreso*. *Inversión social* y *desarrollo social* son palabras monopolizadas por Kirchner. El 60% de las menciones de inversión social, y el 56 % de desarrollo social son enunciadas en sus discursos.



## Cristina y el rol del estado

Cristina es quien menos menciona al estado de todos los presidentes del período estudiado (cuadros nº 2 y 3). Las dos palabras del campo que tienen coeficiente por sobre la media del período son *gestión y plan* (cuadro nº 3). Ello denota, también en Cristina, una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática- de gestión estatal.

En sus discursos Cristina define el rol del estado que debe ser activo y claro, garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Más allá de acuerdos o desacuerdos con el modelo, lo cierto es que el rol que Cristina le asigna al estado fue claramente identificado desde su primer discurso, y se procuró que ese rol y las acciones e intervenciones anunciadas fueran cumplidas. La función que se asigna al estado, entre otras y la más referida en los discursos de la presidente, es la de sostener los compromisos asumidos a efectos de mantener condiciones sustentables para la exportación rentable y el sostén y expansión del mercado interno. Además, las ideas sobre el rol del estado, ya expresadas con claridad desde el primer discurso, se mantuvieron inalterables en todo el periodo.

El rol activo del estado garantizando las condiciones del modelo económico remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de "*no*

*gastar más de lo que ingresa*"; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras.

También enuncia Cristina las características del rol activo del estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo, entre otras:

> • (…) el compromiso por parte del estado de mantener los pilares básicos que son una administración correcta de los recursos con los dos superávit. Presupone también, la necesidad de seguir en la política de desendeudamiento y acumulación de reservas (Cristina, 2008).
> • (…) hay un gran esfuerzo de todo el pueblo argentino y de la administración del estado de mantener el tipo de cambio competitivo y los precios internos que le permiten ser muy rentable a la exportación (Cristina, 2008).
> • (…) aquel derrumbe del Muro de Berlín hizo caer a algunos en los mismos fundamentalismos en que habían caído quienes habían construido esos muros, los mismos, aquellos que presuponían que el estado todo lo podía resolver y que poco tenía que ver lo que quería cada ciudadano o cada ciudadana, y luego este otro modelo que se impuso en lo que podemos denominar "fundamentalismo de mercado" en el cual el estado debía desaparecer (Cristina, 2009).
> • (…) una ley absolutamente estructural como fue el retorno de la administración de los recursos de nuestros jubilados a manos del estado Nacional (Cristina, 2009).
> • (…) esto fue simplemente gestión y una fuerte intervención de políticas activas del estado a través de ayudas como el Repro (Programa de Recuperación Productiva que se aplica mientras dure la Emergencia Ocupacional Nacional) a muchísimas empresas, más de 100.000 trabajadores han recibido la ayuda del plan del Ministerio de Trabajo (Cristina, 2010).
> • (…) esta Asignación Universal que hoy cobran 3 millones y medio de chicos y con la cual todos estaban de acuerdo, solamente se pudo hacer a partir de poder transferir el recurso de los trabajadores a manos del estado (Cristina, 2010).
> • (…) el estado, a través de salarios dignos, a través de jubilaciones, a través de asignaciones, a través de ese piso de protección social estamos asegurando la demanda agregada. Este es el rol que tiene que tener el estado que además se retroalimenta con la actividad privada porque si nosotros, ante momentos de crisis, utilizamos políticas activas en donde sostenemos y aumentamos aún a costa de que dicen "se redujo el superávit (Cristina, 2010).
> • Creo en un modelo de absoluta racionalidad con un estado sosteniendo la demanda agregada; con un sector privado que invierta y aumente la

> oferta; con un estado que también proteja esa oferta; con una capacitación de nuestros recursos humanos a través de la educación, de la ciencia y la tecnología para agregar cada vez más valor a sus productos (Cristina, 2010).
> • (…) luego de ese formidable esfuerzo institucional de los tres poderes del estado que significó decretar la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (Cristina, 2011).
> • Por eso le decimos también al sector empresarial que aquí está el estado, para hacerse cargo de los roles indeclinables en materia de construcción de infraestructura, en materia de sostenimiento de la demanda agregada, en materia de sostenimiento de los pilares macroeconómicos que le han dado sustentabilidad y andamiento a este modelo (Cristina, 2011).

## Conclusiones

***El discurso presidencial ha evolucionado hacia una idea profesionalizada y técnica – tecnocrática – de gestión estatal, implementada a través de políticas públicas específicas y sectoriales ejecutadas desde el gobierno, disminuyendo las referencias a debates y definiciones ideológicas.***

Se observa en el campo semántico estado, un alto coeficiente y repeticiones nominales de las palabras *gestión, plan y programa*.



La política específica o sectorial *(policy*) implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda, para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas específicos. Ello remite a una idea profesionalizada y técnica – tecnocrática – de gestión estatal implementada a través de políticas específicas y sectoriales.

Esta acepción de la palabra política remite a acciones y decisiones en sentido de política específica o sectorial[7], por ejemplo, entre otras, ***política*** *fiscal, tributaria, económica, cultural, social, de derechos humanos, sanitaria, educativa, exterior, industrial, de estado*. Esta acepción se conoce, en la Ciencia Política anglosajona, como *Policy,* concepto que remite a los aspectos de contenido de la política y a sus ámbitos de aplicación, en general, a través de acciones y agencias estatales, por ello también se denomina a esta acepción, genéricamente, como *políticas públicas*[8].

En ese sentido, los indicadores respecto al incremento de la enunciación de planes específicos de acción de gobierno con una tendencia fuerte a referirse a la gestión, sustentan la hipótesis de que el discurso presidencial se ha ido transformando en un discurso cada vez más profesionalizado, tecnocrático y focalizado en la gestión del gobierno, en desmedro de los debates y las definiciones ideológicas.

### Presidencia de Alfonsín

Se observa un fuerte cambio en las enunciaciones sobre el estado. En 1983 definió que el estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos

extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico. En 1988 sólo se refirió al estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

## Primera presidencia de Menem

Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal. Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

## Segunda presidencia de Menem

En su segunda presidencia fue delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.



Sus enunciados presentaban respecto al modelo de estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente. Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire.*

## Presidencia de De la Rúa

De la Rúa propuso como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

## Presidencia de Duhalde

Las referencias en los discursos a programas, plan y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo estado/ administración pública/ políticas públicas (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo. La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

## Presidencia de Kirchner

El rol del estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner. El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del estado en la economía. Hace también hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación.

Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.



## Presidencia de Cristina

La presidente define el rol del estado que debe ser activo y claro en sus acciones garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Ese rol activo del estado remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de "no gastar más de lo que ingresa"; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras. También enuncia Cristina las características del rol activo del estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo.

# Bibliografía

Arias, María Fernanda, "Discurso de ideas y de masas: la campaña peronista de 1989", *Universidad Católica Argentina*, Documento de trabajo n° 2, Buenos Aires, 1997.
Bercholc, Jorge Omar, *El estado y la globalización*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Bercholc, Jorge Omar y Bercholc, Diego Juan, *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática (1983-2011)*, Buenos Aires, Lajouane, 2012.
*Dirección de Publicaciones del Senado de la Nación*, "Discursos Presidenciales a la Asamblea Legislativa, 1983-2011", Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires.
Jann, Werner, "Análisis de políticas sectoriales", en Nohlen, Dieter (comp.): *Diccionario de política*, T° 1, México, Porrúa, 2006.
Schubert, Klaus, "Politics/ Polity", en Nohlen, Dieter (comp.): *Diccionario de política*, T° 2, México, Porrúa, 2006.
Serrafero, Mario, "El área de Estudios presidenciales", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2011. Versión online en http://www.ancmyp.org.ar/user/files/13%20Serrafero.pdf

(Endnotes)
1 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; Resolución (CS) nº 2706/04. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.
2 Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1983.
3 Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.
4 Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.
5 Respecto al rol del estado hubo un giro impensado en el discurso y acción política de Menem, si bien en la campaña había mostrado matices dependiendo del auditorio al que se dirigiera. Era estatista cuando se dirigía a la interna peronista, pero se mostraba moderado y eludiendo el tema cuando se expresaba ante la prensa o ante auditorios integrados por ejecutivos de los negocios internacionales (Arias, 1997: pp. 13-15).
6 Desarrollo este tema en Bercholc, 2008.
7 Se trata de una acepción reconocida en las Ciencias Políticas y bien diferenciada de *Politics* y que se refiere a políticas específicas, tal cual las hemos definido y detallado en concordancia con Schubert, 2006.
8 Para esta definición puede verse el artículo Jann, 2006.

# Reflexões contemporâneas: corrupção

**José Luiz Quadros de Magalhães**[1]

## Introdução

O filósofo esloveno Slavoj Zizek em sua obra *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*[2] desenvolve três conceitos de violência que são importantes para entendermos os equívocos das políticas de encarceramento e aumento das penas e controle sobre as pessoas. Zizek nos fala de três formas de violência:

a) Uma violência subjetiva que representa a decisão, vontade de praticar um ato violento. A violência subjetiva representa a quebra de uma situação de (aparente) não violência por um ato violento. A normalidade seria a não violência, a paz e o respeito às normas (normalidade) que é interrompida por um ato de vontade violento.

b) A violência objetiva, diferente da violência subjetiva é permanente. A violência objetiva são as estruturas sociais e econômicas, as permanentes relações que se reproduzem em uma sociedade hierarquizada, excludente, desigual, opressiva e repressiva.

c) A violência simbólica é também permanente. Esta violência se reproduz na linguagem, na gramática, na arquitetura, no urbanismo, na arte, na moda, e outras formas de representação. Para entendermos melhor, podemos exemplificar a violência simbólica presente na gramática: em diversos idiomas os sobrenomes se referem exclusivamente ao pai ou ainda, o plural, no idioma português, por exemplo, sempre vai para o masculino. Assim, se estiverem em uma sala 40 mulheres e um homem, diremos: "eles estão na sala". O plural para uma mulher passeando com um cachorro será: "eles estão passeando". A violência simbólica, assim como a violência estrutural, objetiva, atuam permanentemente.

Assim, de nada adianta construirmos políticas públicas de combate à violência subjetiva sem mudarmos as estruturas socioeconômicas opressivas e desiguais (violentas) ou todo o universo de significações e representações que reproduz a desigualdade, a opressão e a exclusão do "outro" diferente, subalternizado, inferiorizado.

---

[1] Professor da PUC-Minas, UFMG e FDSM; Mestre e Doutor em Direito. www.joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br

[2] ZIZEK, Slavoj. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Editora Paidós, Buenos Aires, 2009.

Um exemplo interessante: a escola moderna é um importante aparelho ideológico[3], reproduzindo a mão de obra necessária para ocupar os postos de trabalho que permitirão o funcionamento do sistema socioeconômico, assim como reproduzindo os valores e justificativas necessárias para que as pessoas se adequem e não questionem seriamente o seu lugar no sistema social (e no sistema de produção e reprodução). A escola, portanto, tem a fundamental função de uniformizar valores e comportamentos. O recado da escola moderna é: adeque-se; conforme-se; este é o seu lugar no sistema.

Simbolicamente, a escola moderna diz diariamente isso aos seus alunos, por meio do uniforme. Sem o uniforme, a meia, a calça, a camisa e os sapatos da mesma cor, o aluno não pode assistir a aula. Durante muito tempo, e ainda hoje, em algumas escolas, uniformiza-se os cabelos, o andar, o sentar e, claro, mais um monte de outras coisas mais profundas como o pensar, o desejar e o gostar. A criança desde cedo deve se vestir da mesma forma, se comportar da mesma maneira, palavras mágicas, sem as quais as portas não se abrem. Pois bem, vamos ao problema: a criança, mesmo que não seja dito por meio da palavra (o que também ocorre), simbolicamente percebe, diariamente, todo o tempo, que não há lugar para quem não se normaliza, uniformiza. O recado muito claro da escola moderna é: o uniformizado é o bom; não há lugar para o diferente (não uniformizado); para o que se comporta diferente, se veste diferente, ou de alguma forma não se enquadra no padrão. É claro que esta criança, processando o recado permanente (dito e repetido de várias formas) irá compreender que o padrão é bom e o diferente do padrão é ruim. No seu universo de significados em processo de construção, o diferente deve ser excluído, afastado, punido, uma vez que o que foge ao padrão não pode assistir à aula, não pode sequer permanecer na escola. Logo, quando esta criança percebe alguém ou algo em alguém que, para ela, é diferente do padrão (o cabelo; uma roupa; a cor; a forma do corpo; da fala; do olhar) esta criança irá de alguma forma reagir à ameaça do diferente, excluindo e punindo o diferente "ruim".



Em outras palavras, a escola moderna ensina diariamente a criança a praticar o *bullying*. Vejamos então a ineficiência das políticas de combate à violência, à discriminação, à corrupção que padecem, todas, deste mal. No exemplo descrito acima, a escola, o estado, os governos, criam políticas públicas pontuais de combate ao *bullying* (a tortura mental e agressão física decorrente da discriminação do "diferente") ao mesmo tempo que mantém uma estrutura simbólica que ensina a discriminação (o *bullying*).

Voltamos aos conceitos de violência: toda política de combate à violência; às drogas; à corrupção, serão sempre ineficazes se não se transformarem as estruturas sociais e econômicas que permanentemente criam as condições para que esta violência subjetiva se reproduza, assim como o sistema simbólico que continua,

[3] ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado - nota sobre aparelhos ideológicos do estado*. Biblioteca de Ciências Sociais, 9. ed., Rio de Janeiro: editora Graal, 1985.

da mesma forma reproduzindo a violência. Para acabar com a violência subjetiva só há uma maneira: acabar com a violência simbólica e objetiva. Para acabar com o *bulling* na escola só mudando as estruturas uniformizadoras e excludentes presentes diariamente na escola; para acabar com a corrupção, só transformando o sistema social e econômico e de valores (condições objetivas e simbólicas) que reproduzem as condições para que esta (a corrupção) se torne parte da estrutura social e econômica vigente.

Neste artigo pretendemos trazer algumas reflexões (preocupações) sobre a relação entre "ética, cotidiano e corrupção", o que faremos a partir das premissas teóricas acima desenvolvidas. De nada adiantarão as constantes políticas pontuais de combate a corrupção na vida de nosso País, se estas políticas atacarem apenas os efeitos de forma repressiva e (ainda pior) com o direito penal, o aumento do controle e da punição. Os resultados serão enganosos, sempre, se não respondermos algumas perguntas: porque a corrupção? Quais são os elementos estruturais e simbólicos em nossa sociedade que reproduzem as condições para a corrupção?

## O direito penal não resolve

Nesta perspectiva podemos trazer nossas reflexões para o Brasil, 2012, segundo semestre, às vésperas das eleições municipais.

O pano de fundo do julgamento é construído pela insistente campanha dos principais meios de informação (a grande mídia) que aposta na punição dos excluídos, dos não enquadrados, dos não uniformizados e normalizados. As cidades, a exemplo da Paris do Barão Haussmann (1853-1867), não é para todos. A higienização urbana (a exclusão dos pobres) continua sendo a mais nova política urbana do século XXI. O direito penal é a grande aposta. A ideia também não é nova. Se voltarmos ao século XIX nos reencontramos com este morto vivo que perambula pelo século XXI. A brutal concentração de riquezas causada pela aposta em uma economia naturalizada que recompensará o mais ousado e eficaz competidor no mercado gera a exclusão; a exploração radical do trabalho; a desigualdade, e com esta, a crescente insatisfação, que se traduz em rebeliões difusas de um lado (o que se pode chamar de uma criminalidade "comum") e rebeliões políticas de outro lado (que são também criminalizadas pelo Estado ocupado pelos grandes proprietários). Em meio a tamanha insatisfação causada pela desregulamentação econômica que agrava a concentração de riqueza e deixa livre os grandes proprietários para o abuso do poder econômico (qualquer semelhança com a atual crise não é mera coincidência), a resposta do Estado será (estamos no século XIX) mais direito penal; mais encarceramento; mais controle social; mais polícia; mais manicômios e presídios. Toda uma justificativa ideológica é construída para explicar a situação. Os problemas econômicos não são sistêmicos mas atribuídos às condutas de alguns indivíduos. A criminalidade tampouco é sistêmica, e não se reconhece qualquer conexão desta com o sistema

econômico, social e cultural do liberalismo. Se existe crime é por causa dos indivíduos que escolhem o caminho do mal ou são doentes mentais. O poder do Estado, nas mãos dos proprietários, define o que é crime, normalidade e pecado, o que, é claro, são as condutas dos pobres excedentes do sistema econômico. Este retrato do século XIX restaurado com cores falsas no final do século XX é colocado em grandes imagens globalizadas no século XXI. Este é o pano de fundo para o "espetáculo" transmitido diariamente para todo o País. Onze juízes, vaidosos, com poses e gestos, com capas pretas até o tornozelo, sentindo-se a consciência moral do país, julgam e condenam sem provas mas segundo "indícios fortes" (alegação transmitida e gravada pela TV para todos ouvirem). Não, não estamos no século XVI. O mais interessante é a coincidência do julgamento com as eleições municipais.

O julgamento dos políticos envolvidos na acusação, coincide, quase, com o dia do pleito eleitoral municipal de 2012. Coincidências à parte, lembramos que os fatos que envolvem o julgamento foram utilizados para uma tentativa de "golpe de estado" contra o presidente eleito democraticamente e no poder em 2005 (no novo formato de golpe utilizado em Honduras e Paraguai - o golpe parlamentar travestido de falsa legalidade).

Não, o direito penal não resolverá a corrupção. A corrupção está na estrutura e nas representações simbólicas de um sistema social, econômico e político intrinsecamente corrupto. A corrupção está no futebol de toda semana; na fila furada; na propina diária; nas pequenas vantagens; a corrupção está na sala de aula; no assinar a presença sem estar presente na aula; na mentira na mídia; na mentira e no encobrimento; na notícia distorcida; nas coincidências... No jogo do roto e do esfarrapado só um é mostrado como tal. Assim como vimos apoiadores da ditadura acusando democratas de autoritários, assistimos corruptos "históricos" pronunciando discursos históricos de moralidade.



Efetivamente, o direito penal não resolverá a corrupção. Lei de "ficha limpa"; o espetáculo televisivo da ação penal 470 (realizado por uma mídia que se tornou autista); isto não resolverá a corrupção. Felizmente alguma coisa está fora da ordem (como diria Caetano). Por algum momento "eles" (na verdade o "nós" no poder) perderam o controle do monopólio da desinformação diária. A mídia alternativa mostra o que a grande mídia (que defende a liberdade dos donos dos meios de comunicação e não a liberdade de imprensa) não mostra, mas propositalmente esconde. O "autismo" em que se lança a mídia pode ser um sinal de esperança para a conquista da liberdade de expressão. O "julgamento do século" como insistiu a grande mídia, não mobilizou ninguém e ainda nos expôs ao pior, à ameaça e ao comprometimento do Estado constitucional e democrático por uma prática que lembra um "tribunal de exceção" (condenação por indícios). Aliás, o que vemos revelado nas telas é o que acontece com muita frequência, de forma não revelada, com os pobres.

## Quem diz o que é ético?

Uma pergunta necessária: Quem diz o que é direito, o que é justo, o que é legal, o que é normal, o que é crime? O que é crime em uma sociedade pode não ser crime em outra sociedade, o que é crime em um momento histórico pode não ser crime em outro momento. Crime é um conceito histórico, como são conceitos históricos "justiça"; "direito"; "normalidade" e "anormalidade".

Quem diz o que é normal. Ora, a resposta é fácil de ser encontrada: quem tem poder para dizer. E quem tem poder para dizer? Ainda hoje, tem poder para dizer quem detém o controle do poder econômico, do poder do Estado, quem controla os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado moderno. Será que existe alguma conexão, em alguns países, o fato do crime de usura (cobrar juros altos) não ser mais crime com o fato dos recursos para financiamento da campanha eleitoral virem em grande medida dos bancos? Será que podemos relacionar o fato dos parlamentares de algum país descriminalizarem a usura, com o fato das campanhas eleitorais serem financiadas por banqueiros? Esta afirmação não se relaciona com nenhum fato específico. Convém entretanto pesquisar a respeito. Isto é somente uma hipótese para reflexão.

Uma reforma estrutural no sistema político; a adoção do financiamento público de campanha; a proibição de reeleição; estas e outras medidas poderiam ajudar no combate à corrupção. Poderíamos dizer que seria um passo importante, mas ainda não chegaríamos ao núcleo do problema. Trata-se do início de uma reforma estrutural do sistema político mas que ainda necessita de transformações nas estruturas sociais, culturais e econômicas que geram a corrupção. Lembremos o conceito inicialmente trabalhado. Impossível resolver a violência subjetiva sem eliminar a violência objetiva e simbólica. O mesmo vale para a corrupção: impossível resolver a corrupção subjetiva sem a eliminação da corrupção objetiva (estrutural) e simbólica, permanentemente presentes em uma sociedade fundada sobre valores egoístas, materialistas e competitivos. Impossível eliminar a corrupção quando esta é incorporada como valor social e legalizada em diversos aspectos.



Uma pergunta: e se o parlamento fosse integrado por pessoas corruptas que transformassem em lei práticas corruptas? Em outras palavras: e se legalizassem a corrupção como legalizaram a usura?

O conceito de ética e de corrupção deve ser uma construção conjunta, livre, dialógica, consensual em uma sociedade livre das engrenagens corruptas presentes nas estruturas sociais, econômicas e políticas modernas e fortemente impregnadas nos elementos simbólicos das representações de mundo presentes em nossos cotidianos. Em outras palavras: acabar com a corrupção exige compreender as estruturas objetivas e simbólicas da sociedade capitalista construída na modernidade e eliminá-las. Sem isto ficaremos permanentemente repetindo políticas públicas pontuais reapresentadas periodicamente com nova embalagem, políticas estas que não funcionaram no passado e não funcionarão no futuro.

## Ética x direito

O direito está ocupando o espaço da ética. Grande perigo. Esta é mais uma pontuação necessária para abordagem do tema "ética, cotidiano e corrupção". Vivemos em nosso País um fenômeno que se reproduz também em outros estados: a expansão do direito e a construção ideológica da crença no direito (especialmente o direito penal) para a solução de problemas recorrentes (já discutidos) de corrupção e violências. As leis se reproduzem como coelhos. Lei para punir penalmente as pessoas que dirigem após beberem álcool; lei para proibir a palmada; lei da ficha limpa para proibir candidatos "sujos" de se candidatarem; lei para proibir o tabaco; leis, leis e mais leis. O problema não é apenas o fato de que estas leis não funcionarão, é obvio, pelo que já discutimos anteriormente. O problema, também, não é o fato de que estas leis desviam a atenção dos reais problemas e fatos geradores da violência, exclusão e corrupção. Talvez, o maior problema seja a substituição da ética pelo direito. Vejamos.

A busca por uma sociedade ética não é um desafio novo. Na modernidade, a grande pretensão de construção de uma sociedade ética, que prescindisse do direito (direito penal incluído, óbvio), foi defendida por (alguns) anarquistas e por comunistas. A pretensão da construção de uma sociedade sem estado, sem direito, sem polícia, exército, governos, parlamentos, propriedade privada e qualquer outra forma de poder, de opressão e exclusão foi defendida pelas lutas de comunistas e anarquistas, que por caminhos distintos, acreditavam na possibilidade de construção de uma sociedade de mulheres e homens livres de qualquer forma de opressão. Esta liberdade seria conquistada após a construção pelo estado socialista (na perspectiva comunista), de um ser humano eticamente, moralmente e intelectualmente evoluído. Sem pretender discutir neste momento a "hipótese comunista"[4], ressaltamos a aposta na ética. Para viabilizar a hipótese comunista seria necessário construir seres humanos éticos. Nesta sociedade, as pessoas respeitariam o outro, seriam solidários, honestos, íntegros, não roubariam ou agrediriam, não por medo do Estado e do direito penal, não por medo da polícia e do sistema penitenciário (pois nada disto existiria mais), mas pelo fato de estarem convencidos de que respeitar o "outro", ser solidário e honesto, seria a única conduta correta e logo, possível, de ser adotada.



Não é o objeto deste texto, como disse anteriormente, debater a hipótese comunista: será esta sociedade de pessoas éticas e conscientes possível? O que ressalto aqui é o fato da aposta na possibilidade e na busca e na luta de uma sociedade ética que não mais necessite do direito.

Hoje ocorre o contrário! Hoje ocorre o oposto! Nossas sociedades contemporâneas apostam no direito como a solução de tudo, o que significa a falência da ética e da moral.

[4] BADIOU, Alain. *A hipótese comunista, coleção estado de sítio*, São Paulo: Editorial Boitempo, 2012.

O direito, ainda necessário, e todo o seu aparato ideológico, punitivo e repressor pode ser necessário nas sociedades que conhecemos. Se no estado moderno, o direito serviu (e ainda serve em boa medida) para proteger a propriedade e os privilégios (direitos para alguns) de uma minoria de homens, brancos e proprietários (substituídos por proprietários diversos hoje), o direito, mais recentemente, também passou a cumprir um outro papel: proteger e garantir direitos para aqueles que foram sistematicamente excluídos do sistema social e econômico e estruturar formas e sistemas de participação política democrática, o que resultou no reconhecimento do direito à diferença, e mais recentemente, o direito à diversidade. Bem, o direito pode ser necessário, ainda, durante um tempo razoável (entendam o tempo razoável como quiserem).

Portanto, os direitos fundamentais, especialmente o direito à diversidade, é uma importante conquista na luta pela superação de uma modernidade padronizadora e excludente.

O problema reside no fato do ressuscitamento do direito penal como encobrimento e distração. E não só isto, o maior problema está na ampliação do direito penal: tudo passa a ser criminalizado. Todas as condutas não aceitas (não aceitas por quem?) são agora objeto de punição, de criminalização. Presenciamos uma invasão radical do direito sobre o espaço que deveria permanecer com a ética (qual deve ser o espaço da ética). O resultado disto é a troca de condutas decorrentes do convencimento por condutas decorrentes do medo. Explico. Nos espaços éticos, as pessoas são levadas a agir de determinada maneira por estarem convencidas de que esta conduta é a conduta moralmente sustentável e eticamente correta. No campo do direito, as pessoas são levadas a agir, não apenas (e talvez principalmente) por estarem convencidas, mas pela existência de uma sanção estatal, penal, que ameaça a paz, a liberdade e a integridade do infrator.



Assim, quanto mais direito penal, mais se exige do estado a capacidade de vigiar e punir[5]. Uma pergunta salta diante de nossa percepção: e se o estado não conseguir vigiar e punir o suficiente para intimidar as pessoas a agirem como o estado (quem tem poder) deseja que estas pessoas ajam.

Vejam então o resultante desta equação: o estado, por meio do direito chamou tudo para si. "Posso resolver tudo por meio do direito penal, do controle, da polícia e do sistema penitenciário" dizem os donos do poder. Diz ainda o "estado": "posso acabar com a corrupção punindo e controlando os corruptos". Entretanto, alguém, timidamente, no fundo da sala levanta a mão e faz a seguinte pergunta: se o estado absorveu toda a ética, se tudo passou a depender de um estado que tudo controla, tudo vê e a todos pune, se algum dia este estado não conseguir mais controlar, ver e punir, o que restará, se toda a ética foi reduzida ao direito penal?

[5] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir - história da violência nas prisões*, 20. Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

Não restará nada. Se as pessoas não mais agem por convencimento racional (ético) mas sim por coação, quando a coação nos anular ou não mais funcionar, não sobrará muita coisa além do caos.

Não, o direito penal não solucionará a corrupção, e o triste espetáculo que assistimos no STF ainda comprometerá o que o direito nos ofereceu de muito bom: respeito aos direitos fundamentais conquistados por meio de muita luta.

## O candidato limpo

Como se não bastasse tudo isto ainda assistimos a volta de uma outra assombração: o perigoso discurso da pureza.

Acredito que posso começar este tópico citando a Bíblia[6]:

"Mas, como insistissem em perguntar-lhe, ergueu-se e disse-lhes: aquele dentre voz que está sem pecado, seja o primeiro que lhe atire uma pedra."

O que pode dizer Jesus nesta passagem? Aqueles que apontam o dedo acusando o outro não se vem no espelho. Pior. Aqueles que apontam o dedo em direção ao outro, acusando-o de corrupção, de impureza, de mentira, não enxergam seus erros, não querem enxergar, fingem não enxergar, e o que pode ser ainda pior: creem firmemente que não têm pecados, que são puros. Estes que creem em sua pureza são os mais perigosos, são os que apedrejam e matam.



A crença na pureza moral, na pureza racial ou qualquer outra pureza levou milhões, em diversos momentos da história, à morte e à tortura. Não há pior discurso do que o discurso da pureza. Não há pior atitude de uma pessoa do que a de se julgar puro.

Quando assistimos uma propaganda oficial da Justiça Eleitoral, de uma bela senhora, afirmando que deseja candidatos "limpos", e as pessoas aceitam este discurso com muita tranquilidade, alguma coisa parece mesmo que está fora de lugar. Entramos em uma estrada que não deveríamos entrar e estamos indo longe demais nela.

O pesquisador francês Jacques Sémelin escreveu o livro *Purificar e destruir*[7]. Trata-se de um importante estudo sobre massacres e genocídios. O autor estuda três passagens trágicas, três genocídios: a *Shoah* judaica na Segunda Guerra Mundial; o conflito e "limpeza" étnica na ex-Iugoslávia; o genocídio da população Tutsi de Ruanda. O livro se refere ainda aos genocídios armênio e cambojano.

Neste livro, o autor nos descreve, no decorrer de uma análise minuciosa, os passos dados em direção ao extermínio em massa. Podemos resumi-los nos seguintes:

---

[6] João 8:7.

[7] SEMELIN, Jacques. *Purificar e destruir - usos políticos dos massacres e dos genocídios*. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2009.

a) A política não mais enquanto razão mas como emoção. O espaço político deixa de ser um espaço racional de construção de consensos para ser um competição entre adversários que almejam o reconhecimento do seu melhor argumento;

b) De adversários a inimigos. A superação da racionalidade dialógica para construção de consensos, superada pela competição de argumentos, tem como etapa seguinte a transformação destes competidores em inimigos. Não se trata mais, nem de busca de consensos racionais, nem de vitória do melhor argumento de competidores que buscam um "bem comum", mas de uma luta entre inimigos: ou está comigo ou está contra mim.

c) O inimigo, entretanto, tem a mesma estatura. Embora inimigos, respeitam-se. Qual o passo seguinte: o inimigo não será mais respeitado, mas rebaixado, inferiorizado. Alguma característica no inimigo impede, definitivamente, qualquer possibilidade de diálogo.

d) Agora os passos que se seguem visam colocar este "inimigo" político em uma esfera não humana. Assim o inimigo será animalizado. Estes passos dados pelo nazismo foram repetidos em outros genocídios e passaram a ser integrantes de "manuais" de propaganda eleitoral. A animalização dos judeus e sua representação com ratos foi a estratégia nazista na década de 30.

e) Depois da animalização vem a coisificação. Este é o momento do discurso religioso se infiltrar na política. Com o discurso religioso vem a busca da pureza. Agora não são mais adversários políticos; não apenas inimigos humanos; não mais, nem mesmo uma relação entre o humano o animalizado. O outro é coisificado pelo discurso do bem e do mal. Fulano é do bem, o inimigo é do mal. O discurso da pureza é um passo da catástrofe.



f) Passo seguinte: disseminar o medo. Este inimigo do mal, coisificado nos ameaça. Ameaça nossa paz; nossa família, nossa propriedade. Estamos contra a parede.

g) Agora é necessário o fato. Um episódio, em geral forjado (falso), desencadeia a violência. Na Alemanha, o assassinato de um diplomata alemão em Paris por um anarquista "judeu" desencadeia a barbarie. A noite dos cristais.

h) Por fim o extermínio.

O que acabo de relatar foram os passos em direção à violência extrema do projeto nazista. O que acabo de relatar pode ser encontrado em campanhas eleitorais em nosso País, hoje, sem que os passos finais sejam dados, mas com uma aproximação irresponsável e perigosa. O que acabo de relatar decorre do discurso na crença em uma pureza que não existe, e é muito bom que jamais exista. Os que se julgam puros (se julgam além da condição humana) são sempre aqueles que apedrejam.

## Conclusão, sempre provisória: somos seres processuais, singulares, plurais e dinâmicos

Uma lembrança: somos seres processuais e complexos, plurais. O que significa isto? Não podemos jamais nos deixar reduzir a um nome coletivo. Lembremos que a nomeação na terceira pessoa: nós x eles, ideia que já desenvolvemos em outros artigos e livros, é o passo para o genocídio, para a violência sem limites. A fórmula moderna repete-se à exaustão mudando os nomes coletivos: nós os bons x eles os maus; nós os espanhóis x eles os "índios"; nós os fiéis x eles os infiéis; nós os arianos x eles os judeus; nós os tutsis x eles os utus; e assim repetindo.

Assim como não podemos reduzir um pessoa, ser complexo, em permanente processo de transformação, que é simultaneamente e historicamente uma grande variedade de identificações, a um nome coletivo, não podemos condenar ninguém a repetir, interminavelmente, um momento de sua vida. Não somos um fato, assim como não somos uma religião, uma nacionalidade, um time de futebol, uma profissão ou uma condição social. Ninguém é um "pobre" ou um "rico". Ninguém é só um "cristão" ou um "muçulmano"; ninguém é só um "homem" ou uma "mulher"; ninguém é só um "heterossexual" ou um "gay". Todos somos muitas identificações, muitos sonhos e medos, muitos desejos e crenças ao mesmo tempo. Somos plurais e complexos. As nomeações são simplificações que nos expõe ao pior.



Assim, como não somos só cristãos, muçulmanos, judeus, homens, mulheres, gays, brasileiros, americanos, africanos, asiáticos, trabalhadores, desempregados, professores, alunos, vermelhos, azuis, liberais, comunistas, socialistas, conservadores, não somos, não podemos ser, de forma nenhuma, reduzidos a um momento, uma ação, ações, erros e acertos. Assim como não somos só isto e tudo isto, não somos também, para sempre honestos ou desonestos, corruptos ou santos, bons ou maus ou tudo isto ao mesmo tempo.

Temos que ter sempre o direito de mudar, de aprender, de errar e acertar de novo.

Termino com uma lembrança triste e ridícula: lembram do caso do juiz que queria que todos no condomínio em que morava o chamassem de "excelência". Triste redução. Talvez ele fosse juiz com seus filhos e sua mulher e dormisse e acordasse de terno e gravata.

# Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento

**Antônio Pereira Gaio Júnior**[1]

Um dos notáveis contributos que a processualística hodierna vem prestando no plano do direito e do justo é a tomada de consciência para com o imperativo comprometimento axiológico de seus institutos, objetivando a concreta realização do bem da vida.

Vale dizer, neste sentido, que a visão macroscópica dos efeitos socioeconômicos e políticos a que o manejo do "instrumento processo" pode resultar, deveras, o eleva à condição de direito fundamental ao seu próprio uso!

Também impulsionando aludida condição, justifica-se que nas últimas décadas, primorosa racionalidade vem contribuindo para o aprimoramento das relações já estreitas entre processo e Constituição[2], sobretudo, no que toca aos valores fundamentais consagrados constitucionalmente, em especial a liberdade e igualdade em vasto e intenso sentido, representações de um significado valorativo transcendente: o justo.

---

[1] 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. www.gaiojr.adv.br.

[2] Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

No que toca ao aspecto temporal do estudo Processo-Constituição, bem observa José Ovalle Favela: "*Hasta hace poco tiempo, lós estudiosos del proceso civil se ocuparon em lo fundamenttal de las normas y los principios contenidos en los códigos procesales civiles, com descuido del análisis de las normas y los princípios que establece la Constitución acerca de esta matéria*." FAVELA, José Ovalle. Tendencias actuales em el Derecho Procesal Civil. *In:* FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes. *Tendencias actuales del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 28.

Já, no que se refere à uma visão analítica das relações entre Processo e Constituição, DINAMARCO leciona que tal questão "revela ao estudioso *dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive." DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 26-27.

Certo é que ditos valores dimensionam outros tantos que, em última análise, resultam da própria ordem constitucional e da forma como a destinatária sociedade a interpreta, acentuando a carga valorativa sobre o sistema processual e por isso, promovendo os contornos necessários aos planos da instrumentalidade e efetividade do processo, dado a sua ínsita vocação de instrumento protetivo e de realização das liberdades públicas e dos direitos fundamentais em vastos e variáveis sentidos.

Aliás, Fix Zamudio, em tal contexto certifica que "son numerosos los constitucionalistas que consideram que la verdadera garantia de los derechos de la persona humana consiste precisamente em su protección procesal, para lo cual es preciso distinguir entre los derechos del hombre y las garantias de tales derechos, que no son otras que los médios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficácia."[3]

Como instrumento para efetivação dos valores bem como a realização das liberdades e direitos supracitados, se estará a compreender que o processo leva consigo toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.



A genialidade chiovendiana já prenunciava há tempos o legítimo papel do processo em nosso tempo: "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto quello e próprio quello ch'egli há diritto di conseguire."[4]

Pois bem, a dimensão social pela qual o processo deva ser vetorizado, hodiernamente, é noção necessária deste instrumento da jurisdição, exatamente porque nele é que o jurisdicionado deposita confiança – ainda que, por vezes, em forma diminuta – esperando alcançar sua verdade em tempos onde o descumprimento de uma obrigação acertada é bom negócio para muitos. Espera o cidadão ainda mais: a satisfação decorrente desta verdade, na medida em que, uma vez reconhecida e não cumprida pela parte recalcitrante, necessitará ele, novamente, de um instrumento apto a transformar a declaração formal de seu direito em atividade dinâmica e realizadora concreta, no mundo dos fatos, do direto devido.[5]

---

[3] ZAMUDIO, Fix. *La protección procesal de los derechos humanos.* Madrid: Civitas, 1982, p. 51 e 54.

[4] CHIOVENDA, Giuseppe. Dell Azione Nascente dal Contratto Preliminare *In: Saggi di Diritto Processuale Civile*. 2 ed. Roma: Foro It., 1930, n. 3, p. 110.

[5] Michele Taruffo (*Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 156), em notável síntese acerca do ambiente pelo qual o processo opera, muito bem leciona:
"*El proceso es, em realidad, también um 'lugar' em que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantias, se reconhecen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones econômicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la liberdad de los indivíduos, se manifiesta la autoridad del Estado... y se resuelven controvérsias por medio de decisiones deseablemente justas*."

Aliás, é exatamente em tal perspectiva que Cappelletti, em estudos de vanguarda, já apontava para a aludida dimensão social do processo: "Sob esta nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e de seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos *consumidores* do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais."[6]

Não olvidando as fundamentais transformações conceituais e pragmáticas pelas quais vem a Ciência Processual experimentando, a partir, sobretudo, de novos contornos em institutos formadores de sua própria "trilogia estrutural" – ação, jurisdição e processo – impende notar que o próprio alcance desta "nova" perspectiva metodológica do processo e o movimento pela sua instrumentalidade[7] rumo a um processo civil de resultados, marca a urgência na modificação de posturas não somente dos operadores do direito, como também de todo o aparato estatal, seja por meio de inovadoras performances nas estruturas física e administrativa dos foros em geral e ainda na produção legiferante qualitativa, apta a mirar, indubitavelmente, como centro das atenções, a efetividade, entendida aqui como instrumentalização racional e razoável de entrega do bem da vida a quem, exatamente, dele necessita. Afinal, o direito (aqui, o processo) deve ser instrumento a tornar as pessoas mais felizes ou menos infelizes!

Por outro lado, há que se debruçar sobre a perspectiva do direito como instrumento estatal potencializador de reais e efetivas políticas afirmativas no sentido de propiciar melhoria na qualidade de vida do cidadão comum, aptidão hoje inevitável, inclusive do próprio desenvolvimento do Estado.



Despiciendo é dizer que o conceito de desenvolvimento, hodiernamente, se relaciona não somente com a tradicional ótica de crescimento econômico, mas sobretudo, na perspectiva de um avanço significativo no quadro das políticas sociais voltadas à edificação da cultura de melhoria das condições daquela sociedade destinatária de tais políticas.[8]

---

[6] CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et ali*. *O processo civil contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 1994, p. 15.

[7] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem,* p. 17-25.

[8] Ratificando tal concepção desenvolvimentista, VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. (*Fundamentos de economia.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205 ) apontam para a ideia de que, em qualquer conceituação de desenvolvimento, há de se levar em conta e mesmo, deva incluir "as alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia)."
Por outro lado, avançando no conceito de desenvolvimento como liberdade, numa visão do próprio desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais, e ainda estas, tanto um meio de garantia quanto um fim si mesma, através da fruição de outras importantes liberdades, fundamental a obra de SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000, p. 297.
Sobre o assunto ver também o nosso Direito, processo e desenvolvimento: pacto de estado e a reforma do Judiciário. In*: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v. 19, fev/mar., Magister: Porto Alegre, 2008, p. 31-34.

Na verdade, ainda que pese esforços hercúleos do direito no sentido de se regular condutas – sua primordial gênese – há de prosperar avanços na ciência jurídica, mais precisamente junto à noção de norma como cadenciadora de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, propiciadora de melhoria das condições de vida, depositando-se, por isso, na mesma a proteção, a regulação e a concessão de direitos e ainda condicionando-a ao aprimoramento do tecido social a ela submetida, reconhecendo então em dimensões largas, crescentes, o próprio exercício e respeito aos direitos, como rotina. Aliás, em um sentido mediato, a serventia da norma jurídica em sua dinâmica é o convívio social harmônico, no entanto há de vir esta acompanhada da perspectiva social do aludido convívio, de forma a viabilizar condições de melhoria das relações socioeconômicas e estruturais nas mais variadas dimensões, seja cidadão-cidadão; cidadão – Estado; Estado – cidadão; Estado – Estado etc.[9]

Cappelletti, em importantíssima obra[10] acerca das temáticas que envolvem, entre outras, a construção de razões em torno dos aspectos sociais e políticos praticados no contexto do processo civil contemporâneo, aponta, dentre os eventos e tendências evolutivas nos ordenamentos jurídicos do nosso tempo, três movimentos de ação de pensamento na temática por ele denominada "Dimensões do Direito e da Justiça".[11]

[9] Neste ínterim, Tércio Sampaio Ferraz Jr. em importantíssima obra - *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 3-6), aponta para o enfrentamento de uma declarada crise da dogmática jurídica em relação às exigências políticas, sociais e econômicas de nosso tempo e aí, acertadamente, assevera: "O problema atual, contudo, é ainda mais agudo na medida em que ultrapassa os planos exegéticos e se coloca ao nível da participação da dogmática no desenvolvimento da sociedade, cujo processo de crescimento provocou uma enorme diferenciação no sistema jurídico, tornando-o extremamente complexo e altamente ramificado, com pontos de intersecção com outros planos sociais." Mais adiante então, constata com clareza, já sob um olhar do século passado que o "século XX, no entanto, pressionado pelo advento das sociedades de massa e pela necessidade de conceber o direito como um instrumento-chave de controle social, tende a modificar este quadro. Esta situação forçou o aparecimento das pesquisas de base, a princípio ainda com intuitos imediatistas, tendo em vista a aplicação técnica do direito vigente, mas, pouco a pouco, também em **razão da elaboração legislativa como técnica de controle e instrumento do planejamento, fator de modificação da vida social, passando-se desta forma para a própria dogmática**." (Grifo nosso).

[10] CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. de Elício de Cresce Sobrinho. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

[11] Observa Cappelletti: "Trata-se, em primeiro lugar, da dimensão 'constitucional', que consiste na busca de certos valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos afirmaram com normas às quais assina-se força de *Lex superior* vinculando o próprio legislador (ordinário), impondo sua observância através de formas e mecanismos jurisdicionais especiais. (...). Uma segunda dimensão é a 'transnacional', quer dizer, a tentativa de superar os rígidos critérios das soberanias nacionais com a criação do primeiro núcleo de uma *Lex universalis* e com a constituição, portanto, do primeiro núcleo de um 'governo universal' ou transnacional (...). Esta tentativa reflete-se, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos Pactos que na mesma Declaração vieram; (...). Uma terceira dimensão do direito e da justiça é a 'social' que nas suas manifestações mais avançadas pode ser expressa na fórmula de uso corrente nos últimos anos: acesso ao direito e à justiça." Ob. cit., p. 379-381.

Dentre as dimensões pontuadas pelo festejado jurista, aqui merece atenção especial aquela por ele denominada "Dimensão Social", representada pelo problema do acesso à justiça apresentada sob dois aspectos principais: *a)* a "efetividade dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão, devem, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização"[12]; *b)* a "busca de formas e métodos, a miúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar direta ou indiretamente."[13]

Afinado dito conjunto de ideias com a perspectiva do que afirmamos em linhas atrás, já é tempo de se ter em mente a dimensão social, política, econômica e jurídica que traz à carga o processo, este como instrumento do Estado apto a contribuir para o desenvolvimento do País[14], influenciando, mediante a prolação de uma simples decisão judicial[15], no emprego e desemprego, no reconhecimento de débeis condições contratuais a gerar riqueza ou não, no amparo do hipossuficiente assolapado em precárias condições de higiene e saúde, na restauração judicial da dignidade da pessoa diante de aviltante tratamento concedido por parte de serviços públicos ínfimos ofertados pelo próprio Estado (previdência, transporte, habitação, lazer etc), dentre outras questões e situações.[16]

[12] Idem, p. 385.

[13] Ibidem.

[14] Sobre o importante papel das instituições no processo de desenvolvimento, ver, dentre muitos, NÓBREGA, Maílson da. Brasil: um novo horizonte. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel.(Orgs.) *Direito e economia. análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 291.
Mais precisamente sobre a atividade judicante do Poder Judiciário no desígnios desenvolvimentistas do Estado Brasileiro, confira PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel.(Orgs.) *Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283; NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico.* 5. ed., São Paulo: RT, 2008.

[15] Vale frisar aqui a máxima sapiência de ZAFFARONI, ao realçar o importante papel do Poder Judiciário nos desígnios do Estado hodierno:
"O limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser 'apolítica' nesse sentido, e **hoje mais do que nunca deve-se reconhecer que o poder judiciário é 'governo'**." (Grifo nosso). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *poder judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares, São Paulo: RT, 1995, p. 24.

[16] A ideia de bem-estar dos indivíduos lastreada pelo caminho da prosperidade econômica, não fica à margem também do pensamento econômico. Nisto:
"A concepção de prosperidade econômica do bem-estar dos indivíduos é abrangente. Ela reconhece não apenas nível de conforto material dos indivíduos, mas também o grau de satisfação estética, seus e sentimentos pelos demais e, qualquer outra coisa que eles possam valorizar, mesmo que intangível". KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961, (200-2001), p. 968.

Nesta toada, ainda pese o pensamento de que as políticas públicas vinculam-se ao exercício da realização dos objetivos fundamentais do Estado por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo, no que concerne aos bens da vida, estes traduzidos em larga medida nos direitos fundamentais sociais (*ex vi* do art. 6º da CF/88), fato é que em inúmeras situações, ditas realizações de políticas públicas não se realizam ou mesmo, se efetivam de forma insatisfatória, decorrendo disso inegáveis lesões aos ditos direitos fundamentais, habilitando aos titulares de tais direitos a apresentação junto ao Poder Judiciário de pleito restaurador do bem da vida não satisfeito, realizando-se na medida do possível, portanto, a concretização daquelas políticas públicas ora prometidas e não levadas a cabo pelos aludidos poderes promitentes.[17]

Diante disso e ratificando o pensamento já plasmado alhures, inegável é a virtude do processo como instrumento apto à efetivação de direitos, concorrendo para a realização de uma concreta democracia social, esta promotora do desenvolvimento no Estado hodierno.

Como nota final, o contributo da processualística pátria para com a massa crédula em dias melhores é possível e real, sobretudo se a visão turva da formalidade irracional e estéril, que tem no processo um fim em si mesmo e ainda praticada de forma larga nos pretórios nacionais, se curve perante o exercício prático da norma processual que, desejosa por seu alcance efetivo na satisfação dos direitos, possa ir mais além, isto é, ser igualmente protagonista de parcela contributiva aos desígnios desenvolvimentistas de nosso amado País.[18]



[17] Sobre os direitos fundamentais como objeto do processo coletivo, potencializando neste a realização de políticas públicas, ver CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150 e ss.

[18] A dimensão transnacional da qualidade dos serviços públicos – aqui o Poder Judiciário – nos países em desenvolvimento tem sido fator de atentas análises por parte do Banco Mundial, este que junto a outros organismos multilaterais, iniciou nos anos 80 inúmeros projetos objetivando analisar o estágio do Poder Judiciário com vistas à sua modernização no âmbito de aludidos países.

Em relatório intitulado *O setor judicial na América Latina e no Caribe: elementos da reforma,* delineia-se a visão de poder judicante que deveria ser adotada por países em desenvolvimento, levando-se em conta a busca da ampliação de investimentos estrangeiros e maior inserção no mercado internacional.

O supracitado documento constata, e aí aplicável ao cenário brasileiro, que:

"(...) o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade"; "(...) a reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do Estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado." (BANCO MUNDIAL. *O setor judicial na américa latina e no caribe: elementos da reforma*. Documento técnico

## Referências bibliográficas

BANCO MUNDIAL. *O setor judicial na América Latina e no Caribe: elementos da reforma*. Documento técnico do Banco Mundial n. 319S. Washington, D.C., 1997, p. 6-10.
CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. de Elício de Cresce Sobrinho.Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et ali*. *O processo civil contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 1994.
CHIOVENDA, Giuseppe. Dell Azione Nascente dal Contratto Preliminare *In: Saggi di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Foro It., 1930.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
FAVELA, José Ovalle. Tendencias actuales em el Derecho Procesal Civil. *In:* FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes. *Tendencias actuales del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.
FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito, processo e desenvolvimento: Pacto de Estado e a reforma do Judiciário. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.19, fev/mar., Magister : Porto Alegre, 2008, p. 31-34.
KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961, (2000-2001), p. 968.
NÓBREGA, Maílson da. Brasil: um novo horizonte. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel.(Orgs.) *Direito e economia. análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



do banco mundial n. 319S. Washington, D.C., 1997, p. 6-10).

Insta apontar que, para o Banco Mundial, a crise do Poder Judiciário é compreendida como a crise da administração da Justiça, e sua ineficiência decorre da incapacidade de prestar um serviço público a um preço competitivo, rápido e eficaz, em resposta às demandas que lhe são submetidas.

Por outro lado, notadamente, a concepção da atividade judicante como serviço é por demais estranha à tradição brasileira, onde o Poder Judiciário foi estabelecido historicamente como um dos três poderes de Estado. Contudo, tem-se "aos poucos repercutido na tradição político-jurídica nacional, e uma de suas faces visíveis são os diagnósticos e processos de avaliação que se tem produzido para analisar o funcionamento do Judiciário e propor mudanças em sua atuação". (BARBOSA, Claudia Maria. *Poder Judiciário: reforma para quê?***.** Disponível em:<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2339>. Acesso em 20 de dezembro de 2009).

De inegável contributo para as reformas processuais já operadas (vide o nosso *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey,2011, p. 15-18) e em andamento – até porque não se pode combater as patologias sem não menos conhecê-las – são os diagnósticos apresentados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, este que, desde sua instalação, tem prestado serviços relevantes nas áreas de inteligência e administração para a eficiência do serviço público de justiça realizado pelo Poder Judiciário Brasileiro.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico.* 5. ed., São Paulo: RT, 2008.
PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel.(Orgs.) *Direito e economia. análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.
SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.
TARUFFO, Michele *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.
VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia.* São Paulo: Saraiva, 1998.
ZAMUDIO, Fix. *La protección procesal de los derechos humanos.* Madrid: Civitas, 1982.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares São Paulo: RT, 1995.

# A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno

**Maria Manuela Magalhães Silva**[1]

**Resumo**

A aplicabilidade direta do direito comunitário foi durante largas décadas um tema polêmico na sua relação com o direito interno dos Estados membros. Das Comunidades Europeias passou-se à União Europeia, pois só com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se passou a poder falar apenas de uma União Europeia a que ainda se adiciona a Comunidade Europeia da Energia Atômica. Nem por isso o tema da aplicabilidade direta do agora direito da União Europeia deixou de manter o seu interesse.

**Palavras-chave:** Comunidades Europeias. União Europeia. Aplicabilidade direta.

**Abstract**

The direct applicability of Community law over several decades has been a controversial topic in relation to the law of the member states. European Communities passed to the European Union, because the Lisbon Treaty is now able to speak only of a European Union that still adds the European Atomic Energy Community. Not so the theme of the direct applicability of EU law now ceased to hold its interest.



**Keywords**: European Communities. The European Union Direct applicability.

## Abordagem doutrinária

Segundo o professor Mota de Campos[2], no puro plano conceptual, pode distinguir-se as noções de aplicabilidade direta e de efeito imediato na medida em que este, ao contrário daquela, supõe a atribuição a um particular de um direito subjetivo suscetível de invocação e reconhecimento em juízo e a imposição a outrem da correspondente obrigação. Assim, o conceito de aplicabilidade direta seria mais amplo do que o de efeito direto, pois engloba-o sem se esgotar nele. Pode dizer-se que se verifica uma ligeira distinção entre eles, no entanto, a maior parte da doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE (antes Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – T.J.C.E.) utilizam indistintamente a expressão aplicabilidade direta, efeito direto e até efeito imediato para traduzir o mesmo conteúdo.

---

[1] Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense – Infante D. Henrique.

[2] CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário.* II vol. 5. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 247.

## Autonomia do direito comunitário

A manifestação livre e voluntária do consentimento dos Estados em serem membros das Comunidades Europeias (hoje União Europeia[3]) e, como consequência, obrigarem-se pelos tratados institutivos e pelos atos das instituições, produz a atribuição de competências internas a favor hoje da União. Esta atribuição, em determinadas matérias, e o seu exercício efetivo pelas instituições da União Europeia, é o ponto de partida da existência do ordenamento jurídico comunitário[4].

O Estado reserva um conjunto de competências sob a sua soberania e, portanto, regidas pelo direito nacional. Mas nas matérias cedidas regem os tratados e os atos das instituições ou o direito derivado. Logo os dois ordenamentos jurídicos coexistem no interior de cada Estado-membro.

Disse Pierre-Marie Martin que no sistema do direito comunitário, cuja salvaguarda cabe a um Tribunal de Justiça de amplas competências, o princípio da aplicabilidade direta permite a este direito distinguir-se daquele dos Estados. Este direito pode ser invocado perante o juiz interno porque uma norma diretamente aplicável "engendra direitos que as jurisdições internas devem salvaguardar".

Para fortalecer esta aplicabilidade, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.C.E.)[5] no célebre caso *Costa/ENEL*[6] foi levado a constatar a primazia do direito comunitário sobre os direitos nacionais, tendo em conta que "ao contrário dos tratados internacionais ordinários, o Tratado da C.E.E. instituiu uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-membros desde a entrada em vigor do Tratado". Seja como for, a ordem jurídica comunitária não só afirma a sua superioridade sobre a ordem interna, como dispõe de uma jurisdição própria para assegurar a aplicação[7]. Para além disso, no caso *Van Gend & Loos* (T.J.C.E., 5 de Fevereiro de 1963), o Tribunal constatou que "a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em benefício da qual os Estados-membros limitaram, se bem que em domínios restritos, os seus direitos



[3] Ver artigo 1.º do Tratado da União Europeia tal como alterado pelos artigos 1.º e 2.º , 2), alíneas a) e b) do Tratado de Lisboa: "A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia".

[4] Sem prejuízo de o direito comunitário, como direito das comunidades europeias, ter cedido lugar ao direito da União Europeia, o termo "comunitário" continua a ser utilizado, na medida em que o termo europeu nem sempre se mostra adequado. Embora muitas vezes substituída pela expressão "da União" nos Tratados, ainda assim a utilização da palavra "comunitário" continua nos textos e na doutrina.

[5] Agora Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, porém a jurisprudência relevante citada neste trabalho refere-se ainda ao tempo em que a designação era a anterior, mas em tudo válida no presente atentas as denominações atualizadas.

[6] *In* Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice das Communautés Européennes (RJC), 1964, p. 141.

[7] MARTIN, Pierre-Marie. *Droit international Public.* Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995, p. 174-175; BOULOIS, Jean - Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 40.

soberanos e cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros mas também os seus cidadãos". Diz Jean Boulois que de uma decisão à outra a ordem jurídica comunitária deixou de ser "de direito internacional" para não ser mais do que "procedente de uma fonte autônoma", que não permanece mais nos tratados. Se o direito comunitário afirma a sua autonomia face à ordem jurídica internacional é nele que ele se inspira, sem o dizer, para fixar os princípios da sua integração nas ordens jurídicas nacionais[8].

As relações entre o direito comunitário e o direito interno estão condicionadas pelos princípios de autonomia, eficácia ou aplicação direta e primazia do direito comunitário. Como assinalou o T.J.C.E. na sua decisão n.º 1/91 sobre o Espaço Econômico Europeu (E.E.E.), "os aspetos essenciais" do ordenamento jurídico comunitário são "a sua primazia em relação aos direitos dos Estados-membros, assim como o efeito direto de toda uma série de disposições aplicáveis aos seus nacionais e a eles mesmos"[9].

Desde logo, o direito comunitário deve o seu nascimento a normas de direito internacional que regulam as relações entre Estados, mas para a maioria dos autores é evidente que os tratados e os atos das instituições ultrapassam o marco internacional clássico das relações entre Estados para incorporar como destinatários dessas normas os nacionais dos Estados-membros e os próprios poderes públicos dos Estados.

O T.J.C.E. confirmou, referindo-se ao T.C.E., que "ainda que tenha sido celebrado sob a forma de convenção internacional, não deixa de ser, por isso, a carta constitucional de uma Comunidade de Direito" (sentença n.º 1/91, fundamento 21).



Esta autonomia a respeito do direito internacional permite desvanecer qualquer condição de paridade e de reciprocidade na formação e na aplicação do direito comunitário.

A cláusula de reciprocidade, que aparece em numerosas convenções internacionais, é inconcebível na aplicação dos tratados e dos atos das instituições e, por isso, o Tribunal recusou-a, sempre que algum Estado a invocou para justificar o seu próprio incumprimento, assinalando que "os tratados não se limitam a criar obrigações recíprocas"[10]. Por isso, tão pouco admite o Tribunal que um Estado-membro possa "tomar unilateralmente medidas de defesa" para prevenir-se contra

[8] BOULOIS, Jean. *Le Droit des Communautés Européennes* …, cit., p. 40-41. Diz o Professor Moura Ramos que o direito comunitário é autônomo porque, embora integrado no direito internacional considerado em sentido amplo, ele caracteriza-se não só por diferentes modos de formação como por diferenças assinaláveis na sua aplicação, em particular quando esta é levada a cabo por órgãos estaduais. Ver: *Das comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 100.

[9] Decisão n.º 1/91, de 15/12/1991, sobre o E.E.E., fundamento 21. *In* Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (1992-1), p. 226-259.

[10] Sentenças de 13/11/1964, Comisión c. Luxemburgo y Bélgica, processo n.º 90-91/63; de 26/02/1976, Comisión c. Itália, processo n.º 52/75; de 25/09/1979, Comisión c. Francia, processo n.º 232/78; de 14/02/1984, Comisión c. Alemania, processo n.º 325/82.

um possível incumprimento, por parte de outro Estado-membro, das normas de direito comunitário[11]. Mas o direito comunitário tão pouco é direito interno, o direito comunitário é autônomo face ao direito interno, ainda que se integre nos sistemas jurídicos nacionais mas sem perder a sua qualidade de direito comunitário (como dizia a sentença *Costa/ENEL*).

Definitivamente, o direito comunitário não se submete aos princípios nem aos modos de produção normativa nem aos efeitos jurídicos estabelecidos na Constituição e nas restantes normas internas dos Estados-membros. Precisamente o T.J.C.E., na sentença *Van Gend & Loos* de 1963, situou o direito comunitário "como independente da legislação dos Estados-membros" e na sentença, de 18 de outubro de 1967, *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Alemão sustentava que o Direito comunitário e o direito interno alemão eram "duas ordens jurídicas autônomas e diferentes entre si", porque "o direito criado pelo Tratado C.E.E. provinha de fontes jurídicas autônomas" e isso porque a C.E.E. "não é um Estado, muito menos um Estado federal", mas apenas "uma Comunidade de natureza especial, em curso de integração gradual", uma "organização interestadual". E, aproveitando a deixa, acrescentaria que o direito comunitário derivado "constitui uma ordem jurídica específica, cujas normas não são de direito internacional nem pertencem ao direito interno dos Estados-membros". Num outro caso, julgado em 1970, *Internationale Handelsgesselschaft* e que ficou célebre na jurisprudência alemã e na do Tribunal das Comunidades (ao qual subiu como questão prejudicial nos termos do então artigo 177 do T.C.E.E., atual artigo 267 TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia), este extraiu importantes consequências da sua autonomia, recusando "recorrer a regras ou noções jurídicas de direito nacional para a apreensão da validade dos atos adotados pelas instituições da Comunidade" pois o Direito derivado nasce de "uma fonte autônoma" (sentença de 17/12/1970, *Internationale Handelsgesselschaft,* processo n.º 11/70)[12]. O Tribunal Administrativo de *Frankfurt* confrontado com esta matéria julgaria que os regulamentos da C.E.E. não eram leis nacionais, mas "atos comunitários especiais", que "não faziam parte nem do direito internacional público nem do direito interno de qualquer Estado-membro".



Também na Itália, o Tribunal Constitucional deixou conhecer, mesmo que implicitamente, a sua posição sobre as relações entre o direito comunitário e o direito interno. Foi o que fez, desde logo, no caso *Italian Frontini*, julgado em 27 de Dezembro de 1973, aí o Tribunal deixaria claro que o direito comunitário e o direito interno dos Estados-membros "são ordens jurídicas autônomas e distintas". O Tribunal não se pronuncia expressamente sobre as relações com o direito internacional, mas da leitura da sentença retira-se a ideia de que o Tribunal

[11] Sentenças de 23/05/1996, Lomas C-5/94 e de 9/12/1997, Comisión c. Francia, C-265/95.

[12] MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* 2. ed. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 197-198.

não tem dúvidas em afastar o direito comunitário do direito internacional tradicional[13].

Segundo a doutrina dos dois ordenamentos, o ordenamento comunitário e os nacionais são ordenamentos distintos, mas coordenados e a coordenação é assegurada pelas normas constitucionais de abertura. A reforma destas altera também o sistema de coordenação e a doutrina que pretende explicá-lo deveria modificar-se em consequência[14]. O que se chamou a "nacionalização" do direito comunitário introduz uma mudança substancial na relação em que os juízes nacionais se encontram a respeito deste e a doutrina deveria refleti-lo. No entanto, não há, até agora, indício algum de tal mudança, nem parece provável que se produza, pois essa doutrina "oficial" sobre a relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais manteve-se inalterada desde o começo e não pode ser sensível às reformas das constituições porque é alheia ao conteúdo destas.

A doutrina dos dois ordenamentos não nega que a validade dos tratados institutivos, ou das suas alterações posteriores, requeira um fundamento constitucional em cada um dos Estados-membros, mas construiu-se abstraindo de quais são os termos ou o alcance desta fundamentação, ou inclusive da existência real desta. Aquela sustenta que, uma vez em vigor, estes tratados têm efeito direto e primazia quer em relação à lei posterior quer em relação a cada constituição, independentemente das previsões do direito interno a este respeito. Em rigor, e dado que muitas das constituições dão aos tratados internacionais um valor supralegal, no que toca ao direito originário, as principais consequências práticas que derivam da doutrina dos dois ordenamentos são as atinentes ao efeito direto dos tratados e à impossibilidade de questionar a sua validade constitucional, seja através do controle da constitucionalidade das leis que autorizaram a sua ratificação ou da sua incorporação no ordenamento nacional (não se pode esquecer que a célebre sentença *Van Gend & Loos*, a primeira a afirmar o efeito direto dos tratados, pronunciou-se justamente na Holanda cuja jurisdição aceitara desde o começo do século a superioridade dos tratados sobre a lei)[15].



No entanto, para alguns autores, o direito comunitário e o direito constitucional nunca entram em competição. No caso de existir alguma contradição, o problema só pode resolver-se através da correspondente reforma da

[13] QUADROS, Fausto de. *Direito das comunidades europeias e direito internacional público: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu.* Lisboa: Almedina, 1991, p. 89-90 e 415-421.

[14] O Tribunal de Justiça fala de ordenamentos distintos ainda que coordenados, não de ordenamentos independentes, mas ao negar a possibilidade de que a jurisdição de cada um deles se pronuncie sobre a validade das normas que formam parte do outro e fazer caso omisso da forma e dos termos em que as Constituições articulam a coordenação, o que afirma, realmente, é a sua independência recíproca.

[15] RUBIO LLORENTE, Francisco. Constitucion Europea O Reforma Constitucional? In: Miranda, Jorge. Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976. 1. ed. Coimbra Editora, 1997, p. 705-707.

constituição, isto é, através de algum dos procedimentos definidos pela mesma e nunca mediante a aceitação de uma reforma tácita.

O direito comunitário e o direito infraconstitucional, pelo contrário, estão em competição permanente. As relações entre direito comunitário e direito interno infraconstitucional são presididas por dois princípios que se têm afirmado de maneira consistente e inequívoca desde há vários decênios e que são definidos com os termos de "eficácia direta" e "primazia"[16].

Para Lucas Pires, nem os partidários da supremacia "absoluta" ou incondicional do direito comunitário – que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem sustentado – ousaram pôr em causa o princípio da plena autonomia da organização política e administrativa dos Estados-membros. Apesar da abertura e o relacionamento das ordens jurídicas comunitária e nacional serem cada vez mais intensos, a autonomia da constituição nacional, nomeadamente no que tem a ver com a sua "identidade", pode ser considerada objeto de uma "reserva de soberania" absoluta, onde não entra sequer a ponderação do princípio da subsidiariedade.

Verifica-se o estabelecimento de uma relação "cada vez mais estreita" entre as duas ordens jurídico-políticas e no próprio novo uso do poder de revisão constitucional. Este último foi obrigado a funcionar, em 1992, pela primeira vez, de modo extraordinário, no decurso da ratificação de Maastricht e quase parecendo transformado num *item* do mesmo processo.



Tal revisão, pela origem e modo como foi efetuada, tornou-se uma espécie de instrumento de receção do direito mais "fundamental" das Comunidades na ordem constitucional interna.

Por outro lado, no caso português no que diz respeito ao compromisso constitucional com o processo de integração, da revisão de 1982 até à de 1992, há um manifesto aumento de vinculação que vai desde a viabilização do primado das normas de direito comunitário (n.º 3 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa) até à definição de um critério de partilha ou "exercício em comum", sob certas condições e finalidades, do exercício da soberania ao nível comunitário (n.º 6 do artigo 7.º da CRP), isto é, a Constituição vai ela própria passando da "decisão europeia" até à "União Europeia"[17].

Algumas das condições colocadas pelo n.º 6 do artigo 7.º da CRP oferecem dificuldades quanto à compatibilização com outros princípios constitucionais ou comunitários. Desde logo, a "reciprocidade" pertence mais à lógica do direito internacional público do que do direito comunitário. Este "exercício em comum"

[16] Ver: PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional.* 5. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 841-842.

[17] PIRES, Francisco Lucas. A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa. *In:* MIRANDA, Jorge (org.) – *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 830-850, especialmente p. 832-837, também BOULOIS, Jean. *Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général. In: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 19 e ss..

da soberania não pode, segundo Lucas Pires, ser assemelhado à partilha da separação de poderes interna. É que a organização do "exercício em comum" dos seus poderes soberanos não cabe, neste caso, à Constituição Portuguesa. Supõe a integração numa ordem de direito, poder e competência com fundamentos, estruturas e objetivos diferentes, definidos fora e para além da alçada da *Grundnörm* da Constituição Portuguesa[18].

## Relação entre direito comunitário e direito internacional

O direito comunitário abrange os tratados institutivos, os atos das instituições e os acordos concluídos entre as Comunidades e Estados terceiros ou com outras organizações internacionais. A existência de uma correlação entre o direito comunitário e o direito internacional resulta do fato do primeiro ser um direito de organizações internacionais e, enquanto tal, tem relações com o segundo. Verifica-se, com efeito, que as Comunidades, de acordo com a conceção que presidiu à sua criação, são organizações internacionais de um gênero particular. Elas deveriam ser o instrumento de uma integração progressiva dos Estados que fossem membros, numa entidade cuja existência manifestaria a "identidade europeia" no seio de uma sociedade internacional dominada, na época, pela coexistência. A realização deste objetivo supunha que as organizações internacionais com este encargo fossem constituídas seguindo um modelo diferente daquele das organizações clássicas de cooperação interestatal. Assim, o modelo sobre o qual se iria edificar a construção comunitária repousaria na criação de uma instituição econômica original – um mercado comum – cujas regras de constituição e de funcionamento implicariam não só uma integração das economias mas também, e necessariamente, das estruturas jurídicas e sociais dos Estados-membros.



As organizações que recebessem a gestão deste mercado seriam dotadas de órgãos cuja composição, as competências e as relações mútuas seriam apropriadas a esta função.

Paradoxalmente, o direito comunitário, apesar de ser uma construção de direito internacional fundada sobre os tratados, distanciou-se perante este direito, desligando-se progressivamente ao ponto de se pretender ser independente.

Mas, para alguns, o direito comunitário permanece direito internacional. Os tratados institutivos permanecem formalmente tratados, mas devem ser considerados materialmente como verdadeiras constituições, com aquilo que esta qualidade comporta como consequências para o seu regime e para a sua autoridade. Em segundo lugar, estes tratados são o fundamento da ordem jurídica própria destas organizações.

A primeira condição para que a ordem jurídica comunitária seja autônoma, é que as regras que constituem esta ordem estejam, para sua interpretação e aplicação, submetidas apenas a uma instância que lhes seja própria e que estatua seguindo as regras que ela estabelece.

[18] PIRES, Francisco Lucas. *A experiência comunitária* ..., cit., p. 838.

Os três tratados institutivos confiaram, em termos idênticos, ao Tribunal de Justiça que eles instituíram, e que se tornou comum às três Comunidades e hoje da União, a tarefa de velar pelo respeito do direito na sua interpretação e aplicação.

O arranjo do sistema jurisdicional comunitário conduz à exclusão da regra de direito internacional costumeira sobre o esgotamento das vias de recurso internas. A existência de recurso direto, que os particulares podem interpor perante o Tribunal, mas sobretudo o mecanismo de cooperação dos juízes nacionais com o juiz comunitário, graças ao procedimento do recurso prejudicial, privam a regra das suas justificações tradicionais. É sobretudo pela interpretação do direito comunitário que o Tribunal tem assegurado o desenvolvimento autônomo. Não se pode esquecer que o direito comunitário só é suscetível de uma interpretação juridicamente obrigatória e que esta interpretação é exclusivamente jurisdicional e que o Tribunal de Justiça a monopoliza. Assim, o Tribunal de Justiça recorre progressivamente aos métodos finalistas que lhe permitem privilegiar de maneira sistemática e exclusiva a tomada em consideração do objeto e do fim, em função da edificação progressiva da ordem jurídica comunitária. E, ao fazê-lo, o tribunal comporta-se de uma maneira mais próxima da do juiz interno do que da do juiz internacional.

A segunda condição para a autonomia é que a fonte de onde ele provém e sobre a qual se edifica, se autossustente, de forma a não ser preciso recorrer a princípios ou regras que o tratado não contenha. E não acontece assim. Os autores dos tratados estiveram mais preocupados com a regulamentação econômica do que com a jurídica, acrescentando-se o fato de que a construção comunitária foi concebida como uma edificação progressiva cuja realização traria novos problemas, sobretudo ligados às exigências do Estado de Direito.



Esta autonomia não parece, com efeito, substancialmente ameaçada pela introdução de princípios ou de regras mais ou menos comuns aos direitos dos Estados-membros sobre os quais o direito comunitário prevalece.

Afirma-se o caráter subsidiário do apelo ao direito internacional e, implicitamente, a sua rejeição desde que ele seja incompatível com o direito comunitário[19] [20].

[19] Diz Maria José Morais Pires que ainda não há uma opinião firme sobre o problema de saber se o direito comunitário é ou não direito internacional público. Rousseau e Van Der Meersch consideram que "ele pertence à categoria jurídica e sociológica do direito internacional". Ver em: PIRES, Maria José Morais. Relações entre o direito internacional e o direito interno em direito comparado. *In: Documentação e direito comparado - Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República*. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 144.

[20] Entre outros ver: QUADROS, Fausto de. *Direito das comunidades europeias e direito internacional público: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu.* Lisboa: Almedina, 1991, p. 171-179; BOULOIS, Jean – Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général. *In: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993,

## Aplicabilidade direta do direito comunitário originário

Quanto à aplicabilidade direta das normas comunitárias significa que estas podem gerar por si mesmas efeitos plenos de maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da sua validade. Como consequência, criam direitos e obrigações para todos aqueles que possam ser afetados pelo seu âmbito de aplicação, podendo ser invocadas perante as autoridades públicas (administrativas e judiciais), as quais têm a obrigação de salvaguardar esses direitos e obrigações. A noção de eficácia direta foi – como assinalou P. Pescatore – "uma autêntica opção jurisprudencial". Contudo, não foi uma invenção do Tribunal de Justiça que deduziu esta característica essencial mediante uma interpretação dos tratados baseada "no seu espírito, na sua economia e nos seus termos", isto é, servindo-se, em particular, dos métodos de interpretação sistemático e teleológico, isto é, de acordo com a coerência e os objetivos da norma no marco das finalidades últimas dos tratados, para cuja realização o Tribunal de Justiça deve contribuir.

Ainda que a doutrina do efeito direto nos possa parecer, hoje, elementar e de fácil compreensão, especialmente nos sistemas monistas ou de unidade de ordenamentos, nos sistemas dualistas não se aceitava a possibilidade de uma norma não nacional, por si mesma, criar direitos e obrigações para os particulares.

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia, hoje o T.F.U.E. constitui algo mais do que um acordo que se limita a criar obrigações mútuas entre os Estados contratantes, por outras palavras, aquele tratado não é um tratado como muitos outros, é "algo mais" que uma norma internacional, pois expressa a existência de relações complexas que ultrapassam as relações iniciais entre os Estados que cooperaram na adoção dos tratados.



O T.J.U.E. considera que as disposições dos tratados, ainda que destinadas, em princípio, a regular relações interestatais, podem ser invocadas pelos particulares e estes podem deduzir das obrigações assumidas pelos Estados, direitos em seu favor protegidos pelas jurisdições nacionais. Em primeiro lugar, o Tribunal apoia essa opção a partir da conceção de uma "Comunidade de povos" face à estrita organização de Estados. A União é também "algo mais" do que uma organização internacional: é uma Comunidade de povos e uma Comunidade de Estados.

Além do mais, o recurso prejudicial não se entenderia nem estaria justificado se as disposições dos tratados e do direito derivado afetassem unicamente os Estados-membros. Por que é que um juiz nacional pode considerar necessária uma sentença do T.J.U.E. para emitir a sua decisão? Por que deve dirimir esse litígio, declarando os direitos e as obrigações das partes, aplicando diretamente uma norma comunitária. Logo, as normas comunitárias, por si mesmas, podem criar direitos e

p. 40; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Introdução ao estudo do direito comunitário: sumários desenvolvidos.* Lisboa: Lex, 1995, p. 150 e ss.; CAMPOS, João Mota de. *As relações da ordem jurídica portuguesa com o direito internacional e o direito comunitário à luz da revisão constitucional de 1982.* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985.

obrigações que entram na esfera jurídica dos particulares, independentemente da legislação do Estado-membro.

Por eficácia direta entende-se que as normas comunitárias são fonte de direitos e obrigações, não só para os Estados mas também para todos os cidadãos dos países integrados na União e, em consequência, podem ser invocadas perante as autoridades administrativas e perante os tribunais de todos os Estados-membros, devendo em tais casos a autoridade administrativa ou o órgão jurisdicional correspondente atender o pedido que lhes é dirigido.

A eficácia direta tem vindo a afirmar-se de maneira ininterrupta desde a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 5 de fevereiro de 1963 (caso *Van Gend & Loos*)[21].

À luz da sentença *Van Gend & Loos,* o efeito direto significa:

> "– que as normas dos tratados podem produzir efeitos jurídicos imediatos, por si mesmas, sem precisarem de normas nacionais para a sua aplicação ou sem que estas sejam um obstáculo para a sua aplicação;
> – que os particulares podem fazer valer perante os poderes públicos nacionais os direitos que derivam das normas comunitárias e os ditos poderes devem assegurar o respeito das obrigações assumidas pelos Estados nos tratados e proteger os direitos individuais."



A qualificação de uma norma de efeito direto é uma operação complexa e por vezes difícil. A diferença em relação à primazia, que é uma noção absoluta e própria de toda a norma comunitária, é que a aplicação direta é uma noção restrita que tem de ser determinada caso a caso, ao jeito de uma construção pretoriana. O Tribunal de Justiça no caso *Van Gend* formulou vários requisitos que ampliou em outras sentenças, nos anos 60, mas a sua jurisprudência estabilizou-se e simplificou-se, mantendo unicamente dois requisitos:

> – que a norma comunitária seja "clara e precisa" ou "suficientemente precisa", no sentido em que funde uma obrigação concreta em termos inequívocos, desprovida de ambiguidades;
> – que o seu mandato seja incondicional, no sentido de que não deixe margens de apreciação discricionária às autoridades públicas ou às instituições comunitárias.

A incondicionalidade e precisão não serão alteradas pelo fato da diretiva, pela sua própria natureza, estar sujeita à intervenção legislativa dos Estados-membros[22].

[21] Ver: PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional.* 5. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 841-842; SOUSA, António Francisco. *Comunidades europeias: organização, funcionamento, regime jurídico*. 2ª ed. Lisboa: E. D., 1987, p. 84-85.

[22] O T.J.C.E. exigia este requisito na sentença *Van Gend,* mas abandonou-o na sentença de 19/12/1968, *Salgoil*, processo n.º 13/68. O Tribunal fixou que "a faculdade do Estado-

Unicamente ficará privada do efeito direto se a intervenção é expressamente prevista pela norma comunitária e seja um complemento indispensável sem o qual ela não poderá aplicar-se. Nos restantes casos, quando a intervenção do Estado resulte unicamente da simples necessidade de aplicar o tratado ou não tenha tido lugar nos prazos previstos, a norma será diretamente aplicável[23].

## Aplicabilidade direta do direito comunitário derivado

Outra categoria de atos com importância no plano das fontes de direito é constituída pelos regulamentos comunitários e outros atos normativos das organizações supranacionais (C.E.C.A., C.E.E., C.E.E.A. e U.E., hoje apenas CEEA e UE) – o direito derivado da União Europeia.

Pode proceder-se a uma taxonomia das fontes de direito derivado da União Europeia. Assim, encontramos fontes com caráter vinculativo – regulamentos, diretivas e decisões – e fontes sem caráter vinculativo – recomendações e pareceres. Dentro da primeira categoria de fontes podemos distinguir as fontes com caráter geral e abstrato – os regulamentos e as diretivas – das fontes de natureza individual e concreta – as decisões, embora algumas possuam características de generalidade e abstração. Dentro das fontes genéricas encontramos as fontes imediatas – os regulamentos – e as fontes sujeitas à condição de transposição de acordo com o direito interno de cada Estado – as diretivas[24].

A articulação entre o direito da União e o direito nacional, relaciona-se com o caráter incompleto do primeiro, que necessita de prolongamento normativo, e com as insuficiências institucionais, sobretudo no plano administrativo e judicial, que exigem ter em conta a vinculação necessária do direito nacional às pautas estabelecidas num direito comunitário ao qual se tem de assegurar uma aplicação uniforme e eficaz, mas essa referência não pode fazer esquecer que o direito desenvolvido ou aplicado está vinculado, mesmo assim, à Constituição nacional que faz imposições ao próprio legislador, especialmente fortes no caso dos direitos fundamentais, ao juiz e à administração submetidos ao princípio da legalidade.



O complemento normativo, no caso das diretivas que são objeto de transposição ou conversão, tem um diferente sentido e alcance do dos regulamentos. No caso das diretivas, há que notar que o artigo 288 do T.F.U.E. não impõe a transposição, mas estabelece a vinculação dos Estados-membros

membro de eleger entre uma multiplicidade de meios possíveis para conseguir o resultado prescrito por uma diretiva não exclui a possibilidade, para os particulares, de alegar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos cujo conteúdo pode determinar-se com suficiente precisão, baseando-se, unicamente, nas disposições da diretiva". Sentença de 19/11/1991, *Francovich*, C-6/90 e 9/90, fundamento 17.

[23] MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* 2. ed. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 199-200.

[24] PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito. *Comentário à IV Revisão Constitucional.* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 72.

à diretiva quanto ao resultado, deixando-lhes a escolha da forma e dos meios a utilizar.

A transposição – segundo estabeleceu o Tribunal de Justiça das Comunidades – deve verificar-se num prazo determinado, que só a Comunidade pode dispensar, não sendo oponíveis à dita obrigação, nem considerações particulares – tais como a lentidão do procedimento parlamentar ou a atitude dos Estados-membros – nem gerais, sobre o conteúdo da diretiva.

Para obviar os problemas que o incumprimento do prazo de transposição coloca, não se pode recorrer ao procedimento estabelecido no artigo 258 do T.F.U.E., mas sim deve seguir-se o caminho que o Tribunal de Justiça permite e que consiste em, uma vez decorrido o prazo e na medida em que o conteúdo da diretiva seja claro, aplicá-la imediatamente, sempre que a mesma não estabeleça encargos para os cidadãos.

A decisão sobre a forma e o meio de transposição é tomada pelo Estado-membro, embora respeitando determinadas exigências de clareza e segurança jurídicas fixadas pelo Tribunal e que constituem uma espécie de reserva de norma, de modo que não se aceita uma conversão mediante instruções administrativas, o que pretende o Tribunal é que a transposição se faça de modo claro e detalhado para que o cidadão em cada caso conheça os seus direitos e os possa fazer valer[25].



No caso de desenvolvimento ou complemento normativo dos regulamentos há que ter em conta que estes são diretamente aplicáveis e não necessitam de execução legislativa, de modo que o normal será que deem origem a meros regulamentos de especificação.

A integração supõe a abertura voluntária e consentida a uma ordem jurídica independente e completa com os seus órgãos de criação e aplicação. O fundamento de validade deste sistema jurídico reside no seu próprio marco constitucional (direito comunitário originário ou tratados), trata-se de um ordenamento, ainda que referido à regulação de um âmbito material limitado, sobreposto e não meramente justaposto aos direitos nacionais.

Mesmo que originariamente se esteja perante um ordenamento limitado, a determinação sobre a própria competência corresponde exclusivamente aos órgãos comunitários, de modo que não é possível o incumprimento do direito comunitário por parte dos poderes públicos nacionais nem a declaração da sua legitimidade por instâncias jurisdicionais correspondentes (Tribunais Constitucionais).

---

[25] SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integracion Europea de Portugal y España. *In* MIRANDA, Jorge (org.) – *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 799-830, especialmente p. 809-813; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Introdução ao Estudo* ..., cit., p. 150 e ss.; SOUSA, António Francisco. *Comunidades Europeias* ..., cit., p. 85 e ss.; DIAS, João Pedro Simões. *O Conselho Europeu* ..., cit., p. 377 e ss.; CAPOTORTI, Francesco. Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 336 e ss..

Só este modo de entender a integração, como abertura absoluta do direito nacional a um ordenamento exterior autônomo e, portanto, com o seu próprio sistema de validade, permite captar adequadamente os princípios de supremacia e eficácia imediata do direito comunitário, sem os quais este ordenamento não poderia assegurar uma vigência completa e igual em território europeu.

Com efeito, as normas comunitárias, que são criadas por um poder público supranacional independente dos Estados-membros e que pertencem por isso a um ordenamento distinto, não precisam ser ratificadas nem podem ser derrogadas. Impõem-se ao direito nacional anterior ou prevalecem sobre o posterior, não em razão da sua superioridade hierárquica, pois as ditas normas não pertencem ao mesmo sistema, mas sim devido à preferência que o direito comunitário goza para cumprir com a sua pretensão de vigência e que foi assumida sem reservas por todos os ordenamentos nacionais.

A primazia do direito comunitário supõe que perante um conflito entre uma norma comunitária e uma norma nacional qualquer que seja o seu valor hierárquico, o juiz, por si, como órgão do ordenamento comunitário, e sem intervenção a este respeito do Tribunal Constitucional, não aplique o direito nacional que nesse caso concreto será afastado pela norma comunitária com a qual eventualmente colida. No caso dos regulamentos, o efeito direto resulta do artigo 288 do T.F.U.E., no que diz respeito às diretivas, e apesar da necessidade ordinária de transposição, a jurisprudência comunitária tem permitido a sua alegação direta pelos particulares se o seu conteúdo é claro e não requer posterior concretização, já que outra coisa seria violação do tratado, privando-se o cidadão das vantagens da diretiva[26].



A *European Comunities Act* de 1972, que no Reino Unido autorizou a ratificação dos tratados, fixa também o princípio da força do direito europeu na ordem interna e inclusive a sua primazia, enquanto o Parlamento não disponha diferentemente. A interpretação que os tribunais britânicos fizeram destes princípios assegura a primazia do Direito Comunitário sempre que não seja inequívoca a vontade do Parlamento de não atender à obrigação que impõe a sua pertença à Comunidade. As Constituições da Alemanha e de França coincidem na introdução de enérgicas afirmações de pertença à União e de compromisso no seu progressivo desenvolvimento, mas a partir daí seguem vias distintas. A "nacionalização" do Direito Comunitário estende a campos novos o problema do controle da constitucionalidade deste e acrescenta a possibilidade de utilizar o Direito europeu como parâmetro de constitucionalidade para ajuizar, tanto a validade das normas internas, como a aplicabilidade interna do Direito Comunitário derivado. Em França, essa possibilidade de utilizar o Direito Comunitário como medida da constitucionalidade do direito interno, foi afirmada por alguns autores a partir da referência que a decisão do Conselho Constitucional de 2 de Setembro de 1992, a chamada Maastricht II, fez à menção

[26] Ver: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones ..., cit., p. 800-803.

que no novo artigo 88-3 da Constituição se faz do artigo 22 do T.F.U.E. (19 do TCE e anterior artigo 8-B do T.C.E.E.). Na Itália, o Tribunal Constitucional pô-la em prática na sentença n.º 384/1994. É, contudo, na Alemanha onde se têm retirado mais consequências desta nova articulação entre direito interno e direito comunitário, que estabelece uma imbricação profunda entre ambos. Na célebre sentença, de 12 de outubro de 1993, que revogou explicitamente a doutrina da sentença *Eurocontrol* (nesta sentença o Tribunal tinha defendido que a queixa por violação dos direitos fundamentais só poderia dirigir-se contra atos dos poderes públicos alemães, o que excluía a possibilidade de atacar por esta via os atos das autoridades comunitárias, mas não os atos de autoridades alemãs em aplicação do direito comunitário), o Tribunal afirmou que o seu dever é garantir a vigência plena desses direitos em território alemão, independentemente de ser ou não alemã a autoridade à qual se imputa a sua violação. No restante, o Tribunal manteve, no que respeita aos direitos fundamentais, a sua doutrina anterior. O Tribunal Constitucional Alemão afirma a sua competência para controlar o direito derivado desde o ponto de vista dos tratados, tendo em conta o caráter limitado das competências transferidas (e talvez desde a perspectiva do princípio da subsidiariedade, explicitamente consagrado na Constituição como princípio essencial do sistema comunitário). A decisão alemã salva formalmente o monopólio do Tribunal de Justiça para controlar a validade do direito comunitário, reduzindo a competência que para si reivindica de controle de aplicabilidade desse direito em território alemão[27].



Na doutrina portuguesa, segundo Gomes Canotilho, a Constituição da República Portuguesa ponderou o problema do valor das normas de organizações internacionais das quais Portugal faça parte, estabelecendo que elas "vigoram diretamente na ordem interna desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos" (cfr. artigo 8, n.º 3, da CRP). Além disso, observadas as condições de reciprocidade, o princípio da subsidiariedade e o objetivo da realização da coesão econômica e social, pode convencionar-se "o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia" (cfr. artigo 7.º, n.º 6, da CRP)[28].

---

[27] RUBIO LLORENTE, Francisco. *Constitucion Europea* ..., cit., p. 711-712. E RUBIO LLORENT, Francisco. *Constitucionalism in the "integrated*". *Harvard law school – the jean monnet chair.* ed. 1998 [citado em 9/02/99]. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs jean monnet/papers/98/98-5-.html.

[28] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional: Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 724, não existindo correspondência na 5.ª edição desta obra, de 2002. Pode ver-se, entre outros: CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário. O ordenamento jurídico comunitário.* 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 233 e ss.; do mesmo autor *As relações da ordem jurídica portuguesa com o direito internacional e o direito comunitário à luz da revisão constitucional de 1982.* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 297 e ss.; MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 1. ed. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 149 e ss..

Dizem Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que o n.º 3 do artigo 8.º da Constituição (acrescentado à redação inicial do artigo, pela revisão constitucional de 1982) teve em vista conceder vigência na ordem interna ao direito comunitário derivado, isto é, às normas e aos atos emanados dos órgãos das Comunidades Europeias, na perspectiva da adesão de Portugal às Comunidades, que veio a ocorrer a partir de janeiro de 1986. O sistema adotado foi o da aplicabilidade direta com o sentido de aplicabilidade imediata e automática na ordem interna, sem necessidade de interposição de qualquer ato legislativo, regulamentar ou administrativo da parte do Estado português. Aplicabilidade direta porque ela consiste num conceito fundamental do direito comunitário e aplicabilidade automática e não receção automática porque, quanto ao direito comunitário, não se coloca o problema da sua receção pelo direito interno[29].

Diz, no entanto, Silva Cunha que, a partir da revisão constitucional de 1997, se excluem da regra geral do n.º 3 do artigo 8 da CRP, as diretivas, as quais, nos termos do n.º 9 do artigo 112, só podem ser transpostas para a ordem interna sob a forma de lei ou de decreto-lei, adotando-se assim, de acordo com a sua opinião, o método da transformação[30].

Para Jorge Miranda, este artigo foi fortemente criticado: em primeiro lugar, por conferir ao direito comunitário derivado um regime mais favorável do que aquele que concede ao originário, composto pelos tratados que instituíram as Comunidades e pelos que as modificaram[31]. De fato, enquanto que ao primeiro é concedido aplicabilidade direta, os tratados comunitários aparecem diluídos na categoria genérica dos tratados internacionais e sujeitos, como todos estes, à cláusula geral de receção plena, ainda por cima condicionada, ignorando a Constituição que, aos preceitos dos tratados comunitários, a jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, com o apoio da doutrina, reconhece efeito direto na ordem interna dos Estados, ou seja, a possibilidade de qualquer sujeito de direito interno invocar, em Tribunal nacional ou perante à administração, um desses preceitos para afastar a aplicação de uma norma nacional contrária. Não há qualquer razão para que o Direito Comunitário não tenha um único e mesmo regime de vigência na ordem interna portuguesa, independentemente de ser originário ou derivado, isto é, independentemente da sua fonte, e muito menos se compreende que o direito comunitário de fonte superior – o originário – tenha um regime de vigência menos favorável do que o de fonte inferior – o derivado[32]; em segundo lugar, por só atribuir



[29] Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3 ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 112 e 113.

[30] Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de direito internacional público*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 116, pé-de-página n.º 128.

[31] Ver: MIRANDA, Jorge. *As relações entre a ordem internacional e ordem interna na actual Constituição Portuguesa*. *In AB VNO AD OMNES* – 75 Anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 275-301, especialmente p. 281 e 282.

[32] Ver PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito* ..., cit., p. 113 e 114.

aplicabilidade direta às normas emanadas dos órgãos das Comunidades Europeias, esquecendo-se que dentro das normas e dos atos de direito derivado, a que se refere o preceito geral sobre a matéria (que no T.C.E.E. era o artigo 189 e hoje é o artigo 288 do TFUE.), também gozam de aplicabilidade direta as decisões dos órgãos da Comunidade, quando têm como destinatários sujeitos de direito interno dos Estados. Ora essas decisões são autênticos atos administrativos definitivos e executórios, portanto, atos individuais e não normas. É certo que na revisão de 1989, o legislador constituinte eliminou do texto do n.º 3 do artigo 8 o advérbio "expressamente", mas essa alteração em nada salvou o preceito. De fato, expressamente ou não, os tratados comunitários, e concretamente o citado artigo, reconhecem aplicabilidade direta aos regulamentos e às decisões que se dirigem às pessoas singulares e coletivas do respectivo Estado, ora o artigo 8, n.º 3, ao falar em "normas" continua a abranger apenas os regulamentos. Por outro lado, a modificação introduzida não resolveu a omissão da referência às diretivas e às decisões que se dirigem aos Estados e não aos seus sujeitos internos, que gozam de efeito direto e não de aplicabilidade direta[33]; e em terceiro lugar, porque toda a filosofia que preside à letra e ao espírito deste n.º 3 do artigo 8, enferma de um erro de base, porque aquilo sobre o que a Constituição tinha que dispor não era a vigência do direito comunitário na ordem interna, mas sim sobre a legitimação constitucional dos limites do poder soberano do Estado Português, resultantes da adesão[34]. Aquele professor não vê como, por mais específicos que sejam os tratados institutivos e modificativos das Comunidades, eles possam estar sujeitos a um regime diverso dos demais tratados[35].



## Bibliografia complementar específica

CAMPOS, João Mota de e CAMPOS, João Luís Mota de. *Manual de Direito Europeu.* 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.382-386;

CAMPOS, João Mota de. *As relações da ordem jurídica portuguesa com o direito internacional e o direito comunitário à luz da revisão constitucional de 1982.* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 285 e ss.

DIAS, João Pedro Simões. *O conselho Europeu e a ideia da Europa*. Aveiro: Fedrave, 1995, p. 361 e ss.;

GAUTRON, Jean-Claude. *Direito europeu: sumários de história e jurisprudência.* Tradução de: Maria Manuela Morais Cunha, Maria José V. Chena Borrego e Maria Rosa Figueiredo. 1. ed.. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1992, p. 170 e ss.;

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 401-404.

KOVAR, Robert. As relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais. *In: Comissão das Comunidades Europeias (org.)* – "Trinta anos de Direito Comunitário". Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 115-154, especialmente p. 138 e ss.

[33] Ver PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de direito* ..., cit., p. 114 e 115 e MIRANDA, Jorge – *As relações entre* ..., cit., p. 281 e 282.

[34] MIRANDA, Jorge – *As relações entre* ..., cit., p. 115.

[35] Ver MIRANDA, Jorge – *As relações entre* ..., cit., p. 281 e 282.

LOUIS, Jean-Victor. *A ordem jurídica comunitária*. 3. ed., revista e aumentada. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 38 e ss.;
MATHIJSEN, P. S. F. R.. *Introdução ao direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 409-410;
RAMOS, Rui Manuel Moura. As Comunidades Europeias – Enquadramento normativo-institucional. *In: Documentação e direito comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República. N.º 25/26: (1986), p. 7-105, especialmente p. 99 e ss.;
SOUSA, António Francisco. *Comunidades europeias: organização, funcionamento, regime jurídico*. 2. ed., Lisboa: E. D., 1987, p. 94;
TEIXEIRA, António Fernando Dias. *A natureza das comunidades europeias: estudo político-jurídico.* Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 230 e ss.;
WITTE, Bruno. Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. *In* GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de. *The Evolution of EU Law*. 1. ed. Oxford: University Press, 1999, p. 177-213.

# Eficiência jurídica e econômica do estado: uma perspectiva sistêmica social

**Marcio Caldas de Oliveira**[1]
**José Maria Machado Gomes**[2]

**Resumo**

O presente trabalho tem como propósito discutir o conceito de eficiência jurídica e econômica do Estado, analisando o Direito e a Economia a partir de dois parâmetros: Uma avaliação sistêmica, diante da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e os efeitos concretos das políticas públicas sobre o meio social em uma leitura da Escola Pragmática Americana. Os sistemas, jurídico e econômico se acoplam estruturalmente ao meio social criando um intercâmbio indireto entre as ciências, jurídica e econômica, estimulando e recebendo estímulos do meio. A eficiência das políticas públicas do Estado será atingida quando for validada pelos estímulos de cada sistema ao meio, diante de suas consequências positivas sobre o mesmo.

**Palavras-chave:** Eficiência. Direito e economia. Teoria dos Sistemas. Pragmatismo.

**Abstract**

This paper aims to discuss the concept of legal and economic efficiency of the state, analyzing Law and Economics from two parameters: A systematic evaluation from the Social Systems Theory of Niklas Luhmann and the practical effects of public policies on the social environment in a pragmatic reading from American Pragmatic School. Systems, legal and economic are coupled structurally to the social environment, creating an indirect exchange between the sciences, Law and Economic, and thereby encouraging him receiving stimuli. The efficiency of public policies of the state will be reached whenvalidated by the stimuli of each system on the social environment, in front of their positive effects on it.

**Keywords:** Efficiency. Law and Economics. Systems Theory. Pragmatism.

[1] Advogado Tributarista; Mestre em Direito pela UGF; LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ; especialista em Direito Público pela ESA/RJ. Professor e Coordenador Técnico dos Programas Executivos de Pós-graduação do IBMEC-RJ. Contato: marciocaldas.rj@gmail.com.

[2] Economista com Pós-doutorado em Administração Pública pela EBAPE-FGV/RJ e Doutorado em Direito Econômico pela UGF; professor do Programa *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho (UGF). Professor e Coordenador Acadêmico dos Programas Executivos da Pós-graduação do IBMEC-RJ. Email: jomagomes63@gmail.com.

## Introdução

O Estado contemporâneo deve ser eficiente? A eficiência das políticas públicas do Estado pode ser vista como um pressuposto de legitimidade de seus dirigentes? As respostas afirmativas a essas questões parecem se traduzir em mera reflexão do que se espera do Estado. Todavia, a questão pode assumir complexidade maior quando se argui o que é efetivamente "eficiência" e como se pode demarcar padrões de eficiência a serem produzidos e cobrados do Estado.

George Stigler declarou a dificuldade das ciências sociais, em razão de ter como principal elemento de análise os seres humanos, influenciados que são por diferentes práticas e políticas que acabam por modificar as próprias concepções originais[3], e nesse sentido, o próprio conceito de eficiência vai se moldar ao meio social para assumir uma dimensão concreta e não somente teórica.

O conceito de eficiência, portanto, permeia o meio social, em ideias e desdobramentos concretos lastreados por diferentes concepções filosóficas, nas quais ciência econômica vai contribuir com importantes considerações sobre o que de fato é eficiência sob o ponto de vista da economia, enquanto o direito traduzirá eficiência para o universo jurídico, avaliando perspectivas legais. Elementos advindos do mercado como conceitos de administração privada também buscam definir tecnicamente eficiência.

No final, o que importa de fato é que haja uma convergência interpretativa nos muitos sistemas sociais, a produzir um Estado reconhecidamente eficiente pela população pela qualidade de suas políticas públicas.



Nesse sentido, pretende-se abordar os conceitos, jurídico e econômico de eficiência, para analisá-los segundo sistemas sociais e, diante de uma análise pragmática, buscar uma convergência interpretativa do que seja eficiência.

## A escola de Law & Economics

A escola americana de *Law & Economics*, traduzida no Brasil por Direito & Economia[4], percebe o universo jurídico e o econômico como dois sistemas, que embora autônomos, são interligados através de influências recíprocas de sua produção e atuação.

Nesse sentido, o direito pode ser discutido como um sistema que *aloca incentivos e responsabilidades*[5] no sistema econômico, que na mesma medida influencia a construção normativa através das consequências e demandas econômicas produzidas sobre a sociedade.

---

[3] STIGLER, J. George. *A teoria do preço: análise microeconômica*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1968, p. 17.

[4] Pinheiro apresenta a tradução, mas pela pouca difusão da escola no Brasil e pela sua complexidade de ideias, optamos por manter a expressão original inglesa, de forma a evitar uma visão minimalista de direito e economia como dois sistemas independentes, para a exata visão de uma interseção através de sistemas que mutuamente se refletem e se influenciam. PINHEIRO, 2005, p.83.

[5] PINHEIRO, op. cit, p. 84.

Essa correlação sistêmica acaba por buscar maior efetividade tanto normativa quanto jurídica, na medida em que ambos os sistemas passam a funcionar de forma mais harmônica.

Em uma leitura da Escola de *Law & Economics*, a produção jurídica deve se coadunar com os desdobramentos socioeconômicos esperados pelo Estado e pelo mercado, e tais desdobramentos devem se ater aos mecanismos jurídicos preexistentes, de forma que ambos os sistemas influenciam e sofrem influencias recíprocas. Ou seja, uma produção normativa deve perceber consequências econômicas a partir de regras legais instituídas e políticas públicas definidas.

## Eficiência no sistema econômico

A eficiência para o sistema econômico está atrelada à uma concepção de redução de custos e otimização de resultados e esta tem sido vista, juntamente com o aumento dos recursos produtivos, fator preponderante para o crescimento econômico de um Estado.[6] Diversas análises podem ser feitas e diversos modelos econômicos e matemáticos já foram desenhados.

Entretanto, eficiência sob o ponto de vista econômico vai além da noção de custos para alcançar os efeitos positivos advindos de uma escolha em detrimento de outra. Na ideia de eficiência estatal, qualquer política pública, ao ser implementada, gera efeitos positivos e negativos, de acordo com diferentes perspectivas, de forma que mais eficiente será a política pública que resultar em uma maximização do resultado, oferecendo efeitos positivos que suplantem os negativos, o que de certo, vai muito além de uma relação simples de redução de custos.



Como marco teórico importante, há de se destacar a teoria da "eficiência de Kaldor-Hicks"[7], onde só há eficiência quando o produto da vitória excede os prejuízos da derrota, aumentando, portanto, o excedente total.

Dessa ideia, em qualquer relação social ou econômica, haverá de se realizar escolhas, e o produto do resultado dessas escolhas irá se desdobrar em consequências positivas em um dos polos, e negativas, do outro. Sendo o produto da vitória maior que o prejuízo da derrota, haverá um resultado líquido positivo, e, portanto, eficiente.

Então, aplicando Kaldor-Hicks, se uma política pública possui diversas possibilidades e consequências ao ser adotada, ela será eficiente se as consequências positivas sobre a sociedade suplantarem os possíveis efeitos negativos.

O mecanismo operativo gerado pela aplicação de Kaldor-Hicks passa necessariamente por um juízo de valor desses efeitos positivos e negativos, o

[6] STIGLER, J. George. A teoria do preço: análise microeconômica. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1968.p. 29.

[7] Esta não é a única teorização utilizada pela Escola, sendo marcadamente importantes a "Eficiência de Pareto", que analisa a questão sobre um prisma mais individual, e o Teorema de Coase, este último com um reflexo das posturas do indivíduo na busca de uma opção mais eficiente, onde discute-se o custo na relação entre os atores econômicos. Sobre o tema, por todos, PINHEIRO, 2005.

que torna necessária a aplicação analítica do chamado custo de oportunidade e vantagem comparativa. Trata-se de uma avaliação do custo econômico da oportunidade abandonada em função da opção escolhida. Assim, a análise da qualidade da opção passa por uma reflexão sobre as perdas pela opção renunciada.[8]

Contextualizando tanto Kaldor Hicks quanto o custo de oportunidade e análise comparativa, as recentes discussões sobre o modelo de segurança pública adotado pelo Estado do Rio de Janeiro com a implantação das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora (UPP´s) nas favelas fluminenses questionavam a vantagem de se tomar os locais de pacificação através de incursões policiais com efeito surpresa, a fim de se tênar prender um número maior de criminosos locais, ou anunciar previamente as operações policiais, de forma a evitar o confronto com os criminosos. Realizando uma leitura de eficiência, segundo Kaldor-Hicks, o Estado precisou contrapor a permissividade de escape dos criminosos da comunidade, colocando em risco, talvez, outras áreas e localidades, para evitar um confronto que gerasse um possível grande número de feridos, moradores dessas comunidades carentes. Nesse caso, entendeu o Estado haver um resultado líquido positivo quando se evita o confronto, avisando previamente a população das operações, mesmo sabendo do risco de evasão de criminosos.

## Eficiência no sistema jurídico



O dever do Estado em ser eficiente, apesar de muitos entenderem tratar-se de uma ideia implícita e inerente à sua própria função institucional, foi positivado por diversos sistemas jurídicos, e, em especial, no Brasil, por ocasião da inclusão via Emenda Constitucional nº 19/98, que institucionalizou o tido princípio da eficiência, e acendeu o debate sobre as especificidades jurídicas da eficiência administrativa do Estado.

Paulo Modesto adverte que, mesmo antes da Emenda Constitucional, nunca houve autorização constitucional para que o Estado fosse ineficiente, e que a ideia de eficiência já era preconizada por Hely Lopes Meirelles como "o mais moderno princípio da função administrativa". Acrescenta ainda, que o termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência, mas explorado pelos juristas passa a ser construído e explorado com sentido jurídico próprio diante do ordenamento nacional. Dessa exploração jurídica percebe e entende eficiência como uma "aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos". Dessa premissa, Paulo Modesto percebe duas importantes dimensões jurídicas da eficiência: uma "dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios" e uma "dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública".[9]

[8] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e economia*, 2010, p. 53.

[9] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *In: Revista Diálogo Jurídico.* Vol. I, nº2. 2001.

De fato, o preceito da eficiência pode assumir uma "multiplicidade de conceitos" a partir da agregação de conteúdos distintos.[10] Segundo Fernando Leal, a doutrina jurídica leva o conceito "além de um conteúdo estritamente econômico", para atender exigências de qualidade, eficácia e produtividade. Segundo o autor, uma importante dimensão jurídica de eficiência que vai além da dimensão econômica "privilegia a análise do resultado", considerando eficiente "a conduta que permite o alcance dos fins buscados pelo agente" a partir de uma interpretação da decisão do Egrégio STF no HC 68.898/SP.[11]

Buscando também uma dissociação simplista entre o conceito econômico atrelado à otimização de custos, Alexandre Santos de Aragão entende eficiência como "um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos."[12]

## Sistemas jurídico e econômico enquanto sistemas sociais

Para uma análise conciliadora e convergente de eficiência, a partir dos sistemas jurídico e econômico, *mister* que se os compreenda enquanto sistemas sociais. Para tanto, recorreremos à Teoria Geral dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.[13]

O marco inicial para uma Teoria dos Sistemas Sociais[14] baseia-se fundamentalmente no conceito de diferença. Na medida em que o sistema sofre influências e influencia o meio, criando-se uma impossibilidade de se dissociar sistema e meio, o sistema passa a ser visto como uma diferença entre ele próprio e o meio, ou, nas palavras de Luhmann, o sistema deve ser definido como uma diferença resultante da própria diferença entre sistema e meio.



Nesse sentido, tomando o sistema jurídico constitucional como balizador, há uma relação direta entre o mesmo e o meio social que o alimenta. Noutras palavras, a sociedade, se lida como meio no qual se insere o sistema constitucional,

[10] LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.* Nº 15. <<HTTP://www.direito do estado.com.br>> Acesso em 30 de janeiro de 2012.

[11] Op. cit.

[12] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. *In:* Revista de Direito Administrativo nº 237. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[13] Utilizaremos nesse tópico, a obra original de Niklas Luhmann *Introdução à Teoria dos Sistemas*, como balisadora para a discussão do conceito de eficiência inserido nos sistemas jurídico e econômico. As discussões se dão a partir de uma resenha da obra, permeada pela contextualização da questão da eficiência. LUHMANN, Niklas. **I***ntrodução à Teoria dos Sistemas [Livro]* / trad. Nasser Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

[14] A Teoria dos Sistemas foi criada em meados da década de 30, e divulgada após a Segunda Grande Guerra. Em 1954, Von Bertalanffy e Anatol Vapoport, biólogo e matemático, respectivamente, fundaram a Sociedade para Teoria Geral dos Sistemas. Diante dos trabalhos já produzidos até então, Niklas Luhmann apresentou, uma Teoria Geral dos Sistemas Sociais.

marca a identidade do próprio sistema quando demarca a diferença entre eles. Na lição de Barroso, há uma dimensão suprapositiva onde a Constituição é permeada por elementos externos[15], ou seja, o meio marcadamente permeia o sistema, e a partir dessa diferença é possível ler o próprio sistema.

Em outro exemplo conceitual, o sistema jurídico, ao buscar soluções jurídicas para as questões, confere natureza jurídica aos elementos factuais do meio antes de dar-lhes tratamento adequado. Ou seja, o meio apresenta valores que influenciam o próprio sistema jurídico. Assim, o meio, aqui traduzido como um elemento factual, marca uma diferença entre ele mesmo enquanto fato e ele enquanto fato jurídico. Essa diferença acaba por ser traduzida como natureza jurídica, portanto, uma diferença que se traduz como o próprio sistema.

Assim só é possível compreender o que é eficiência jurídica por sua diferença para o que é socialmente definido pelo meio como eficiência.

Isso pode ser também explicado através do chamado acoplamento estrutural, baseado na ideia de que nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo, mas diante do meio, já que o próprio sistema é a diferença entre ele mesmo e o meio.

Não há um acoplamento estrutural entre sistemas, mas entre sistema e meio, então, o sistema jurídico está acoplado estruturalmente ao meio social, assim da mesma forma está o sistema econômico.

O sistema marca sua diferença com o meio através de uma única operação, sempre que medeia o fator tempo, já que uma operação sem tempo seria um mero acontecimento. Mesmo porque não há como se definir o tempo sem referenciá-lo a partir de um sistema, posto que relações de tempo diferem diante de parâmetros diversos. Se as operações, diante do fator tempo, tornam-se recursivas, resulta-se um sistema. Então, a conexão intertemporal entre operações de seu próprio tipo, excluindo as demais, cria a diferença entre sistema e meio e, portanto, cria o próprio sistema.



Nessa concepção, a recursividade das operações, nascidas a partir de um tipo único de operação cria uma circularidade estrutural, uma *autopoiesis* (Maturana), onde o próprio sistema produz a si mesmo a partir de determinado momento evolutivo. No sistema, existe, portanto, uma autorreferência que induz articulações subsequentes.

Assim, soluções para o sistema jurídico são encontradas pelo próprio sistema jurídico, utilizando-se elementos jurídicos, criando a circularidade jurídica, o que não afasta a ideia de que tais concepções jurídicas foram advindas da diferença produzida entre o meio social e o próprio sistema jurídico.

Segundo Niklas Luhmann, os sistemas sociais só podem nascer a partir da comunicação, enquanto elemento e fenômeno único capaz de gerar circularidade, já que a partir da comunicação gera-se nova comunicação umbicada nas comunicações tanto antecedentes como subsequentes. A comunicação é uma

[15] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Direito e democracia/ Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas.* Vol. 3, n. 2. Canoas: Ulbra, 2002, p. 373.

operação eminentemente social e, segundo Luhmann, a única, já que reúne um concurso de inúmeros sistemas de consciência, mas, enquanto sistema, não se liga isoladamente a nenhuma.

Então, pelo elemento comunicação, o sistema jurídico e o sistema econômico absorvem do meio os ideiais de eficiência e, por uma *autopoiesis*, buscam internamente definir o que percebem por eficiência jurídica e eficiência econômica para dar-lhe tratamento adequado. Então, a circularidade econômica soluciona a eficiência no âmbito estritamente econômico, assim como a mesma circularidade cria uma solução jurídica no bojo do sistema jurídico.

A partir dessa circularidade nasce a ideia de encerramento operativo, onde o sistema estabelece seus próprios limites, na medida em que suas operações por serem circulares, são exclusivas. No processo comunicativo dos sistemas sociais, uma comunicação estabelece conexão própria com a comunicação seguinte a partir de processos comunicativos anteriores. De alguma maneira, o sistema se satisfaz a partir de suas próprias operações, dependendo de sua própria organização. Dessa forma, a estruturação ou reestruturação do sistema surgem unicamente do próprio sistema.

Quanto à possibilidade de dependência do sistema ao meio, Luhmann aduz tratar-se de uma relação estritamente causal. Trata-se apenas de uma maneira de observação de como o sistema sofre efeitos internos a partir do meio.

É preciso observar ainda que, quanto mais complexo é o sistema, ou seja, quanto mais sua capacidade operativa se incrementa (e, portanto, em tese, mais autônomo se torna), ao ter incrementada sua capacidade de absorção de influências do meio, torna-se, ao mesmo tempo, mais dependente. Ou seja, a complexidade maior do sistema jurídico fez com que maiores digressões acerca do que é socialmente aceito como Estado eficiente, gerando, por conseguinte, maior influência do meio sobre suas soluções internas.



Sintetizando ideias, o acoplamento estrutural surge como estímulo do meio sobre o sistema, enquanto a *autopoiesis* surge da circularidade de operações do próprio sistema, surgida a partir desse estímulo. Exemplificando, o acoplamento faz com que o meio explicite a ideia de Estado eficiente para o sistema econômico, que, por *autopoiesis,* define uma eficiência estatal a partir da otimização de recursos nas políticas públicas.

Luhmann, então, preconiza três novas perspectivas teóricas e suplementares: O *input/output*, o *feedback* negativo e o *feedback* positivo.

O esquema de *input/output* revela uma indiferença do sistema em relação ao meio de forma que os estímulos provenientes do meio se dão a partir de um intercâmbio decidido pelo sistema, como que numa espécie de autonomia relativa, onde, de alguma forma, ainda que as influências sejam necessárias, a qualidade e a forma da internalização dos estímulos do meio se dão por decisão do sistema, e dele próprio se decide o *output* com o meio, o que vai gerar intercâmbio com outros sistemas.

Isso significa que o sistema jurídico recebe a comunicação do meio do elemento eficiência e o internaliza de forma singular e independente, da mesma forma que o sistema econômico, de onde se percebe porque tanto o sistema jurídico quanto o sistema econômico se debruçam sobre o conceito de eficiência, construindo estruturas próprias de significado.

As relações de *input/output* podem ser vistas ainda segundo o modelo da cibernética chamado *Black Box* no qual não se pode conhecer a complexidade interna do sistema, mas somente as regularidades de suas relações externas. Ou seja, somente é possível conhecer o sistema internamente por sua interação externa com o meio, de forma a evidenciar a indissociabilidade entre sistema e meio. Disso, compreende-se que a natureza jurídica da eficiência ou o seu sentido econômico só podem ser compreendidos a partir da análise do meio em que se inserem.

O modelo do *feedback* negativo se desenvolve a partir da ideia de que deve existir um mecanismo para aferir a distância ou a mudança de estado no meio ou, noutras palavras, uma possibilidade do sistema medir certas informações que expressem a diferença do estado e o meio, para viabilizar respostas que gerem estabilidade. Nesse sentido, os sistemas jurídico e econômico vão tentar medir e valorar seus conceitos de eficiência a partir de sua efetividade no meio, de forma a tentar produzir estabilidade à medida em que a eficiência jurídica, por exemplo, seja de fato concretizada enquanto eficiência no meio social.



No modelo do *feedback* positivo, se tem a compreensão de que há uma tendência do sistema em, diante de um estímulo do meio, mudar radicalmente seu estado inicial, aumentando o distanciamento entre sistema e meio. De forma que, no modelo de *feedback* positivo, pretende-se não mais a estabilidade do sistema, mas dimensionar a capacidade do sistema em suportar mudança, ou seja, quanto é possível introduzir no sistema sem levá-lo ao colapso. Assim, se a sociedade modifica seus parâmetros, por exemplo, exigindo padrões diferenciados de governança e disso reflete uma nova perspectiva de eficiência do Estado, os sistemas jurídico e econômico reagem, buscando redimensionar seus valores de eficiência.

Em suma, sistemas jurídicos e econômicos se acoplam ao meio social, não havendo acoplamento estrutural entre sistemas. As leituras internas, quando conduzem a uma visão sistêmica entre jurídico e econômico, devem ser lidas a partir do meio e não de uma relação direta.

Note-se, contudo, que qualquer leitura do meio e do próprio sistema será gerada por um observador que, segundo Luhmann, também se insere no próprio sistema, e ao receber influências não terá capacidade plena para gerar leituras totalmente isentas.

Todavia, ainda assim, ações sistêmicas equivocadas, acabarão por gerar de forma autopoiética, novas conformações do próprio sistema, que sinalizará, mais cedo ou mais tarde, dada sua circularidade, uma alternativa para reacomodação entre meio e sistema.

## Eficiência do estado: análise da escola pragmática

Resta analisar como avaliar os impactos do meio social sobre o sistema jurídico e sobre o sistema econômico para identificar e valorar as respostas oferecidas por esses sistemas ao meio e, consequentemente, a reflexão transmutada desse meio sobre os demais elos dos sistemas sociais.

Razoável que se busque os efeitos concretos que esses sistemas geram sobre o meio e as interferências fáticas que o meio induz sobre o sistema, produzindo consequências sistêmicas internas.

A escola do pragmatismo americano sustenta que, se há uma ausência de diferença prática entre elementos observados, as alternativas significam a mesma coisa. De forma que o significado de qualquer proposição existe apenas diante da verificação de suas consequências. Dessa forma, há de se ter uma experimentação lógica dos conceitos para avaliação de suas consequências e, a partir dessas consequências, validar-se o próprio conceito.[16]

Nessa ótica, o conceito de eficiência precisa transpor o sistema para validar-se diante das consequências geradas no meio. Se o meio social não apresenta indícios concretos de eficiência, o conceito não pode ser ratificado por trabalhar no campo das ideias e não gerar efeitos práticos.

Dessa forma, conceitos de eficiência do sistema jurídico e do sistema econômico serão complementares quando puderem refletir consequências práticas no meio e serão inúteis se não ultrapassarem o campo das ideias para o mundo factível do meio social.



Na medida em que o sistema gera conceitos desconectados com efeitos práticos sobre o meio social, a diferença entre sistema e meio acaba por efeito autopoiético, substituindo o conceito para uma proposição mais adequada.

## Conclusão

A dinâmica social impõe fatores que dificultam uma compreensão uniforme e estática de institutos como a eficiência. Uma compreensão sistêmica, nesse sentido, parece ser mais adequada.

A escola de Law & Economics apresenta um ideal de interseção entre componentes jurídicos e econômicos para se chegar de forma combinada a um conceito adequado de eficiência. Todavia, os componentes jurídicos e econômicos, enquanto sistemas sociais, não devem se entrelaçar de forma aleatória, mas se reportarem ao meio social para, diante do mesmo, se refletirem sobre os demais sistemas, testando assim a própria eficiência do conceito de eficiência. Ou seja, quando o direito vislumbra noções simplistas de redução de custos ou quando a economia despreza o caráter legal, o fazem por equivocadamente traçarem interseções direitas entre as ciências, quando

[16] POGREBISNKI, Thamy. A matriz filosófica do pragmatismo. In: POGREBISNKI, Thamy. Pragmatismo: *teoria social e política. Rio de Janeiro*: Relume Dumará, 2005.

deveriam buscar uma interconexão sistêmica exatamente a partir do meio social.

Nesse contexto, uma análise pragmática da eficiência a partir do meio induz a uma melhor compreensão dos efeitos desse sobre os sistemas e o retorno reflexivo desses sistemas sobre o mesmo meio, eis que, na marcação dessas diferenças, pode-se identificar consequências e desdobramentos práticos que gerem efetividade ao conceito.

Eficiente é o Estado que administra de forma sistêmica ações e custos, aumentando índices de qualidade na execução de suas políticas públicas, em comparação direta aos efeitos negativos gerados pelas mesmas a partir dos limites legais e dos recursos econômicos disponíveis no meio.

## Referências bibliográficas

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Nº 5. <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 30 de janeiro de 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da Eficiência. ***In:*** Revista de Direito Administrativo nº 237. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: *Revista Direito e democracia / Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas*. Vol.3, n.2. Canoas: Ulbra, 2002.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e economia***.** 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodologica do dever constitucional de eficiência. *In: Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico. Nº 15*. <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 30 de janeiro de 2012.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas [Livro]*/trad. Nasser Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o principio constitucional da eficiência. *In: Revista Diálogo Jurídico. Vol. I, nº2.* 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADI, Jairo. *Direito, economia e mercados.* São Paulo: Elsevier, 2005.

POGREBISNKI, Thamy. A matriz filosófica do pragmatismo. **In:** *Pragmatismo: teoria social e política.* Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2005.

STIGLER, J. George. *A teoria do preço: análise microeconômica.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 1968.

# A lei de defesa civil: algumas considerações

**Elida Séguin**[1]

**Resumo**

Por motivos ainda não pacificados, os desastres naturais estão aumentando de intensidade e periodicidade, provocando óbitos e danos materiais. No entanto, a sociedade brasileira está despreparada para atender as necessidades públicas decorrentes de seus efeitos ou dar uma resposta rápida de reconstrução e assistência às vítimas.

A edição da Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, que trata de defesa civil e prevenção de desastres naturais, supre uma lacuna, apesar de já existirem outros diplomas legais vigentes que tratavam da matéria. Ela constitui um marco regulatório de desastres no Brasil posto que instituiu uma nova política nacional, um sistema nacional, e criou um conselho, um ano após um desastre hidrológico que ceifou muitas vidas na região serrana do Estado do Rio de Janeiro. Numa visão sistêmica, fez acréscimos em vários dispositivos legais que tangenciam a questão.

O artigo analisa os dispositivos da lei e tece comentários sobre os mesmos, estabelecendo os pilares do direito à defesa civil.

**Palavras-chave:** Direito ambiental. Desastres naturais. Princípio da cautela.



**Abstrat**

For reasons still not pacified, natural disasters are increasing in intensity and frequency, causing deaths and property damage. However, Brazilian society is unprepared to meet public needs arising from its effects or to provide a rapid reconstruction and assistance to victims.

The enactment of Law No. 12.608/2012, which deals with civil defense and natural disaster prevention, fills a gap, although there are other statutes in effect dealing with the matter. It is a regulatory disaster in Brazil since instituted a new national policy, a national system and created a council, one year after a hydrological disaster that destroyed many lifes in the mountains region (place) of the State of Rio de Janeiro. In a systemic view, made several additions to provisions that the tangent point.

The article analyzes the provisions of law and comments on the same, establishing the pillars of the right to civil defense (or the bases of civil defenses rights).

**Keywords:** Environmental law. Natural disaster. Precautionary Principle.

[1] Advogada; Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; Doutora em Direito Público, Membro da Associação dos 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

## Introdução

O Poder Público deve estar preparado para dar respostas rápidas às emergências da natureza, às provocadas por ação humana ou às de origem mista. Nos acidentes naturais, durante muitos anos, o ser humano quedou-se atônito para enfrentá-los, os percebendo como um "castigo" de uma divindade ou uma fatalidade. Aparentemente, ele sentia-se tão indefeso quanto seu antepassado pré-histórico que via os fenômenos naturais como deuses ou produtos de seus desígnios. Nos desastres provocados pelo homem ou decorrentes de suas atividades, a postura muda, já sendo aplicado o Princípio da Cautela (prevenção e precaução), no rigor do licenciamento de obras e atividades. Esta atitude funciona como o primeiro pilar de cuidados, sendo o segundo a responsabilidade objetiva ambiental, estatuída pelo art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), e o terceiro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.[2]

Em áreas mais densamente povoadas, os desastres naturais ganham maiores proporções[3], com o tributo de vidas humanas, além dos danos materiais. Os sistemas jurídico e legislativo brasileiros engatinham na seara da prevenção, preparados parcialmente apenas para discutir responsabilidades civis, penais e administrativas dos desastres. Digo parcialmente, pois, apesar da previsão legislativa, pouco se condena os agentes públicos por prevaricação[4] ou são responsabilizados pelas omissões estatais que deram origem[5], estas sempre subjetivas e não mais objetivas na forma do art. 37 da Constituição Federal (CF). Acresce que também são bissextas as ***ações regressivas*** contra atos de agentes públicos que geraram ônus para o erário público[6].



No tocante aos eventos naturais, até o início do século XXI, raras foram as tentativas para mudar o quadro, inclusive através da adoção do controle rígido do uso do solo ou combate à especulação imobiliária, ressalvando a preocupação

[2] Acredito que, de grande relevância e integrando este terceiro pilar, a desconsideração da personalidade jurídica e a consequente responsabilização dos sócios e de seus patrimônios pelos crimes ambientais.

[3] Sobre esta correlação vale lembrar a questão sísmica: o local de maior incidência desses eventos no Brasil – o Estado do Acre – tem baixa densidade populacional, assim, os movimentos não causam muito alarde, o mesmo tendo ocorrido com os eventos mais significativos em Mato Grosso e Amazonas, também em regiões de baixa densidade.

[4] Prevaricar é o funcionário público deixar de fazer o que a lei lhe determina que faça. É comportamento previsto como crime no art. 319 do Código Penal, com pena de três meses a um ano, e na Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998).

[5] Vale lembrar que até a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, ante a lacuna da Lei nº 9.605/1998, é controvertida. Pacífico apenas que a responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorre em coautoria com as pessoas físicas.

[6] Sobre o tema vale ler MAURANO, Adriana. Direito de Regresso contra servidores em caso de condenação da Fazenda Pública, in: *Advocacia de Estado e Defensoria Pública. Funções Públicas Essenciais à Justiça,* ORDACGY, André da Silva e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, *Letra da Lei*, Curitiba, 2009.

com os desastres antropogênicos.[7] A técnica e o conhecimento científico disponíveis pouco eram chamados a participar da prevenção das consequências das atividades naturais, já que eram designíos divinos. Elas atuavam na reconstrução e controle dos danos, ou seja, agiam *a posteriori*, depois do "leite derramado".

A consciência da correlação existente entre as alterações planetárias e a antropomorfização ambiental está sendo acompanhada de um crescimento de desastres, induzindo à especulação se o aumento de intensidade e de frequência estaria associado às mudanças climáticas, num efeito autopoiético. A 1ª Conferência sobre Redução de Desastres Naturais ocorreu em Yokohama, em maio de 1994, onde foi declarado que os grandes desastres têm origem em fenômenos naturais. Naquele encontro, apontou-se a imperiosidade do acesso à informação e a democratização de tecnologias às nações menos preparadas para o enfrentamento dos desastres naturais.

O alargamento das catástrofes[8], em especial a ocorrida na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, em 2011, mobilizou a opinião pública na certeza da imperiosidade de mudança no enfrentamento da questão. Paralelamente, nos Estados Unidos, as destruições provocadas pelo Furacão Katrina, quando a demora na resposta pública ao evento foi severamente criticada, e a Tempestade Tropical Sandy, que obteve uma resposta imediata e adequada no socorro às vítimas. Estes eventos originaram a reflexão sobre a necessidade de elaboração de uma "*Disaster law*". Juristas passaram a discutir o papel do sistema legal na prevenção desses eventos e a resposta que cabe ao Poder Público oferecer à sociedade em termos de assistência e reconstrução.



Este artigo faz uma reflexão sobre essas questões emergentes no Brasil, sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas com a proposta de uma visão sistêmica e integrada, com a certeza que esta é uma questão global da qual todos devem participar da busca de soluções.

## Da necessidade de um marco regulatório

Pacífico que a falta de preparação do Poder Público e da comunidade[9] contribui para óbitos em deslizamentos de terra, enchentes e outros eventos naturais. A ocupação desordenada do solo, em especial em encostas ou áreas sujeitas à inundação, é agravada pela falta de sistemas de alerta precoce ou organizações comunitárias efetivas que podem auxiliar o estado de alerta da

[7] Importante registrar a Norma CETESB P4.261, que instituiu um *Manual de orientação para a elaboração de estudos de análise de riscos,* mas focada apenas em acidentes de origem tecnológica.

[8] Dados disponíveis do *International Disaster Database* (www.emdat.be) dão uma ideia global do número de mortos e de atingidos por vários tipos de evento ao longo do século XX.

[9] O art. 4º da PNPDEC, no inciso VI, prevê a participação da sociedade como uma diretriz a ser perseguida.

comunidade nas ocasiões de perigo[10], sem mencionar a inexistência de planos de emergência ou de treinos para sua efetivação. A ligação entre as possibilidades de desastres, a regulamentação inadequada e sem previsão de punição por omissão, a ausência de treinamento da comunidade e de capacitação dos agentes públicos na prevenção, resposta e reconstrução, a fiscalização deficiente no controle do uso do solo urbano, entre outras coisas, são fatores que contribuem para desastres e o aumento de suas consequências.

Inegável a interdependência dos desastres naturais com a omissão na fiscalização do uso e ocupação do solo, da especulação imobiliária e a carência de políticas públicas de habitação popular. A incapacidade de gerir riscos e de dar uma resposta pronta ao evento agravam os seus efeitos. A Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, editada quando o país ainda estava sob o impacto emocional do desastre da Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, supre uma lacuna, porém não será suficiente para alcançar o objetivo colimado de segurança civil se não for acompanhada de ações efetivas, como a implementação do Serviço Militar Alternativo no combate a tragédias, entre outras coisas. Falhas regulatórias somente estão sendo analisadas após os eventos danosos, quando deveriam ocorrer revisões periódicas nestes temas para que as normas estejam sempre acompanhando o estado da técnica.

Tem-se no Brasil a lenda de que existem leis que pegam e leis que não pegam". Discordo: existem leis que são amplamente divulgadas, levadas ao conhecimento da população, que passa a exigir seus efeitos, como o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, e outras que a comunidade quase não tem acesso e, com isso, deixa de exercer seus direitos. Legislações anteriores à Lei nº 12.608/2012, mas ainda em vigor e desconhecidas da população, comprovam esta afirmativa.[11] Entre elas, cito os Decretos nº 7.257, de 4 de agosto de 2010[12], nº 4.217, de 6 de maio de 2002[13], e nº 1.080, de 8 de março de 1994[14], entre outras normas. Inegável reconhecer a pouca ou nenhuma repercussão prática na prevenção de tragédias e de respostas rápidas decorrentes desses diplomas legais.



Atualmente, a defesa civil busca proporcionar a segurança global da população através de ações que objetivem reduzir os desastres, visto que a erradicação total destes episódios, ao longo da história, demonstrou ser uma meta inalcançável,

[10] No desastre de 2011, na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, muitas pessoas morreram dormindo ou foram acordadas pelo desmoronamento. Suas chances de escapar com vida teriam aumentado se estivessem em alerta e sido removidas para local seguro.

[11] http://www.integracao.gov.br/defesa-civil/legislacoes

[12] Regulamenta a Medida Provisória nº 494, de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências.

[13] Dispõe sobre a instituição e concessão da Medalha Defesa Civil Nacional, e dá outras providências.

[14] Regulamenta o Fundo Especial para Calamidades Públicas (FUNCAP).

mas a ciência demonstra que sua prevenção, minimização de danos e respostas imediatas são perfeitamente possíveis e adequadas.

A defesa civil ou proteção civil é o conjunto de ações, públicas e privadas, de planejamento, preventivas, de socorro, assistenciais e reconstrutivas destinadas a evitar ou minimizar os desastres naturais e os incidentes tecnológicos ou mistos, preservando o bem estar da população, a dignidade da pessoa humana e restabelecendo a normalidade social, em especial através da capacitação da população e de agentes públicos em lidar com as situações de emergências. Dependendo do país e da época, a defesa civil recebe a designação de "*defesa passiva", "segurança civil" ou "gestão de emergências".*

A Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC); dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC); autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e deu outras providências

Segundo o site da Secretaria Nacional de Defesa Civil[15], ela surgiu na 2ª Grande Guerra com o intuito de proteger a população civil dos ataques aéreos. De lá para cá este conceito evoluiu, considerando os danos e os prejuízos causados pelos desastres naturais e, mais recentemente, por aqueles provocados pela antropomorfização ambiental.



A defesa civil deve estar preparada para dar respostas rápidas a qualquer tipo de ameaça. Entretanto, o principal é desenvolver mecanismos e estratégias para manter um estado permanente de segurança civil, seja ela alimentar, nutricional, de saúde, de integridade física, de inclusão social, de preservação ambiental e prevenção de desastres, ou seja, proteger a população de qualquer agente que a coloque sob risco.

O Brasil não foi muito exposto a desastres naturais, existindo hodiernamente o entendimento que este prognóstico não se manterá, pois as mudanças ambientais interferem nesse quadro. As empresas de seguro afirmam que os desastrem tendem a se tornar mais frequentes e também mais caros, em termos de vidas humanas e de gastos públicos.

Vale consignar que, em 12 de dezembro de 1994, o Conselho Nacional de Defesa Civil aprovou uma Política Nacional de Defesa Civil, tendo como finalidade garantir os direitos individuais à vida e à incolumidade em circunstâncias de desastres. Previa também um Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), instituído pelo Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005.

A edição da Lei nº 12.608/2012 não apresentou ainda resultados concretos, apesar da gravidade dos últimos eventos. Foi mais uma forma de fingir que atendia aos reclamos da população, em especial num ano de eleições municipais.

[15] O site http://www.defesacivil.gov.br/index.asp deixou de ser atualizado e contém um link para o site http://www.integracao.gov.br/defesa-civil.

Inegavelmente, ela teve o grande mérito de consolidar normas anteriores e alterar legislações correlatas.

Esta lei, numa visão sistêmica da questão, também autorizou a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres, e, para viabilizar o entrosamento com outras leis e políticas, acrescentou-lhes novos dispositivos. Fugindo de uma prática adotada pelo nosso legislativo, ela deixou as definições técnicas para serem estabelecidas por decreto federal (parágrafo único do art. 1º), o que foi parcialmente formulado pela Instrução Normativa do Ministro de Estado da Integração Nacional nº 1, de 24 de agosto de 2012, publicada no DO de 30 do mesmo mês.

A legislação, ao impor diretrizes comportamentais, tais como a capacitação dos agentes públicos, o acesso à informação[16] e a participação da comunidade, atua como fonte de prevenção de desastres, de rapidez na resposta pública no gerenciamento de crise. A PNPDEC é um ordenamento que tenta trabalhar a sinergia que caracteriza as relações ambientais, numa visão transdisciplinar[17], incentivando o ensino e a pesquisa, que devem embasar uma tomada de decisão que pode vir a ser a diferença entre vida e morte.

Nos Estados Unidos, após o Furacão Katrina, passa-se a falar da necessidade de institualização de um "Direito de Desastres", como ciência jurídica autônoma, sendo este fenômeno comparado, em termos de necessidade de regulação, "ao nascimento do direito ambiental no final de 1960 e início de 1970".[18]



Os desastres mistos e humanos obedecem à responsabilidade objetiva estatuída pelo § 1º do art. 14 da PNMA. Os eventos naturais aparentemente não têm responsáveis indicáveis e processáveis. A imprevisibilidade dos desastres, no Brasil, é agravada pela falta de hábito da população fazer seguros, exceto o de carro que é obrigatório. O seguro ambiental[19] ainda é incipiente no Brasil, em geral,

[16] Temos várias normas específicas sobre o tema acesso à informação, tais como as Leis nº 10.650, de 16 de Abril de 2003, nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011 e Decreto nº 7.724, de 16 de Maio de 2012. Em outras, ele aparece como um direito (art. 6º do CDC) ou uma garantia de efetividade dos objetivos regulatórios (divulgação do cadastro de empresas poluentes).

[17] Inicialmente o conhecimento operou em termos de disciplinaridade, dando origem a métodos específicos para conhecer objetos de estudos bem definidos. Com a complexidade do objeto surgiu o enfoque multidisciplinar, onde se procura reunir os vários resultados obtidos sobre o enfoque disciplinar. Posteriormente a interdisciplinaridade transfere métodos de algumas disciplinas para outras, identificando novos objetos de estudo. Finalmente a transdisciplinaridade dá um enfoque holístico ao conhecimento, que recupera suas dimensões para compreender o objeto na sua integralidade.

[18] FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. in: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 4(1): 2-15 15.

[19] Vale consignar a obra pioneira *Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos*, da autoria de Polido, Walter, publicado pela

feito em empresas alienígenas e muito caros. No entanto, a legislação sinaliza uma mudança comportamental, como a exigência de seguro em obras públicas determinado pela Lei nº 8.666/1993.[20]

## Desastres

O que é segurança? É apenas sensação e uma percepção[21], dizem os especialistas. Você pode estar vivendo uma situação de grande risco, mas se sentir seguro, sem ter a *percepção do risco* que está correndo, e pode não estar sob nenhuma ameaça, mas sentir medo, temer pela sua segurança física, moral, econômica ou psíquica. Como separar o real do imaginário? Esta resposta, sempre transitória, só o estado da técnica[22] pode efetivamente determinar. Segurança é um estado de confiança, individual ou coletivo, baseado em informações coletadas, na efetividade das normas de proteção e na convicção de que os riscos de desastres foram reduzidos pela adoção de medidas minimizadoras previstas na legislação. Para atingimento desse estado, o acesso a informações fidedignas é de capital importância para que a sensação seja real e não ilusória.

A percepção do risco ou consciência da realidade em que vive e dos riscos aos quais o grupo está exposto são essenciais para que medidas acautelatórias sejam adotadas e aceitas pelas comunidades, acabando-se com insana atitude de

Revista dos Tribunais.



[20] O art. 20 do DL nº 73 de 21 de Novembro de1966 obriga o seguro de responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas. O Dec. nº. 61.687 de 07 de Dezembro de 1967 submete os órgãos públicos a esta exigência. A Lei 8.666/1993, art. 40, XIV, prevê na alínea "e" exigência de seguros, quando for o caso. O art. 69 obriga o contratado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir às suas expensas o objeto do contrato em que se verificarem, vícios de construção, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. O art. 70 responsabiliza o contratado pelos danos causados diretamente à administração ou a terceiros decorrentes de culpa ou dolo na execução do contrato.

[21] A psicologia, neurociência e ciências cognitivas, a percepção como a função cerebral que atribui significado a estímulos sensoriais, a partir de histórico de vivências passadas. Através dela a pessoa organiza e interpreta as suas impressões sensoriais para atribuindo-lhes significados. Pode-se dizer sinteticamente que é a forma como decodificamos as informações enviadas ao cérebro pelos sentidos. Do ponto de vista psicológico ou cognitivo, a percepção envolve também os processos mentais, a memória e outros aspectos que podem influenciar na interpretação dos dados percebidos.

[22] **Estado da técnica** ou **estado da arte** é, nos termos do artigo 54 da Convenção sobre a Patente Europeia (EPC 1973) tudo o que era acessível ao público através de descrição escrita ou oral, pelo uso ou de qualquer outro modo, antes da data do depósito do pedido de uma patente. Normalmente, o examinador de um pedido de patente faz uma busca em diversos bancos de dados para verificar o estado da técnica para verificar se o objeto de pedido de patente já existia ou se efetivamente se trata de uma inovação. O estado da técnica, na propriedade industrial, é tudo aquilo que for tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior. Por isso a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos somente quando não compreendidos no estado da técnica.

que "isto não vai acontecer comigo".

A Instrução Normativa (IN) do Ministro de Estado da Integração Nacional nº 1, de 24 de agosto de 2012, publicada no DO de 30 de Agosto de 2012, o define desastre como "resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios" (art. 1º).

Existem três tipos: os provocados por humanos, os naturais e os mistos. Os desastres humanos se subdividem em: Natureza tecnológica (com ou sem riscos radiativos); meios de transporte com risco radiativo; construção civil (danificação ou destruição de habitações, rompimento de barragens, desastre durante construção); incêndios (instalações de combustíveis, óleos e lubrificantes, áreas portuárias, distritos industriais); Produtos perigosos; concentrações demográficas (colapso de recursos hídricos, energéticos, coleta de lixo, qualidade do ar, efluentes líquidos e sólidos); Natureza social (convulsões sociais) que podem ser conflitos bélicos e de causas biológicas (doenças endêmicas, epidêmicas ou pandemias).

Já os desastres naturais podem estar ligados a: *geodinâmica* terrestre externa de causa eólica (vendavais, tempestades, tornados, trombas d'água)[23], *temperaturas extremas* (frio intenso, granizo, geadas, ondas de calor); *variações bruscas das precipitações hídricas* (inundações, alagamentos, enxurradas, enchentes e estiagens, secas, baixa umidade do ar, incêndios florestais); *geofísica terrestre interna* (terremotos, sismos[24], maremotos, tsunamis); *geomorfologia e intemperismo* (corridas de massa, erosão terrestre e marinha); *desequilíbrios na biocenose* (pragas de animais, insetos, pragas vegetais e maré vermelha).



Os desastres mistos se subdividem em: *atmosféricos* (efeito estufa, chuvas ácidas, inversão térmica); intemperismo[25] (salinização do solo,

[23] É um grande vórtice colunar (normalmente semelhante a uma nuvem em forma de funil) que ocorre ao longo de um corpo de água e está ligado a uma nuvem cumuliforme. Embora seja muitas vezes mais fraca do que a maioria dos seus homólogos da terra, trombas de água mais fortes, que são geradas por mesociclones, podem ocorrer. Trombas de água não aspiram a água do curso de água sobre o qual estão posicionadas. A água vista na nuvem funil principal são gotas de água formadas pela condensação. Trombas de água são mais comuns no clima tropical, em latitudes maiores, podendo ocorrer em zonas temperadas. No Brasil, ainda são popularmente confundidas de maneira incorreta com qualquer ocorrência de chuva forte em uma pequena região.

[24] A sismicidade brasileira é comparativamente modesta, apesar de registrar tremores com magnitude acima de 5,0, indicando que nosso risco sísmico não pode ser ignorado. Há registro de evento no Ceará (1980/mb=5.2) e atividade de João Câmara RN (1986/mb=5.1). Felizmente, os tremores maiores como o de Mato Grosso (1955/mb=6.6), litoral do Espírito Santo (1955/mb=6.3) e Amazonas (1983/mb=5.5) ocorreram em áreas desabitadas.

[25] Intemperismo é um processo que altera física e quimicamente as rochas e seus minerais, tendo principais fatores o clima e o relevo, também conhecido como meteorização, consiste na alteração física e química das rochas e de seus minerais. É um importante agente no processo de formação de solos e modelador do relevo.

desertificação)[26], *geodinâmica terrestre* (sismicidade induzida por reservatórios [SIR][27], *deslizamento de encostas* (decorrentes de desmatamento, escavação de encostas e ação da chuva) e por outras causas, como a ocupação irregular de encostas.[28]

Quanto à periodicidade, os desastres classificam-se em: *esporádicos*, que raramente acontecem com possibilidade limitada de previsão, e *cíclicos* ou *sazonais,* os que ocorrem periodicamente e guardam relação com as estações do ano e os fenômenos associados.

Segundo o art. 6º da IN, os desastres quanto à evolução podem ser: *súbitos ou graduais*. Os primeiros caracterizados pela velocidade e violência dos eventos adversos seus causadores, podendo ocorrer de forma inesperada e surpreendente ou ter características cíclicas e sazonais, sendo assim facilmente previsíveis. Os graduais ou de evolução crônica, cuja tônica é a evolução em etapas de agravamento progressivo.

A IN nº 1 classifica os desastres, considerando a necessidade de recursos para o restabelecimento da situação de normalidade e a disponibilidade desses recursos quanto à intensidade em: nível I – desastres de média intensidade, quando os danos e prejuízos podem ser suportáveis e superáveis pelos governos locais ou complementados com o aporte de recursos estaduais e federais e nível II - desastres de grande intensidade.[29]

A IN ainda ressalva que a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil adotará a classificação dos desastres constante do Banco de Dados Internacional de Desastres (EM-DAT), do Centro para Pesquisa sobre Epidemiologia de Desastres (CRED) da Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU) e a simbologia correspondente.



No entanto, percebe-se com nitidez que o objetivo maior da IN está centrado na regulamentação da liberação de verbas decorrentes de estado de emergência ou calamidade do que em estabelecer conceitos e definições.

---

[26] O Decreto de 21 de julho de 2008 criou a Comissão Nacional de Combate à Desertificação, tendo em vista ser signatário da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca (UNCCD), promulgada pelo Decreto nº 2.741, de 20 de agosto de 1998.

[27] Certas ações humanas podem produzir terremotos localizados, chamados de sismo induzido, como lagos artificiais criados para gerar energia.

[28] A questão do uso do solo sem resguardo de segurança edilícia, mesmo que a obra seja licenciada, contribui para a erosão das encostas, o assoreamento de corpos d'água e para os movimentos de massa. Estes são quaisquer movimentações de rochas ou de rególito numa superfície inclinada, induzidas principalmente pela gravidade. Os movimentos de massa são eventos erosivos/deposicionais modeladores da superfície terrestre, isto é, da paisagem. Eles atuam nas vertentes. Algumas movimentações são quase imperceptíveis pelo homem e outras podem acontecer de forma súbita, podendo atingir velocidades da ordem de uma centena de km/h, com consequências desastrosas, provocando ocasionalmente catástrofes. In http://w3.ualg.pt/~jdias/GEOLAMB/GA4_MovMassa/GA41_Introd/Introd.html

[29] A IN também oferece outros critérios objetivos de classificação.

Sonia Regina Leão de Oliveira e Simone Cynamon Cohen, no trabalho sobre *Habitação Saudável: uma perspectiva de minimização dos riscos ambientais*[30], propuseram técnicas construtivas como estratégia para mitigação dos riscos de enchentes. Definem risco como

> "uma ameaça que pode ser percebida de forma individual ou coletiva, sobre bens móveis ou imóveis, e esta percepção dependerá do local de sua ocorrência, da época e da cultura da população, uma vez que é subjetiva. Em seguida, relaciona o risco com a geografia, na medida em que este se realiza dentro de um espaço geográfico, qualquer que seja o tipo de risco. A gestão de todos os tipos de riscos, ou seja, como prevenir e minimizar suas consequências dependerá das medidas políticas no contexto de cada território."

## Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC)

A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil, devendo buscar a integração com as políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.



São estabelecidas como suas diretrizes: I – atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas[31]; II – abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação; III – a prioridade às ações preventivas relacionadas à minimização de desastres; IV – adoção da bacia hidrográfica como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d'água; V – planejamento com base em pesquisas e estudos sobre áreas de risco e incidência de desastres no território nacional; e VI – participação da sociedade civil.

Apenas fixar diretrizes não é suficiente, assim a PNPDEC, no art. 5º, estabeleceu os objetivos a serem alcançados, basicamente divididos nos seguintes tópicos:

> 1. **Cautela**: reduzir os riscos de desastres (inciso I); incorporar a redução do risco de desastre e as ações de proteção e defesa civil entre os elementos da gestão territorial e do planejamento das políticas setoriais (inciso IV); promover a continuidade das ações de proteção e defesa civil (inciso V);

[30] http://www.defesacivil.uff.br/defencil_5/Artigo_Anais_Eletronicos_Defencil_18.pdf. Apresentado no V Seminário Internacional de Defesa Civil - DEFENCIL São Paulo – 18, 19 e 20 de novembro de 2009.

[31] Interessante observar que as diretrizes preconizadas guardam íntima correlação com Princípios Ambientais. O inciso I, com o da Cooperação; o II, com o reconhecimento da sinergia que rege as relações ambientais; o III com o Princípio da Cautela; o inciso IV repete o que a legislação já adotou desde a instituição da Política Nacional de Recursos Hídricos, pela Lei nº 9.433/1997, bem como a Lei nº 11.445/2007; o inciso V volta ao Princípio da Cautela ao adotar o planejamento; finalmente o inciso VI, trata da participação da comunidade.

monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres (inciso VIII); estimular o ordenamento da ocupação do solo urbano e rural, tendo em vista sua conservação e a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da vida humana (inciso X); estimular iniciativas que resultem na destinação de moradia em local seguro (inciso XII); combater a ocupação de áreas ambientalmente vulneráveis e de risco e promover a realocação da população residente nessas áreas (inciso XI).

2. **Acesso à informação**: promover a identificação e avaliação das ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência (inciso VII); produzir alertas antecipados sobre a possibilidade de ocorrência de desastres naturais (inciso IX); orientar as comunidades a adotar comportamentos adequados de prevenção e de resposta em situação de desastre e promover a autoproteção (inciso XIV); integrar informações em sistema capaz de subsidiar os órgãos do SINPDEC na previsão e no controle dos efeitos negativos de eventos adversos sobre a população, os bens e serviços e o meio ambiente (inciso XV).

3. **Educação**: estimular o desenvolvimento de cidades resilientes[32] e os processos sustentáveis de urbanização (inciso VI) e desenvolver consciência nacional acerca dos riscos de desastre (inciso XIII).

4. **Assistência:** prestar socorro e assistência às populações atingidas por desastres (inciso II) e recuperar as áreas afetadas por desastres (inciso III).



Sobre o acesso à informação, deve ser considerada a evolução e a importância de recursos midiáticos na divulgação, controle e comunicação de desastres, como demonstrado no trabalho "*O Twitter e suas potencialidades como ferramenta de comunicação em ambientes acometidos por desastres*", apresentado por CARDOSO, BOLSONI e SOUZA[33], uma vez que as potencialidades do ciberespaço perpassam por quase todos os setores da sociedade. O computador gera novas formas de sociabilidade, podendo ser uma importante ferramenta de comunicação em caso de desastres.[34]

[32] É um conceito oriundo da física, que se refere à propriedade de que são dotados alguns materiais de acumular energia quando exigidos ou submetidos a estresse sem ocorrer ruptura. Após a tensão cessar poderá ou não haver uma deformação residual causada pela histerese do material – como um elástico ou uma vara de salto em altura, que se verga até um certo limite sem se quebrar e depois retorna à forma original, dissipando a energia acumulada e lançando o atleta para o alto. Resilente passa a ser a população que tem uma capacidade de adaptação às condições ambientais adversas.

[33] CARDOSO, Carla, BOLSONI, Evandro Paulo e SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Trabalho apresentado no V Seminário Internacional de Defesa Civil – DEFENCIL São Paulo – 18, 19 e 20 de novembro de 2009.

[34] Mas o próprio ciberespaço pode provocar "ruídos", como aconteceu no sistema de alerta que utiliza mensagens SMS por celular para todos os que se cadastrarem. Como o serviço não foi setorizado, tornou-se ineficaz posto que todos recebem todas as mensagens, mesmo que não sejam de sua região. O grande número de recebimentos pode provocar a indiferença de quem as recebe.

O art. 22 da PNPDEC alterou a Lei nº 12.340/2010, inserindo o art. 3º A, onde determina que cabe ao Governo Federal instituir cadastro nacional de áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, cabendo ao município pleitear essa inscrição. Após sua inscrição, numerosos procedimentos devem ser adotados pelo poder local[35], sem, contudo, estabelecer prazo ou sanções para o inadimplemento, que obviamente não pode recair sobre a população, deixando-a desamparada ante uma calamidade pública, mas não há previsão de punição para os agentes públicos que deixarem de realizar estas atuações, podendo, registro, ser forma de prevaricação. Existe expressa previsão, no art. 5º-A, da Lei nº 12.340/2010, de devolução, pelo município, dos valores repassados, se constatados vícios nos documentos apresentados ou a inexistência dos fundamentos fáticos para a declaração do estado de calamidade/emergência.

O novo art. 3º A, no seu § 4º, obedecendo ao Princípio da Informação, determina que o Governo Federal deve publicar, sem dizer a periodicidade, informações sobre a evolução das ocupações em áreas cadastradas. O *dies a quo* do prazo de 1 (um) ano para elaboração do Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil não foi estabelecido, o que certamente irá provocar manifestação judicial para suprir e determinar quando a omissão transforma-se em prevaricação.

Coerente com o Princípio da Cautela, posto que planejar é a melhor forma de reduzir riscos, a PNPDEC determina a elaboração de um Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil, que deverá conter, no mínimo: a identificação dos riscos de desastres nas regiões geográficas e grandes bacias hidrográficas do país; e as diretrizes de ação governamental de proteção e defesa civil no âmbito nacional e regional, em especial quanto à rede de monitoramento meteorológico, hidrológico e geológico e dos riscos biológicos, nucleares e químicos e à produção de alertas antecipados nas regiões com risco de desastres. Claro que os aspectos regionais irão individualizar o plano estatal e municipal, determinando seus conteúdos específicos, respeitando as características físicas, sociais, culturais e ambientais do local.



Tanto nas diretrizes quanto nos objetivos, a PNPDEC demonstra grande preocupação com o acesso à informação. Explicitando este pensamento cria, no art. 10, o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC), constituído

[35] Os municípios incluídos no cadastro deverão: I – elaborar mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; II – elaborar Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e instituir órgãos municipais de defesa civil, de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo órgão central do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC); III – elaborar plano de implantação de obras e serviços para a redução de riscos de desastre; IV – criar mecanismos de controle e fiscalização para evitar a edificação em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; e V – elaborar carta geotécnica de aptidão à urbanização, estabelecendo diretrizes urbanísticas voltadas para a segurança dos novos parcelamentos do solo e para o aproveitamento de agregados para a construção civil.

pelos órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas entidades públicas e privadas de atuação significativa na área de proteção e defesa civil. Seu objetivo maior é contribuir no processo de planejamento, articulação, coordenação e execução dos programas, projetos e ações de proteção e defesa civil. O Sistema será gerido por órgão consultivo: CONPDEC; órgão central, definido em ato do Poder Executivo Federal, com a finalidade de coordenar o sistema; os órgãos regionais estaduais e municipais de proteção e defesa civil; e órgãos setoriais dos três âmbitos de governo. É prevista a possibilidade de participação do SINPDEC de organizações comunitárias de caráter voluntário ou outras entidades com atuação significativa nas ações locais de proteção e defesa civil.

A PNPDEC prevê também a criação do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC), como órgão colegiado integrante do Ministério da Integração Nacional, com finalidade de auxiliar na formulação, implementação e execução do Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil; propor normas para implementação e execução da PNPDEC; expedir procedimentos para sua implementação, execução e monitoramento; propor procedimentos para atendimento prioritário a crianças, adolescentes, gestantes, idosos e pessoas com deficiência em situação de desastre; e acompanhar a densificação da proteção e defesa civil.

A organização, a composição e o funcionamento do CONPDEC serão estabelecidos em ato do Poder Executivo Federal, mas a lei já determina que o Conselho conte com representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade civil organizada, incluindo-se representantes das comunidades atingidas por desastre, e por especialistas de notório saber, resguardando a participação popular leiga e técnica.



A utilização da educação como um instrumento de defesa civil não é inédito no Brasil. Em 1942, com o afundamento de navios mercantes nas costas brasileiras e a iminente entrada do país na 2ª Guerra Mundial, foi criado o primeiro esboço de uma estrutura organizando o Serviço de Defesa Passiva Antiaérea, com a obrigatoriedade do ensino da defesa passiva em todos os estabelecimentos de ensino, oficiais e particulares, existentes no Brasil.[36]

## Mudança de postura: o ensino

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Estratégia Internacional para Redução de Desastres (EIRD, 2003), tem alertado para o crescente aumento no número de desastres naturais, tanto em frequência quanto em intensidade no mundo. O Furacão Katrina demonstrou que, a então considerada, a maior potência mundial estava despreparada para dar

[36] Deve ser consignado o Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº. 722 de 18 de novembro de 1966, que disciplinou o primeiro Plano Diretor, Sistema e Coordenadoria Estadual de Defesa Civil. Estas foram as primeiras estruturas formais de Defesa Civil no país.

uma resposta rápida à crise provocada pelo desastre ambiental. A comunidade internacional entende ser necessário um melhor arsenal jurídico, com regras expressas de prevenção, a exemplo da obrigatoriedade dos estudos prévios de impacto ambiental (EPIA), entre outras coisas. Da mesma forma que o EPIA, os estudos para a defesa e proteção civil devem ser transdisciplinares. A vulnerabilidade cultural da sociedade pode tornar seu senso de percepção de risco deficiente, dando origem a um fatalismo e conformismo que dificultam sua proteção.

No início de outubro de 2012, membros do Escritório para Prevenção de Crises e Recuperação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) se reuniram com representantes do Brasil para discutir a implementação de um projeto na área de prevenção de desastres naturais, com o objetivo de capacitar o país para uma resposta rápida e eficiente a catástrofes.[37] A parceria busca a troca de conhecimento para desenvolver um projeto que garanta resposta rápida e eficiente às ocorrências de desastres naturais, criando ações de prevenção por todo o país, bem como o fortalecimento da capacidade do país para resposta rápida e eficiente a catástrofes.

Em resposta a eventos climáticos da Região Serrana do Rio de Janeiro, o Governo Federal anunciou, em 8 de agosto de 2012, um conjunto de ações e recursos financeiros para prevenir e garantir socorro mais rápido às vítimas de desastres naturais. De acordo com o Plano Nacional de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres Naturais, serão investidos R$ 18,8 bilhões, em todo o país, em obras de prevenção e reconstrução e em monitoramento.



Algumas universidades já oferecem cursos de pós-graduação *stricto sensu* na área, entre elas a Universidade Federal Fluminense.[38] Em Cursos de Mestrado Profissional em Engenharia Ambiental, como o da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, são encontradas monografias sobre o tema.[39] A Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Paraná também lançou um curso de pós-graduação, porém mais voltado para Bombeiros.[40] A Universidad Argentina John F. Kenedy abriu, em janeiro de 2013, um curso de pós-graduação em Segurança Civil, mas voltado para a segurança empresarial.[41]

---

[37] http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3658#tab2, capturado em 05 de novembro de 2012, as 16h.

[38] http://www.defesacivil.uff.br/. Alega a UFF ter sido a primeira a ter Curso de Mestrado em Defesa Civil do país, recomendado pela Capes/MEC em 12 de julho de 2006 e homologado pelo CNE - Portaria nº 73 – DOU 19 de janeiro de 2007.

[39] http://www.peamb.eng.uerj.br/producao.php?id=274. Mestrado Profissional em Engenharia Ambiental, Área de Concentração: Saneamento Ambiental – Controle da Poluição Urbana e Industrial. Dissertação de Mestrado de Wilson Duarte de Araújo sob o título *A Defesa Civil no Estado do Rio de Janeiro frente a intensificação de desastres relacionados aos eventos hidrológicos extremos: elementos para um aplano de atuação adaptativa, defendida em* 31 de matço de 2010.

[40] http://www.pucpr.br/especializacao/mo ... o=161&curso=2363&campus=

[41] http://www.institutoiunes.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=63&Itemid=42

Este movimento da comunidade acadêmica certamente será acirrado com a edição da Lei nº 12.608/2012, abrindo um espaço multidisciplinar, inclusive jurídico, na pesquisa e estudo para evitar/minimizar desastres ambientais.

Nessa busca pela segurança de proteção civil, a educação ganha um espaço de realce, posto que ela é o alicerce e princípio densificador do Estado Democrático. É um direito público subjetivo do cidadão, através do qual ele assume a plenitude de sua dignidade e resgata a cidadania, figurando no rol dos Direitos Humanos, reconhecidos pela comunidade internacional. É ainda forma de atingir diversas finalidades, como a saúde pública, a segurança civil, o desenvolvimento sustentável, a cidadania plena e a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações.

A educação é forma de transformação social e de assegurar a segurança e a proteção civil. Sri Sathya Sai Baba (extraído de seu discurso "O propósito da educação") afirma:

> "As realizações do homem, nos campos da ciência e da tecnologia ajudaram a melhorar as condições materiais de vida. Aquilo de que necessitamos hoje, entretanto, é a transformação do espírito. Educação deve servir não apenas para desenvolver a inteligência e as habilidades do homem, mas também ampliar seus pontos de vista e fazê-lo útil à sociedade e ao mundo em geral. Isso somente é possível quando o desenvolvimento do espírito é promovido concomitantemente com a educação nas ciências físicas. As educações moral e espiritual vão ensinar ao homem conduzir uma vida disciplinada."



A educação funciona como ponto de partida para a conscientização e a necessidade do ser humano de se aperfeiçoar, numa valorização do contexto natural em que a pessoa vive, bem como tomar decisões que não venham posteriormente a lhe prejudicar, como construir em solo vulnerável. A percepção do risco de problemas possibilita uma mudança de postura e a sua superação, o que muito auxilia nas tomadas de decisões individuais sobre segurança e proteção civil.

Hannah Arendt[42] alerta para a tentação de se considerar a crise na educação como um fenômeno local e sem conexão com as questões principais do século, minimizando os impactos de tal desídia no contexto mundial. Na verdade, o descaso com a educação é forma do Poder Público reduzir a cidadania e de aumentar a exclusão social, sem falar que, em matéria de segurança e defesa civil, pode propiciar situações que permita ao Poder Público deixar de fazer o

[42] ARENT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* São Paulo: Perspectiva S. A Coleção Debates Política, 1972, p. 222.

devido, como fiscalizar a vedação de construir em áreas de risco.[43] [44] Mas, na ocorrência de desastres, são rápidos em pleitear recursos federais nem sempre bem utilizados.[45] A previsão de obrigatoriedade de devolução, pelo município dos valores repassados (art. 5º-A, da Lei nº 12.340/2010), é um *bis in idem*, pois o cidadão será duplamente punido pela falta de assistência durante seu momento de crise e pela devolução, que, saindo dos cofres públicos, deixará de atender a outras necessidades municipais.

Melhor seria que essa devolução ocorresse diretamente do patrimônio do responsável pela omissão, através de bloqueio de bens do agente político, reconhecendo-a como uma obrigação pessoal do prefeito com tipificação criminal da conduta, como crime de mão própria, com a pena agravada pelo bloqueio de bens do agente político e a obrigatoriedade da devolução prevista.

A impossibilidade de acesso ao conhecimento, à educação, formal ou informal, e à informação mantém o povo numa ignorância confortável para governantes corruptos, que aproveitam a crise provocada por um desastre natural para tirar proveito. Através da educação e do acesso à informação a realidade é transformada pela mudança da ação humana, pelo exercício de direitos e da cidadania.

A Constituição Federal, no art. 225, tornou obrigatória a educação ambiental em todos os graus de ensino, em especial no nível superior ($3^0$ grau), o que justificaria a inclusão no conteúdo programático da disciplina questões de defesa e proteção civil.[46] Lamentavelmente, durante mais de duas décadas, apesar



[43] Constata-se que mais uma vez uma lei, no caso a 12.608, veda a edificação, mas a inércia da fiscalização coloca a todos diante do "fato consumado". Em boa hora, a PNPDC além de vedar a construção, determina a adoção de medidas para evitar a reocupação em caso de remoção. Por oportuno, lembro que a licença edilícia concedida em desacordo com as técnicas de segurança de encosta gera para o servidor público que a outorgou as penas do tipo previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/1998, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais.

[44] Com base na Teoria do Órgão, em que as consequências dos atos praticados por funcionários são atribuída à administração, e na não propositura de ações regressivas, as indenizações decorrentes de ilícitos praticados por agentes públicos termina onerando os cofres públicos. De forma valente, a 11ª Câmara Cível do TJRJ, nos autos do processo 000665-13.2012.8.19.0000, em ação em que era pedido o fornecimento de remédios, fixou a multa pessoal sobre o patrimônio da diretora presidente da Fundação Municipal de Petrópolis. Decisões como esta levarão a que os agentes públicos sejam mais cuidadosos e eficientes nos seus afazeres.

[45] A Justiça Federal determinou o afastamento do prefeito em exercício de Nova Friburgo, um dos municípios serranos do Estado do Rio de Janeiro que muito sofreu com a tragédia de 2011, Dermeval Barboza Moreira Neto (PTdoB), e do secretário municipal de Governo, José Ricardo Carvalho de Lima, que respondem por improbidade administrativa e são acusados de desvio de verba, superfaturamentos, fraude na contratação da empresa Cheinara Dedetilar de Imunização, pagamentos de serviços não prestados e dispensas de licitação irregulares. http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/.html. Acesso em 12 de outubro de 2012.

[46] Presume-se que a matéria no 1º grau seja abordada de forma transversal. No 2º grau, será lecionada através de disciplinas específicas como biologia, geografia, física, química, etc. No 3º grau, este ensino deve ser centrado na necessidade de uma visão ambiental no exercício profissional.

de edição da Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, se presencia a omissão do Poder Público em exigir que os estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, cumpram o preceito constitucional, lecionando a matéria como obrigatória e não como eletiva. A prática educativa, associada a outros usos sociais, é produtora de saberes e valores que serão essenciais na efetividade dos instrumentos de defesa e proteção civil.

O art. 29, da PNPDEC, incluiu o § 7º no art. 26 da Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determinando que os currículos do ensino fundamental e médio devem incluir os princípios da proteção e defesa civil e a educação ambiental de forma integrada aos conteúdos obrigatórios. Faço votos que não se torne letra morta, sem conexão com a realidade, como o dispositivo constitucional acima mencionado.

Determina ainda o art. 9º, no inciso II, da PNPDEC a competência concorrente para estimular comportamentos de prevenção capazes de evitar ou minimizar a ocorrência de desastres, coerente com o *caput* do art. 225 da CF que determina que a preservação ambiental é dever de todos. Assim, a proteção e a defesa civil também são obrigação de todos.

Para atendimento das necessidades do país na elaboração de políticas, planejamento e ações governamentais no âmbito da proteção, defesa e segurança civil em todo o território nacional é necessário ampliar a massa crítica de profissionais, com expertise, dedicados à defesa e segurança civil no Brasil, a fim de garantir uma maior cobertura de atendimento no território nacional, com melhoria na qualidade e redução do tempo de resposta do Poder Público, aos desastres de grande impacto socioambiental. O desenvolvimento de pesquisa básica/aplicada e a busca de novas tecnologias é uma preocupação permanente da formação e capacitação de pessoas, de forma a colocar o nosso país no mesmo nível das grandes nações quanto à prevenção e à minimização de impactos provocados por desastres, tanto naturais, quanto aqueles de origem antropogênica.



O acesso à informação e à educação permitirá que a população altere práticas que funcionam de forma perversa em seu desfavor, como o hábito de lançar lixo nas ruas e em corpos hídricos. Sabido que a miséria e a falta de conhecimentos aumentam a vulnerabilidade[47] de países a desastres naturais[48], pelo que o acesso à educação e à informação deve cumprir papel relevante na proteção e defesa civil.

O art. 18 da PNPDEC determina, no parágrafo único, que os órgãos do SINPDEC adotarão as medidas pertinentes para assegurar a profissionalização e a qualificação, em caráter permanente, dos agentes públicos detentores de cargo, emprego ou função pública, civis ou militares, com atribuições relativas à prestação ou execução dos serviços de proteção e defesa civil. Acredito que neste

[47] O IPCC (2001) define vulnerabilidade como o grau de suscetibilidade de um sistema aos efeitos adversos da mudança climática, ou sua incapacidade de administrar esses efeitos, incluindo variabilidade climáticas ou extremas.

[48] Disponível em: http://www.pnud.org.br/gerapdf.php?id01=50. Último acesso em 15 de março de 2010.

tópico o Serviço Militar Alternativo, de que falo em seguida, será de grande valia, podendo ser realizado através do Corpo de Bombeiros e Defesa Civil, ambos estaduais.

Como os últimos maiores desastres brasileiros foram eventos hidrológicos extremos[49], Fabiane Andressa Tasca; Gean Paulo Michel, Masato Kobiyama e Roberto Fabris Goerl apresentaram no V Seminário Internacional de Defesa Civil - DEFENCIL São Paulo – 18, 19 e 20 de novembro de 2009[50], a proposta da "Prevenção de desastres naturais através da popularização da hidrologia". Reconhecem os autores que os desastres naturais, especialmente os hidrológicos, afetam o homem, sendo fundamental para sua prevenção que as comunidades entendam e apliquem a hidrologia no gerenciamento de desastres naturais.[51] Segundo os autores, o conhecimento da hidrologia fortalece a eficiência das medidas preventivas com uma atitude simples e acessível: a popularização e democratização da ciência, derrubando feudos acadêmicos.

Segundo a UNESCO (2007), a hidrologia é uma das principais ciências envolvidas no estudo de desastres naturais. Além de demonstrar os mecanismos desencadeadores desses desastres, a hidrologia traz também a percepção dos fenômenos hidrológicos vivenciados diariamente e evidencia a importância da água e do convívio integrado com a natureza.[52]

Claro que apenas popularizar noções de hidrologia é insuficiente para enfrentar a atual crise ambiental e os desastres. Este enfrentamento exige novas posturas diante da interação homem e natureza. Assim, a capacitação não pode ficar restrita à hidrologia nem às disciplinas meramente informativas. Deve ultrapassar a perspectiva técnico-ambiental e alcançar a transdisciplinaridade, inclusive com treinamentos práticos, como os planos de evacuação e transferência de civis.



[49] Interessante ressaltar a dicotomia entre seca/estiagens e enxurradas, duas faces da mesma moeda hidrologia.

[50] A hidrologia é a ciência que estuda a água na Terra, sua ocorrência, circulação e distribuição, suas propriedades físicas e químicas, e sua relação com o meio ambiente, incluindo os seres vivos. Ela é importante por atuar no controle de cheias e por procurar controlar, sobretudo a parte da precipitação que influi à rede hidrográfica, tirando benefícios do ciclo hidrológico natural.

[51] Ao autores citam um projeto de extensão da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), denominado "Aprender hidrologia para prevenção de desastres naturais", iniciado pelo Laboratório de Hidrologia (LabHidro), através de palestras e minicursos. Justificam a proposta, agasalhada na PNPDC, posto que os mecanismos desencadeadores desses desastres precisam ser conhecidos para serem prevenidos e diagnosticados previamente, para que o homem possa conviver com os fenômenos naturais, e especialmente, nada fazer para agravá-los. Uma comunidade consciente dos riscos dos desastres naturais está mais bem preparada para minimizar seus impactos.

[52] UNESCO *About natural disasters*. Paris: UNESCO. Disponível em <http://www.unesco.org/science/disaster/about_disaster.shtml#prevention>. Acesso em 06 de outubro de 2012.

## Serviço Militar Alternativo

A PNPDEC incluiu os §§ 4º e 5º no art. 3º da Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991, que regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da CF. Esta lei define o Serviço Militar Alternativo como o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. Assim, perfeitamente coerente com o objetivo da PNPDEC. A atividade alternativa incluirá o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil. O parágrafo incluído determina o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil, ocorrendo a devida articulação entre os entes federativos[53] para a execução do treinamento.

A Portaria Normativa nº 147/MD, de 16 de fevereiro de 2004, do Ministro de Estado da Defesa, regulamentou o estabelecimento de convênios com os demais ministérios para prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar, aparentemente determinando que o Serviço Militar Alternativo permanecesse na esfera federal, sem possibilidade de vir a ser efetivada em convênio com órgãos estaduais como o Corpo de Bombeiro e Defesa Civil. Prevê a portaria que estes convênios dependem de prévia apresentação de plano de trabalho, onde os optantes não sejam submetidos a qualquer compromisso tipicamente militar nem à prestação efetuada em instalações castrenses. A última exigência está em desacordo com a Lei nº 8.239/1991, que não exclui as instalações militares.[54] Assim, este dispositivo pode ser questionado, pois restringe onde a lei não o fez.[55]



Registro que, apesar de pesquisa realizada, não encontrei qualquer referência à efetivação da Lei nº 8.239/1991, aparentemente apenas uma "lei de papel", tanto assim que foi proposta, em 2008, Ação Civil Pública (ACP)[56]

[53] Registre-se que enquanto a Lei nº 12.608/2012 exclui o Distrito Federal, a Lei nº 8349/1991 menciona este ente e exclui os municípios.

[54] "O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e os ministérios militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado."

[55] Direito Administrativo. Poder Regulamentar. Impossibilidade de limitação não prevista na lei regulamentada. É ilegal o art. 2º da Res. n. 207/2006-Aneel que, ao exigir o adimplemento do consumidor para a concessão de descontos especiais na tarifa de fornecimento de energia elétrica relativa ao consumidor que desenvolva atividade de irrigação ou aquicultura (Lei nº 10.438/2002), estabeleceu condição não prevista na lei para o benefício, exorbitando o poder de regulamentar. Precedentes citados: REsp 1.048.317-PR, DJe 30/9/2010, e RMS 26.889-DF, DJe 3/5/2010. AgRg no REsp 1.326.847-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20 de novembro de 2012.

[56] Apelação Cível Nº 2008.71.02.000356-3/RS, Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, Apelante: Ministério Público Federal, Apelante: Ministério Público Militar, Procurador: Jorge

pelo Ministério Público Federal (MPF) e Ministério Público Militar (MPM), em Santa Maria (RS), com pedido de liminar, para que a União torne pública a opção de prestação de serviço militar alternativo para os jovens convocados que, por "escusa de consciência", declararem que não desejam prestar serviço militar.[57] A ação foi distribuída no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que abrange os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Foi alegado na petição vestibular que o Serviço Militar Alternativo já está regulamentado em lei, porém não é cumprido pelas Forças Armadas e nem ao menos sua existência é noticiada, fazendo com que, até hoje, ninguém tenha prestado o Serviço Militar Alternativo.

Em primeira instância, a Justiça Federal de Santa Maria considerou que o MPM não tinha legitimidade ativa para interpor ACP. Na apelação, entre outras coisas, foi defendida a legitimidade ativa do MPM. O TRF-4 determinou o prazo máximo de três anos para inserção do direito à escusa de consciência nas campanhas publicitárias e no formulário de alistamento. O mesmo prazo foi dado para a implementação, por meio de convênios com instituições públicas, do Serviço Militar Alternativo. O TRF-4 elencou pelo menos duas áreas prioritárias para os convênios: saúde e educação. Lamentavelmente, os limites territoriais da sentença estão limitados aos três Estados da área de competência do tribunal, posto que a ACP faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão.[58]



Inegavelmente o Serviço Alternativo não foi implantado, apesar da previsão constitucional de quase um quartel de século, os jovens que alegam imperativo de consciência são automaticamente eximidos da obrigação constitucional. Trata-se de desídia administrativa, fazendo tábula rasa ao preceito constitucional. Espera-se com a edição da Lei nº 12.608 esta atitude mude.

O art. 9º da PNPDEC reconhece a competência executiva comum entre União, Estados e Municípios, omitindo o Distrito Federal, para promoção de uma cultura nacional de prevenção de desastres e de uma consciência nacional acerca dos riscos de desastre no país. Para esta mudança comportamental é essencial o acesso à informação, ao ensino e à capacitação de toda a população.

Talvez este seja o nascedouro de uma nova carreira ligada à defesa civil. Poderia talvez ser um pré-requisito para os que almejam ingressar no cargo de Bombeiro, ou, pelo menos, que houvesse uma pontuação no edital de concurso público, beneficiando aqueles que tivessem esta capacitação prévia.

---

Cesar de Assis, Apelado: União Federal, Advogado: Procuradoria-Regional da União.

[57] O direito à objeção de consciência é garantido na Constituição Federal de 1988, desde que haja a contraprestação do serviço alternativo.

[58] EREsp 411529/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 10 de março de 2010, DJe 24/03/2010.

## Uso do solo

O uso do solo e a especulação imobiliária estão sendo crucificados como os grandes vilões dos desastres hidrológicos, sem referências à falta de políticas públicas e ações governamentais preventivas de desastres. Impossível negar suas participações, mas eles não são os únicos a errarem por ação ou por omissão. Há um pacto de silêncio entre comunidade e poder municipal, com várias modalidades de participação. Torna-se comum que pessoas, acreditando na impunidade da "Lei de Gerson"[59], aprovam e executam seus projetos de obra e, depois da obtenção do "habite-se", impermeabilizam a parcela do solo que deveria ficar permeável ou em situações em que a própria municipalidade permite a impermeabilidade por ser área de interesse social. Inexiste fiscalização periódica posterior, o que facilita estas práticas. A comunidade também não auxilia a municipalidade, posto que vê o que ocorre e silencia, na convicção que cada um deve cuidar da sua vida.

A PNPDEC, no art. 23, veda a concessão de licença ou alvará de construção em áreas de risco indicadas como não edificáveis no plano diretor ou legislação dele derivada, assim, a concessão de licença tipificará o crime do art. 67 da Lei n$^0$ 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais (LCA). A atuação do agente público ambiental passa a ser regida pela certeza que, fiel ao Princípio da Cautela, a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco (art. 2º § 2º da PNPDEC).



Adotando a técnica de estímulos positivos, e não de ameaças de punição, a lei prevê que a União pode conceder incentivo ao município que aumentar a oferta de terra urbanizada para utilização em habitação de interesse social, por meio dos institutos previstos no Estatuto da Cidade, transferindo recursos para a aquisição destes terrenos (art. 16 da PNPDEC). Esta previsão é coerente com a do art. 2$^0$, § 1$^0$, da mesma norma, que prevê a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral na densificação das suas normas.

Mas, se a lei dá incentivos com uma mão, cobra atividades com a outra, incluindo o art. 3º-B na Lei nº 12.340/2010, que determina, verificada a existência de ocupações em áreas vulneráveis, caber ao município adotar medidas que reduzam o risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro.

Apesar da expressa previsão na PNPDEC que os programas habitacionais devem priorizar, a relocação de comunidades atingidas e de moradores de áreas de risco, a remoção, é um problema sério posto que as pessoas, mesmo reconhecendo o risco, em geral, se recusam a sair por lhes faltar a percepção dele. O motivo da negativa, aparentemente incompreensível, é detectável quando

[59] Gerson foi um jogador de futebol que ficou famoso por um comercial de TV onde dizia que "temos que levar vantagem em tudo".

se investiga o que aconteceu com moradores removidos no passado, mesmo quando já havia a previsão legal do aluguel social.[60]

Registre-se que, atendendo às garantias constitucionais do devido processo legal, a remoção só se efetivará após a realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros. Os removidos devem ser previamente notificados, recebendo cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia.

Alterações também ocorreram na Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, que determina dever o Plano Diretor "evitar a exposição da população a riscos de desastres" (inciso VI do art. 2º).

Outra alteração do Estatuto da Cidade ocorreu no rol dos municípios obrigados a elaborar Plano Diretor (art. 41), que ganhou mais um inciso para incluir os municípios que tenham áreas constantes do Cadastro Nacional de Áreas de Risco, sem estabelecer prazo ou punição, como na versão inicial da lei, pela inadimplência da elaboração.

Foram incluídos os arts. 42 A, e 42 B no Estatuto da Cidade, para adequá-lo ao PNPDEC, determinando que os Planos Diretores de Municípios, com áreas de risco, explicitem: I – parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e a contribuir para a geração de emprego e renda; II – mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; III – planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastre; IV – medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; e V – diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, se houver, observadas a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e demais normas federais e estaduais pertinentes, e previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido. Constata-se uma preocupação da PNPDEC com a crise habitacional, que induz as pessoas a fazerem suas casas em áreas de risco.



## Conclusões

A ocupação humana desordenada potencializa os efeitos dos desastres naturais. Respeitar as limitações naturais de habitabilidade e restringir as ocupações nas áreas de risco são decisões municipais que devem ser adotadas para evitar a

[60] Ver processos: Apelação nº 0006885-31.2011.8.19.0037; Apelação nº 0005383-57.2011.8.19.0037; 0004177-08.2011.8.19.0037; Agravo nº 0018185-67.2012.8.19.0000; AI nº. 0018185-67.2012.8.19.0000, todos da 6ª Câmara Cível do TJRJ, onde o aluguel social é reconhecidamente devido, mas não é pago pelo município.

gravidade dos desastres, em especial por estar vinculada à fragilidade do ambiente socialmente construído e na vulnerabilidade de seus habitantes.

Para conviver com os desastres naturais é imprescindível entender e conceituar cada fenômeno, verificando quais as medidas preventivas que devem ser realizadas antes, durante e depois de sua ocorrência.

É tentador pensar que os desastres naturais são eventos completamente fora do controle humano ou são acidentes inevitáveis. Mas os seres humanos podem planejar com antecedência para reduzir a probabilidade de muitos desastres e reduzir seus danos, bem como estabelecer procedimentos para a reconstrução depois. O sistema jurídico desempenha um papel central na prevenção de desastres, resposta e gerenciamento.

Defesa civil, como foco de estudo, tem um grande potencial para prevenir desastres e não atuar apenas como socorrista, contribuindo para o desenvolvimento e segurança social, agindo no combate das vulnerabilidades socioeconômicas, ambientais e políticas públicas, com atitudes proativas.

Ela é muito mais que um órgão de resposta; é uma instituição capaz de coordenar esforços no sentido de articular e mobilizar meios logísticos em todas as fases do processo de redução de desastres, estimulando a prática de ações preventivas e de preparação da população para as emergências e desastres, aqui denominados, de ações proativas.

A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil, integrando-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável. Assim, o Princípio da Economicidade, previsto no art. 70 da CF, que veda a duplicidade de meios para atingir a uma única finalidade, deve ser aliado ao Princípio da Cooperação entre os entes federativos (art. 4º, inciso I da PNPDC).



O Serviço Militar Alternativo é um importante instrumento de capacitação de pessoas para proteção e defesa civil. Certamente ele poderá ser executado pelo Corpo de Bombeiros e pela Defesa Civil dos Estados.

# Justiça para os animais? Considerações a partir da ética de Ernst Tugendhat

**Bruno Amaro Lacerda**[1]
**Eduarda Cellis da Silva Campos**[2]

**Resumo**

Este artigo pretende mostrar que os animais não podem ser considerados sujeitos de justiça, embora mereçam proteção moral derivada da compaixão humana. Para tanto, estabelece um diálogo com a obra do filósofo Ernst Tugendhat, analisando, a partir de conceitos por ele desenvolvidos, o argumento e a possível contradição dos defensores dos direitos dos animais.

**Palavras-chave:** Justiça. Animais. Tugendhat.

**Abstract**

This paper intends to show that animals cannot be considered as subjects of justice, although deserve moral protection derived from human compassion. For this establishes a dialogue with the work of the philosopher Ernst Tugendhat, analyzing through the concepts that he developed the argument and the possible contradiction of the defenders of animal rights.

**Keywords:** Justice. Animals. Tugendhat.

## Introdução

Entre as inquietações e dúvidas suscitadas pela bioética contemporânea, em consequência das rápidas transformações ocorridas em nossa sociedade nas últimas décadas, uma pergunta tem se destacado nas investigações atuais de bioeticistas e juristas: nós, seres humanos, possuímos deveres de justiça em relação aos animais?

Não é possível chegar a uma resposta adequada para esta pergunta sem que se explicite o que se entende aqui por justiça. Para alcançarmos um conceito satisfatório dessa virtude e discutirmos sua possível extensão aos animais, devemos antes averiguar o que é a moral, pois a justiça é uma exigência moral. Para tanto, dialogaremos com algumas obras recentes de Ernst Tugendhat.

[1] Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.
[2] Bolsista de Iniciação Científica (Programa de Instalação de Doutores/PROPESQ) da UFJF.

Em seguida, apresentaremos brevemente duas concepções de defesa dos direitos dos animais, visando mostrar que mesmo os defensores da extensão da justiça aos animais admitem que entre humanos e não humanos não haja espaço para uma *simetria*, a qual, em nossa opinião, é imprescindível para a configuração do dever de justiça.

## A moral como sistema de exigências recíprocas

Partindo de uma análise etnológica, o autor entende a moral como um "sistema de normas sociais sob as quais os indivíduos se veem ao longo de toda a vida" (TUGENDHAT, 2002, p. 26), não havendo a possibilidade de escolher estar ou não vinculado a uma moral. Este é um sistema de exigências recíprocas que se expressam em sentenças de dever, limitando o espaço de liberdade dos indivíduos e sujeitando-os à pressão social, ou seja, à indignação da comunidade moral diante de um comportamento diferente do que é reciprocamente exigido, e à culpa, indignação do próprio indivíduo para com seu ato considerado imoral. Por restringir a liberdade, os indivíduos integram-se plenamente ao sistema somente mediante sua justificação. Assim, cada moral desenvolve um conceito de "boa pessoa", que poderia ser definida como aquela que se comporta de acordo com as normas morais reciprocamente aceitas pelos membros do agrupamento social.



De acordo com Tugendhat, para entendermos como uma norma pode ser justificada, é necessário considerá-la um imperativo geral, sendo a norma moral um imperativo geral *recíproco*. O objetivo das justificações morais, assim, é mostrar a cada integrante da comunidade moral que há uma razão compartilhada (intersubjetiva) para submeterem-se à norma.

Existem historicamente dois tipos de justificação da moral: a justificação vertical (ou autoritária) e a justificação reciprocamente horizontal (ou autônoma). Em uma moral autoritária, o motivo para submeter-se ao sistema consiste em considerar uma autoridade como determinante em si (como Deus, por exemplo). Em uma moral autônoma e recíproca, "os indivíduos, por si mesmos, julgam ter uma razão para considerar o imperativo do sistema como reciprocamente válido" (TUGENDHAT, 2002, p. 30). Assim, a justificação vertical prescinde de razões, ao passo que a justificação horizontal baseia-se essencialmente nelas, uma vez que necessita, para ter validade, que seres humanos sejam convencidos por argumentos provenientes da razão de outros seres humanos.

Algumas objeções poderiam ser feitas ao conceito de moral apresentado, como o de que ele se reduziria à adaptação social, excluindo por completo uma moral autônoma. No entanto, uma pessoa não constrói uma moral própria rejeitando completamente a moral vigente e os sentimentos de indignação e culpa, mas tenta mostrar à sociedade que o sistema poderia ser justificado de um modo melhor e que os objetos desses sentimentos deveriam ser outros, diferentes dos aceitos. Se o indivíduo negasse por completo as normas morais, não estaria criando uma moral autônoma, mas *máximas privadas* que não poderiam ser justificadas

intersubjetivamente. Outra crítica é dirigida à restrição do conceito, no sentido de que há comportamentos morais, como os comportamentos altruístas, que não são normativos. No entanto, a moral como sistema normativo de exigências recíprocas e o altruísmo encontram-se em uma relação parcial de sobreposição, não havendo uma separação completa nem choque entre esses dois momentos da experiência social.

## A justiça

O conceito de bom não pode ser estabelecido, segundo Tugendhat, sem o conceito de justo, pois o que é moralmente bom em uma sociedade está necessariamente ligado à justificação de normas relacionadas especialmente ao equilíbrio entre os indivíduos, que devem ser igualmente considerados. Em uma moral autônoma e reciprocamente justificada, que segue o princípio de que na justificação cada indivíduo conta em igual medida, o parâmetro para o equilíbrio somente pode ser a igualdade, e, por conseguinte, o conceito de justiça da moral autônoma é igualitário. O sistema seria injusto caso não fosse igualmente bom para todos e, nessa hipótese, uma parte das pessoas teria que forçadamente se submeter às normas.

Duas referências essenciais para a justiça são a definição de Platão, no Livro I da *República* (331e-332c), e a distinção feita por Aristóteles entre justiça distributiva e corretiva. Para Tugendhat, a definição de Platão deve ser traduzida como: uma ação é justa quando dá a cada qual o que merece. Assim, toda a noção de justiça parece estar relacionada ao mérito. Para Aristóteles, justiça corretiva é aquela em que houve um desequilíbrio da situação moral ou jurídica que deve ser restabelecida pelo juiz. A justiça distributiva, por sua vez, fundamenta-se no mérito e está associada à distribuição de bens ou males entre os membros da sociedade. Para que haja uma distribuição igualitária, é necessário pressupor que todos merecem o mesmo, e se uma distribuição igual é vista como injusta, entende-se que as pessoas merecem mais ou menos, por razões específicas:



> "Uma decisão justa sobre reparação ou distribuição pressupõe sempre um pano de fundo moral, isto é, regras morais existentes ou fatos moralmente relevantes em consideração aos quais a decisão possa ser justa, isto é, adequada. A consideração exclusiva destes fatos e regras, isto é, do que cada um *merece* em razão dos fatos e de acordo com as regras, constitui o que se pretende dizer com 'imparcialidade'" (TUGENDHAT, 1997, p. 397).

Tugendhat dá atenção especial à justiça distributiva, pois nas teorias da justiça conhecidas essa espécie encontra-se em grande evidência. A questão de como devemos entender e aplicar a regra de distribuição é a mais relevante dentro da teoria da justiça contemporânea, verificando-se duas posições sobre o tema: a igualitária, segundo a qual os bens devem ser distribuídos igualmente entre todos,

e a "aristotélica", que defende o "igual somente àqueles que merecem igualmente; seria injusto distribuir igualmente aos que merecem o desigual" (TUGENDHAT, 1997, p. 401).

No entanto, essas concepções não são totalmente contrárias, havendo concordâncias entre elas. Na hipótese de duas pessoas merecerem o desigual, elas partilham que é injusto conceder-lhes o igual. Se não há razões relevantes para justificar a desigualação, a concepção aristotélica concorda com a igualitária no sentido de que deve haver igual distribuição. Por conseguinte, o aristotélico possui como contraponto a concepção igualitária, sendo que esta não necessita de fundamentação por ser a regra mais simples de distribuição, cabendo à parte oposta a obrigação de fundamentar a posição divergente. O aristotélico simplesmente distingue diferentes classes que limitam a igualdade, mas no interior de cada classe a igualdade permanece.

Para clarear o problema, Tugendhat vale-se do exemplo da divisão de uma torta entre quatro crianças. Várias justificativas podem ser usadas para que ocorra uma divisão desigual: a necessidade, caso uma criança estivesse com mais fome que as outras; o direito adquirido, se outra dissesse que a mãe havia lhe prometido um pedaço maior; o desempenho, caso uma criança tivesse trabalhado na produção da torta; e o argumento de que uma criança teria maior valor, por exemplo, por ser primogênita. A simples alegação de uma razão, segundo o autor, não é suficiente, pois é preciso que esta seja claramente relevante. Se, porém, nenhuma razão relevante for alegada, a divisão igualitária será a regra.



Há duas formas de limitação da concepção igualitária: a discriminação primária, desigualação que admite a existência de valor diferente entre os homens, e a discriminação secundária, que engloba todas as formas que se possam produzir de distribuição desigual, mas pressupondo que todos têm o mesmo valor. São exemplos de discriminação primária o argumento da criança com relação à sua primogenitura e a ideia de que brancos possuem maior valor que os negros. Estes argumentos são hoje inaceitáveis, configurando-se a impossibilidade de sua validade em razão da moral do respeito igual. Assim, um sistema moral atual só pode aceitar discriminações secundárias, que não atentem contra o princípio ético do valor igual.

Existem basicamente três formas de fundamentar a distribuição desigual secundária: necessidade, mérito em sentido estrito e direito adquirido. Esses pontos de vista, com frequência divergentes entre si, não são aplicáveis à distribuição de quaisquer bens, mas somente a um determinado plano da justiça distributiva, estando assegurada a distribuição igual dos direitos. Considerando a distribuição de bens materiais, percebe-se que, em uma comunidade de cooperação, seus membros atribuem-se reciprocamente direitos; os bens materiais, no entanto, não são considerados objeto de distribuição, e o poder só é distribuído em decorrência do desejo de uma administração coletiva dos assuntos comuns: "Qualquer que seja o bem a ser distribuído, não faz parte do conceito de justiça distributiva que tudo deva ser distribuído, mas apenas que, *se* algo deve ser distribuído, para a distribuição não ser arbitrária, tem de ser justa" (TUGENDHAT, 1997, p. 409).

Os três pontos de vista apresentados devem ser avaliados moralmente, e, para tanto, é preciso analisá-los separadamente. A análise do argumento da necessidade requer uma distinção entre necessidade objetiva e necessidade subjetiva. A primeira existe quando alguém possui uma dificuldade social maior, como um deficiente físico, por exemplo. É necessitado quem possui desvantagem, de acordo com critérios objetivos, e carece de um auxílio especial, sendo uma forma de "indenização" dar algo que lhe falta, constituindo-se essa forma de consideração especial um direito que não coloca em questão uma distribuição igualitária fundamental.

Mas se uma pessoa alega ter mais necessidades ou necessidades mais caras do que outras, considera-se essas necessidades como subjetivas, como anseios ou desejos maiores do que os dos outros, podendo ser mais bem enquadrada como princípio utilitarista e não como princípio de justiça. A alegação do mérito gera uma distribuição desigual que pode ser avaliada como moralmente melhor, mas, ainda assim, não será a mais justa. Isso é possível visto que a justiça é apenas um dos aspectos da moral. A utilização do argumento de direito adquirido entra em contradição com a distribuição igualitária, pois qualquer proposta de redistribuição ou melhoria mais justa que a anterior irá ferir os direitos adquiridos.

Conforme exposto, o conceito de justiça não pode ser definido independentemente da moral, pois a compreensão do que é "justo" está intrinsecamente relacionada à noção de "moralmente bom". Atualmente, a discussão sobre justiça tem sido associada principalmente à distribuição de bens materiais. Mas, adverte Tugendhat, o ponto central da justiça consiste na distribuição de direitos morais. É improvável que se chegue a um conceito de justiça desconsiderando os sentimentos morais, o conceito de boa pessoa, o apreço e o desprezo morais. Estes últimos, valorações positivas e negativas, geram a sociedade moral ao serem exercidos reciprocamente por seus membros, não reduzindo a exigências o relacionamento dentro dessa sociedade. Nesse tecido normativo, existem os motivos egoístas de cada ator e os interesses altruístas dos espectadores, sendo que a motivação do ator consiste em ser apreciado moralmente e a motivação do espectador é o interesse na ação moralmente boa dos outros. Percebe-se, com isso, que uma moral não religiosa possui duas fontes: o interesse egoísta e a compaixão (considerada moralmente relevante somente se for generalizada).



Agir altruisticamente provoca um louvor moral, assim como o sentimento de compaixão, na medida em que este leva a um comportamento altruísta: "Ser compassivo, intensificar e generalizar a própria disposição para a compaixão se faz uma obrigação moral" (TUGENDHAT, 2003, p. 27). No entanto, Tugendhat não define em que grau as obrigações morais, que consistem em exigências recíprocas, podem ultrapassar os limites da reciprocidade em uma moral assim justificada. Quando generalizada, a compaixão permite a extensão dos limites da sociedade moral para além do próprio grupo, alcançando a todos os que podem ser considerados objetos de tal sentimento, inclusive

os animais: "O altruísmo espontâneo rompe os limites do contratual e do normativo, mas ele também se deixa integrar neles" (TUGENDHAT, 2002, p. 49), não podendo ser exigido, embora seja incorporado ao conceito de moralmente bom.

A partir dessas noções de moral, justiça, altruísmo e compaixão, pode-se concluir que a justiça está inserida na moral como um de seus elementos, do mesmo modo que a compaixão e o altruísmo. Embora esses componentes façam parte do mesmo conjunto maior – a moral – não se misturam. Assim, o altruísmo e a compaixão não integram a justiça, nem esta exige necessariamente os primeiros. Agora estamos aptos para ver a posição dos animalistas e pensarmos suas posições a partir do analisado.

## A posição dos animalistas

Observando a discussão atual sobre os direitos dos animais, verifica-se que a sua origem está nas diversas concepções éticas, resultando em interpretações antagônicas sobre o *status* dos animais, os possíveis deveres que o homem possui em relação a eles e qual sua exata posição dentro da moralidade e da justiça. Especialmente nas últimas décadas, importantes correntes éticas têm defendido posições divergentes e mesmo contraditórias sobre o tema. Entre elas está o utilitarismo, que se fundamenta no princípio do bem-estar máximo, do qual se depreende que todos os seres capazes de sensações de prazer e dor devem receber proteção para os seus interesses. Um dos principais representantes da posição utilitarista é o professor australiano Peter Singer, que, embora defenda o princípio básico da igualdade, declara:



> "Não é uma arbitrariedade afirmar que a vida de um ser autoconsciente, capaz de pensamento abstrato, de planejar o futuro, de ações complexas de comunicação e assim por diante, é mais valiosa do que a vida de um ser que não possua essas capacidades. (…) O mal da dor, em si, não é afetado pelas características do ser que a sente; mas o valor da vida é afetado por essas características" (SINGER, 2010, p. 32-33).

Esta passagem da obra de Singer mostra que, embora os animalistas defendam a igual consideração dos interesses de animais e seres humanos, eles atribuem diferentes valorações para as formas de vida, conferindo à vida humana um valor superior que a dos animais.

De modo semelhante, Martha Nussbaum, que defende a existência dos direitos dos animais com base na teoria das capacidades (*capabilities*), sustenta que "os animais são sujeitos que têm direitos à prosperidade e que, por isso, são sujeitos de justiça, não apenas objetos de compaixão" (NUSSBAUM, 2008, p. 102). Entretanto, ela afirma que:

> "(...) muitas pesquisas importantes com consequências relevantes para a vida e a saúde dos seres humanos e de outros animais irão infligir enfermidade, sofrimento e morte em pelo menos alguns animais, ainda que sob as melhores condições. Não sou a favor de que tais pesquisas sejam interrompidas" (NUSSBAUM, 2008, p. 124).

Assim, a autora admite que, em determinadas circunstâncias, especialmente quando interesses relevantes de homens e de animais estejam em conflito, prevalece o interesse do ser humano, ainda que custe o sofrimento ou mesmo a vida de um ou mais animais. Deste modo, ela ratifica a desigualdade de valor entre humanos e não humanos.

Considerando a tese de Tugendhat, a ideia de conferir valores distintos aos seres enquadra-se no conceito de discriminação primária, que estabelece uma desigualação pelo fato de um indivíduo possuir maior valor que outro. Em sua concepção de justiça, somente pode ser aceita como válida uma discriminação secundária, partindo-se do pressuposto de que os envolvidos na relação de justiça possuem o mesmo valor, possibilitando uma desigualação somente quando houver razões relevantes que a justifiquem.

Há uma contradição, portanto, na posição dos animalistas que defendem uma valorização dos interesses dos animais em termos de justiça e ao mesmo tempo admitem que eles não possuem o mesmo valor que os seres humanos. Ao estabelecerem entre humanos e animais uma discriminação primária (nos termos da ética de Tugendhat), postulando uma desigualdade de valor entre a nossa e as demais espécies, eles terminam por mostrar que a inclusão dos animais no conceito de justiça é teoricamente inviável, pois a justiça pressupõe uma natural igualdade entre os seus sujeitos destinatários. Os animalistas terminam por ser agentes da discriminação que alegam combater, o "especismo" (prevalência arbitrária da espécie humana sobre as demais).



## Conclusão

A partir dos conceitos de moral e justiça de Tugendhat e das posições de Singer e Nussbaum, pode-se concluir que somente merecem justiça os seres que possuem o mesmo valor dos humanos, o que exclui os animais do âmbito da justiça, ainda que possam ser considerados objetos da moral. É compreensível que seres humanos compassivos queiram que todos se comportem de maneira a não permitir o sofrimento dos animais. Contudo, a admissão dos animais na moralidade não pode ser forçada, embora possa se tornar aceitável caso eles sejam considerados objetos de uma obrigação moral alheia à ideia de justiça, baseada, portanto, não em direitos, mas em sentimentos.

Embora a compaixão faça parte da moral, não constitui seu fundamento, e por isso os deveres de compaixão não são considerados deveres de justiça. Por conseguinte, em relação à pergunta inicial, pode-se responder que nós, seres

humanos, possuímos uma obrigação moral para com os animais, sendo estes objetos e nós os sujeitos desse dever que necessariamente depende dos nossos sentimentos compassivos e não de um valor intrínseco (a dignidade) que eles não possuem. Com isso, nós os excluímos da atribuição de direitos, prerrogativa exclusiva das pessoas, mas reservamos-lhes uma proteção moral que se justifica pela sua fragilidade diante da nossa presença no mundo.

## Referências bibliográficas

NUSSBAUM, Martha. Para além de "compaixão e humanidade" – justiça para animais não humanos. In: MOLINARO, C. A.; MEDEIROS, F. L. F.; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Org.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos. Uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 85-126.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.

TUGENDHAT, Ernst. *Não somos de arame rígido.* Conferências apresentadas no Brasil em 2001. Canoas: Editora da ULBRA, 2002.

TUGENDHAT, Ernst. *O problema da moral*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

# Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios

**Ana Paula Teixeira Delgado**[1]

**Resumo**

O objetivo deste trabalho é analisar a situação da interpretação constitucional em tempos de pós-positivismo, bem como a dificuldade de se romper com o paradigma positivista de outrora, neste momento da história em que há deslocamento do polo de tensão para o Judiciário, o qual tem sua atuação ampliada em virtude do constitucionalismo dirigente. Neste contexto, destaca-se o papel a ser exercido pela jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais colacionados na Constituição de 1988 sob a óptica das teorias substancialistas e procedimentalistas, cujo debate reputa-se de fundamental importância para definir o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição nos dias atuais.

**Palavras-chave**: Pós-positivismo. Jurisdição constitucional. Teoria procedimentalista. Teoria substancialista.

**Abstract**

This study aims to analyze the situation of constitutional interpretation in post-positivism and the difficulty to break with the positivist paradigm of yore in a moment in history where there is a pole shift voltage for the Judiciary, which has the expanded its operations by virtue of constitutionalism leader. In this context, we highlight the role to be played by the constitutional court in the realization of fundamental social rights in the 1988 Constitution collated from the perspective of theories and substantialists proceduralists, whose reputation debate is crucial to define the degree of dirigisme and normative force of the present day.

**Keywords:** Post-positivism. Constitutional jurisdiction. Proceduralist theory. Substantialist theory.

[1] Doutoranda 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.

# Introdução

O novo constitucionalismo, que emergiu após a segunda metade do século XX, transformou-se em campo fértil para o surgimento de diversas teorias, desde aquelas do discurso até a fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas. Nos últimos 50 anos, tais teorias tiveram objetivos em comum: superar o modelo das regras, tentar resolver o problema de sua incompletude e solucionar os 'casos difíceis' (não abarcados pelas regras), bem como a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

Em face do esgotamento teórico dos modelos positivistas da teoria do direito, buscou-se construir novo paradigma com vistas a enfrentar problemas interpretativos próprios da razão prática, o qual passou a ser cunhado "pós-positivismo", por pretender romper com os projetos positivistas de outrora, de modo a superar suas insuficiências.

Com a autonomização do direito, recebida mediante o advento das constituições dirigentes, tornou-se preciso superar os problemas da discricionariedade judicial – instrumentalizada de modo equivocado pelo uso indiscriminado de princípios –, das fontes sociais e da cisão entre direito/moral, entre razão teórica e razão prática, por meio da descontinuidade com o projeto positivista (tanto o exegético quanto o normativista). Diante dessa perspectiva, é essencial que se traga para o debate atual as indagações importantes no que concerne à definição do papel da justiça constitucional e da interpretação constitucional.



Nesse contexto, cabe ainda destacar até que ponto o pós-positivismo superou o discurso exegético-positivista, fundamentado no esquema sujeito-objeto e na discricionariedade/arbitrariedade judicial. Do mesmo modo, questiona-se a legitimidade da justiça constitucional, que passou a ter suas atribuições ampliadas na efetivação dos direitos fundamentais propiciados pelo constitucionalismo contemporâneo – dirigente e compromissório – sob a óptica das perspectivas substancialistas e procedimentalistas.

# Emergência do pós-positivismo: novo paradigma ou repristinação de antigos modelos?

## Modelo positivista e o problema da discricionariedade judicial

O direito passou por duas revoluções no século XX, que trouxeram consequências relevantes para a sua interpretação. A primeira foi a do novo constitucionalismo, em resposta à crise gerada pelos projetos positivistas. A partir da segunda metade do século XX, o constitucionalismo procurou romper com as insuficiências do paradigma vigente por meio de constituições sociais compromissórias e dirigentes com vistas à preservação da democracia e dos direitos fundamentais.

A segunda revolução foi a viragem linguístico-ontológica[2] operada por Heidegger, que representou a conciliação entre a teoria e a prática para a superação do positivismo, a qual ainda não foi recepcionada por muitos juristas, que ainda não foram além do paradigma positivista.

Suscita-se, então, o debate de questões que devem ser enfrentadas do ponto de vista da análise da legitimidade e da validade do direito em tempos pós-positivistas, de superação do positivismo jurídico – tanto o exegético quanto o normativista – e da babel resultante da separação entre: questões teóricas e questões práticas; validade e legitimidade; moral e direito; interpretação e aplicação incompatíveis com uma teoria do direito adequada às perplexidades surgidas a partir do novo constitucionalismo.

As teorias positivistas estabeleceram um princípio fundado em uma razão pura, não se colocando em discussão as questões relativas à legitimidade e à validade das decisões, considerando-se certo que os problemas de validade seriam resolvidos pela análise lógico-semântica, ao passo que os problemas da legitimidade seriam resolvidos pela teoria política, que teve em Kelsen o seu baluarte, o qual apostava em uma moral relativista. Neste sentido, Kelsen pode ser visto como pessimista moral, pois, em sua concepção, não haveria Moral única, mas vários sistemas diferentes de moral, muitas vezes antagônicos:

> "A necessidade de se distinguir o direito da moral e a ciência jurídica da ètica significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto, apenas tem de conhecê-lo e descrever". (KELSEN, 1991, p. 74)



Para esse autor, a moral é objeto de estudo da ética, enquanto o direito é responsabilidade da ciência jurídica. Assim, as questões advindas dos problemas da razão prática são relegadas a segundo nível por não poderem ser cientificamente analisadas, o que conduz ao problema da aplicação judicial do direito nos tempos atuais.

O positivismo, classicamente, tem como características as fontes sociais, a separação entre direito e moral e a discricionariedade nas decisões dos supostos casos difíceis, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito, que não admite discricionariedade na aplicação judicial.

Por sua vez, o positivismo hartiano, como o de matriz kelseniana, procura determinar dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial, apostando-se na vontade do intérprete, o que possibilita a discricionariedade, que apresenta

[2] A partir do giro ontológico de Heidegger opera-se uma reconciliação entre a teoria e a prática, as quais se relacionam a partir de uma circularidade – o círculo hermenêutico –, que representa a superação do esquema sujeito-objeto, no qual o sujeito considera-se proprietário dos sentidos e cria o próprio objeto de conhecimento.

tênue fronteira com a arbitrariedade e a admissão da multiplicidade de respostas em direito.

A despeito de o direito ter-se autonomizado a partir do paradigma que exsurgiu com o Estado Democrático de Direito forjado pós-1945 com o advento das constituições dirigentes, sociais e compromissórias, permanece arraigada a crença de que há cisão estrutural entre interpretação, aplicação e decisão, bem como sequer foi desenvolvida nova teoria das fontes sociais.

Observa-se que a interpretação dá-se dentro de uma moldura normativa, na qual a interpretação é concebida como "ato de vontade" e ocorre uma espécie de fatiamento da pré-compreensão, contrariando a concepção de Gadamer de que a interpretação deve ser atribuição de sentido – *Sinngebubg*. Assim, é preciso compreender para interpretar, e a pré-compreensão ocorre no nível do *a priori*, de modo que o problema do sentido deve situar-se antes do problema do conhecimento.

A interpretação como ato de vontade do intérprete reflete a postura solipsista, que é capaz de rechaçar até mesmo a Constituição, mostrando-se própria do sujeito que se considera proprietário dos sentidos e que repristina a separação entre razão teórica e razão prática. Neste sentido, registra Lenio Streck:

> "A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto-decidendo é transformado em álibi para voluntarismo e discricionariedades, a partir de um grau zero de significado". (STRECK, 2011, p. 461)



Tal discricionariedade decorre do obsoleto esquema sujeito-objeto, da subjetividade assujeitadora que remete a decisionismos, nos quais o sujeito se apropria dos sentidos e se torna "dono" da Constituição, conferindo a interpretação que melhor lhe aprouver, o que reforça o seu caráter solipsista, conduzindo ao déficit democrático de muitas decisões.

## Modelos pós-positivistas e o problema das mixagens teóricas

Diversas teorias pós-positivistas buscam enfrentar os problemas interpretativos de maneira diferente com base em orientações filosóficas diversas, a saber: o pós-positivismo de matriz analítica, que está presente na obra de Robert Alexy; o pós-positivismo discursivo-comunicacional, que se manifesta em Habermas; o pós-positivismo hermenêutico-fenomenológico, de Ronald Dworkin; e o pós-positivista de corte gadameriano, presente nas obras de Friedrich Muller.

A despeito do desenvolvimento dos referidos modelos pós-positivistas, cumpre indagar se estas teorias superaram de fato o positivismo jurídico. Para tanto, dentre outros fatores, é importante romper com o solipsismo do sujeito

da modernidade e evitar o sincretismo teórico, evitando-se, assim, confrontos entre a hermenêutica filosófica – antirrelativista, que tem na pré-compreensão a antecipação do sentido –, e a teoria da argumentação – de cunho relativista, associada ao esquema sujeito-objeto, a qual admite múltiplas respostas. O ecletismo metodológico põe em xeque a construção teórica, o que ocorre frequentemente com autores que utilizam as teorias procedualistas de Habermas e a ponderação de Alexy (*APUD STRECK*, 2006, p. 12), o que enfraquecerá a construção teórica pós-positivista.

Para que haja real superação do positivismo, além de se evitar mixagens teóricas, também deve-se superar o problema do solipsismo epistemológico que permeia todas as espécies de positivismo, conforme observa Lenio Streck:

> "Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo (pós-exegético). A superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, ou também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática". (STRECK, 2011, p. 508)

Considerando que o positivismo caracteriza-se pelas fontes sociais e pela discricionariedade judicial nos supostos casos difíceis, para que haja verdadeira descontinuidade, deve ser preservada a autonomia do direito recebida com o advento das constituições dirigentes, bem como se deve superar o problema das fontes sociais, tendo em vista que a Constituição é o lócus hermenêutico de um sistema jurídico que corresponde ao Estado Democrático de Direito.



Outra característica que deve ser rompida é a separação entre direito e moral, uma vez que a moralização do direito cede lugar ao direito moralizado, o qual recebe conteúdos morais em sua fase de elaboração legislativa, que vinculam a *applicatio*, o que representa uma blindagem à discricionariedade.

A moral não deve ser utilizada de maneira corretiva ao direito, em contraposição aos reclamos por um direito moralizado, repristinando-se o positivismo jurídico. O judicialismo ético-jurídico assentado na discricionariedade é característico do denominado ativismo judicial, o qual não se confunde com a judicialização da política, própria de Estados que possuem constituições analíticas, com baixo grau de efetividade dos direitos sociais e amplo acesso à justiça.

No ativismo opera-se a ampliação de competências do Poder Judiciário, que atua como ator político e intérprete moral da sociedade. Verifica-se que este exclusivismo moral do Poder Judiciário baseado em juízos solipsistas é instrumentalizado por princípios, concebidos equivocadamente como suporte de valores da sociedade. A atuação discricionária e ativista do Judiciário conduz inexoravelmente à criação de uma "cidadania clientelista" e ao enfraquecimento dos poderes eleitos.

## Panprincipiologismo e tese da continuidade

É certo que a discricionariedade judicial representa a antítese do direito e da democracia além de não se coadunar com o Estado que exsurgiu no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Tal discricionariedade é instrumentalizada hodiernamente pela utilização indiscriminada de princípios.

Através dos tempos nota-se que a discricionariedade constituiu prerrogativa tanto do monarca, quanto do legislativo e, mais recentemente, do Judiciário, com o deslocamento do polo de tensão em direção a este poder, o que conduziu a um grau de judicialização sem precedentes.

Observa-se que, no Antigo Regime, a discricionariedade situava-se na pessoa do monarca, o que foi transferido para o Poder Legislativo com o advento do Estado pós-revolucionário. O deslocamento da discricionariedade para o referido poder acabou por caracterizar um Estado essencialmente legislativo e autoritário, no qual a lei era potencialmente capaz de suprir toda a faticidade e o juiz assumia o papel de boca-da-lei, modelo já superado (STRECK, 2011, p. 514).

No entanto, com o desenvolvimento desse sistema de codificação, constatou-se que a lei não cobre toda a realidade fática, a qual apresenta problemas que não foram contemplados pelo legislador. Verifica-se que a faticidade não cabe dentro da lei, o que revela a insuficiência do sistema adotado.



Mediante esta constatação, a discricionariedade foi deferida, pelo legislador ao juiz,[3] à autorização legislativa para a análise discricionária no caso concreto, que é instrumentalizada através dos princípios, sucedâneos dos princípios gerais do direito. Neste contexto, os princípios passaram a ser concebidos como veículos introdutores dos valores da sociedade no direito diante da ausência de leis apropriadas para cobrir a faticidade.

A instrumentalização da discricionariedade por princípios foi desenvolvida pela atividade judicialista do Tribunal Constitucional Alemão após a Segunda Guerra Mundial, que se incumbiu de legitimar a lei fundamental diante de casos concretos ocorridos sob a égide do direito nazista.

Observando-se o contexto de refundação do Estado alemão, vê-se que foi necessário realizar a ruptura com o regime anterior, o que demandava a tomada de decisões *extra legem* e – por que não dizer? – *contra legem* por meio de princípios axiológico-materiais, instrumentos que permitiam justificar a fundamentação das decisões, de maneira a adequá-las aos ideais da democracia e à fundação de novo Estado.

Pela óptica do Tribunal alemão, os princípios incorporariam a moral ao direito, inserindo valores aos textos constitucionais. A Constituição constituía uma

[3] A autorização legislativa para a análise discricionária do juiz no caso concreto é cunhada por Lênio Streck de "discricionariedade de segundo nível, que acaba por se consubstanciar em uma política judiciária. Confere-se ao juiz a possibilidade de determinar a lei do caso, preenchendo as indeterminações criadas pelas autoridades legislativas" (STRECK, 2011, p. 514).

"ordem suprapositiva de valores", razão pela qual surgiu a expressão "jurisprudência dos valores", atividade desenvolvida pela Corte (OLIVEIRA, 2008).

Observa-se que, na era atual, os princípios passam a ser utilizados indiscriminadamente para solver determinados casos considerados de difícil solução ou em razão das incertezas da linguagem. A partir daí, verifica-se a criação de uma multiplicidade de princípios *prêt-à-porter* retóricos para sustentar decisões pragmatistas, os quais são, muitas vezes, tautológicos e, até mesmo, insuperáveis.[4] A equivocada utilização desenfreada destes princípios conduz a múltiplas respostas e traduz evidentemente um relativismo, inerente ao obsoleto esquema sujeito-objeto.

Os princípios, deste modo, passam a ser concebidos como pautas axiológicas, representando o lócus da junção entre direito e moral. Por meio do chamado principialismo, característico do neoconstitucionalismo, infere-se que qualquer resposta pode ser aparentemente correta.

A proliferação de princípios jurídicos, cunhada por Streck (2011) de panprincipiologismo, enfraquece a autonomização do direito e repristina o modelo positivista de outrora, tendo em vista que constitui instrumento de decisionismos e/ou ativismos judiciais.

Pode-se afirmar que a normatividade dos princípios conforma uma característica do neoconstitucionalismo, no entanto, estes não podem ser olhados da mesma maneira que os princípios gerais de direito novecentistas.

Antes de constituírem porta de entrada para os valores no direito, os princípios devem ser examinados como instrumentos introdutores do mundo prático no direito, sob o espeque da observância à tradição e à história jurídico-institucional.



## Princípios: cláusulas de abertura ou fechamento?

Em face da cultura de proliferação de princípios estabelecida no direito, é necessário construir-se uma adequada concepção de princípios no horizonte da reconstrução histórico-institucional de nossa comunidade.

Longe de constituírem uma reserva hermenêutica para a resolução de casos difíceis, os princípios possuem conteúdo deontológico e instituem as condições de possibilidade da normatividade, realizando a *applicatio*.

A ideia de princípio como canal de ingresso da moral deve ser superada, já que, com o advento das constituições dirigentes elaboradas pós-Segunda Guerra Mundial, a moral não é mais utilizada de forma corretiva no direito. Diferentemente, é imperioso destacar que o direito incorporou a moral porque se autonomizou. Os princípios constitucionais devem superar o modelo discricionário do positivismo

[4] Nesse sentido, a obra de Lenio Streck faz arguta crítica do panprincipiologismo, procedendo à análise de princípios utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina, identificando a pretensão retórico-corretiva e a tautologia em cada princípio citado (Cf. STRECK, 2011).

de forma a justificar uma decisão no interior da prática interpretativa que define o direito. No esteio deste entendimento, o princípio, longe de ser concebido como cláusula geral de abertura axiológica, realiza um fechamento hermenêutico, pois não autoriza o intérprete e o vincula desde fora.

A partir do momento em que os princípios são compreendidos como instituidores das condições de possibilidade da normatividade, abandona-se a visão privatista dos princípios gerais do direito de outrora, em favor da publicização do neoconstitucionalismo que emergiu no segundo pós-guerra.

A despeito de toda a importância que os princípios obtiveram no neoconstitucionalismo, constata-se a indeterminação de seu conceito, sobretudo a partir da análise de teorias pós-positivistas, como a de Robert Alexy.

Na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, o jusfilósofo Alexy preconizou que as normas de direitos fundamentais podem ser regras ou princípios que apresentam entre si uma distinção estrutural. Enquanto as normas-regra são comandos de determinação, por traduzirem um dever-ser restrito; as normas principiológicas constituiriam mandados de otimização, de dever-ser alargado, de maneira que, ao entrarem em conflito, tal dirimir-se-ia por meio do procedimento da ponderação, ao passo que a regra, dado o seu baixo teor de abstração, seria aplicada por subsunção.

Caso se pretenda realmente operar a descontinuidade com o positivismo discricionário, que instrumentaliza a discricionariedade por meio da concepção privatista de princípio, será necessário abandonar a concepção de que o princípio é uma abertura axiológica do sistema (OLIVEIRA, 2008). A concepção dos princípios através de um critério semântico-sintático, tal qual o faz Alexy, aponta para a objetificação do próprio conceito e representa a cisão estrutural entre regra e princípio. Daí a construção da ponderação como procedimento para resolver o conflito de princípios, que permanece dentro da relação sujeito e objeto.[5]



Os casos difíceis que devem ser solucionados através de princípios na lógica de Robert Alexy nada mais representam que a moldura normativa de Hans Kelsen e a repristinação do semanticismo que é ínsito ao solipsismo. O posicionamento de Alexy opera assim, um "sequestro" no mundo prático, pois o princípio não se determina pelo grau de abstração ou generalidade, tampouco o princípio introduz pretensos valores, conforme aduzido anteriormente.[6] Contrariamente à ideia de cláusula de abertura, os princípios constitucionais representam um fechamento hermenêutico, na medida em que realizam a *applicatio* na situação concreta a ser normatizada. Por tal razão, afirma Rafael Tomás:

[5] Rafael Tomás de Oliveira (2008, p. 223) realça a inexistência de princípio para cada caso, bem como a inexistência de dois princípios em colisão, destacando que, uma vez compreendido e já interpretado, sempre aconteceram os princípios e não "o princípio".

[6] É importante destacar que Lenio Streck (2011, p. 174) critica as posições ligadas à teoria da argumentação e seus diversos matizes, na medida em que concebemos princípios como regras ou protorregras em virtude de terem sido anulados por conceitualizações.

> "Esse semanticismo é fatalista, porque delega àquele sujeito da modernidade o poder discricionário de resolver sua demanda. Por tudo o que foi dito, ficou claro que a ponderação não resolve o problema da discricionariedade a partir da justificação matemático-procedimental da decisão judicial, mas sim retorna de um modo ainda mais perigoso, uma vez que legitima a discricionariedade do juiz a partir de uma validação pelo procedimento". (OLIVEIRA, 2008, p. 222-3)

Em contrapartida, a regra diz respeito a inúmeras possibilidades, representando uma abertura semântica, daí o seu caráter universalizante e poroso, tendo em vista que pretende abarcar todos os casos fáticos.

Por tudo isso, é importante afirmar que não existem casos em que se aplicam regras e casos em que se aplicam princípios, pois há sempre a compreensão de regras e princípios. Neste esteio, não ocorre a cisão entre regras e princípios, mas apenas diferenças ontológicas. Os princípios existencializam as regras e possuem força normativa. Não se pode, assim, isolar regras de princípios, pois não há regras sem princípios e vice-versa.

A adequada utilização de princípios reflete o respeito à tradição, à coerência e à integridade do direito. Para tanto, as decisões baseadas em princípios requerem a devida motivação, em consonância ao art. 93, XI, da Constituição Federal, dispositivo típico de um Estado Democrático de Direito, o que leva, no entendimento de Lênio Streck (2011, p. 471), a uma espécie de "*accountability*", envolvendo a responsabilidade política dos magistrados.



No que se refere à fundamentação das decisões, o dever dos juízes e o dos tribunais corresponde ao direito dos cidadãos de terem suas coisas julgadas a partir da Constituição e de terem condições para aferir se a resposta, de fato, é constitucionalmente adequada.

O dever de fundamentação constitui uma blindagem a interpretações deslegitimadoras e representa um meio para coibir a discricionariedade, respeitando-se a força normativa da Constituição, a autonomia do direito, a tradição, a coerência e a integridade, o que possibilitará a obtenção da resposta constitucionalmente adequada.

## Jurisdição constitucional e as teorias substancialistas e procedimentalistas

Com o advento da tradição inaugurada no pós-guerra, fundada no constitucionalismo dirigente e compromissório, amplia-se o papel da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior, o que aponta para a difícil convivência entre os poderes do Estado e o Poder Judiciário, cuja legitimidade passa a ser questionada na medida em que declara a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Poder Legislativo e anula atos normativos do Poder Executivo – ambos eleitos democraticamente.

O papel a ser exercido pela jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais colacionados na Constituição de 1988 deve ser analisado através das teorias substancialistas e procedimentalistas, cujo debate é de fundamental importância para definir o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição.

É preciso registrar que tanto os procedimentalistas quanto os substancialistas partem de idêntico pressuposto: estão tratando de modelos democráticos e pretendem superar a filosofia da consciência. O desdobramento constitui-se, de um lado, de uma concepção formal ou procedimental de democracia, e, de outro lado, da concepção material ou substancial.

Enquanto as teorias substancialistas sustentam uma atuação mais efetiva da justiça constitucional em face da omissão do Poder Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas, os procedimentalistas, por seu turno, entendem que a maior intervenção do Poder Judiciário enfraqueceria a democracia por falta de legitimidade da justiça constitucional, o que, na acepção de Habermas, "colonizaria" o mundo da vida.

Para os adeptos do substancialismo, os valores a serem realizados devem ser apreendidos historicamente a partir da sociedade. Diferentemente, os procedimentalistas defendem a apreensão de valores que são forjados comunicativamente em situações ideais de fala, nas quais todos os indivíduos autônomos podem deliberar. Assim, nesta perspectiva, o problema da atribuição do sentido é deslocado para a situação ideal de fala, que ocorre no seio de uma democracia discursiva, cujo objetivo é superar a linguagem da tradição.



A teoria procedimentalista tem o seu corifeu em Habermas. O filósofo alemão, ligado à Escola de Frankfurt, centra sua tese nos processos de discussão pública, das formas dialógicas e dos procedimentos, dos mecanismos de debate que conferem maior legitimidade às decisões em sociedades pluralistas, complexas e fragmentadas.

Neste contexto, para Habermas, o direito e a democracia não poderiam se pautar em concepções substanciais que postulem, desde o início, uma materialidade irrecusável de origem suprapositiva (OLIVEIRA, 2010, p. 95). Habermas, nesta perspectiva, refuta a ideia de Constituição enquanto sede de programas governamentais e como totalização axiológica de toda uma sociedade, que imponha uma vertente axiológica única, à revelia de outras ideologias, conforme a arguta observação de Fabio Correa de Oliveira:

> "Outrossim, com base na filosofia da linguagem, na relação entre sujeito e objeto, se opõe à visão da Constituição como uma fonte, a ser descoberta ou declarada, de postulados substanciais representativos da sociedade, como se já trouxesse, em si, a materialidade, carecendo apenas ser revelada." (OLIVEIRA, 2010, p. 108)

Diante da perspectiva habermasiana, a Constituição deve essencialmente prever procedimentos que estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas, diferentemente da concepção substancialista, para a qual a Constituição deve instituir uma espécie de axiologia apriorística.

Para Habermas (1997), "o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático". A ênfase em privilegiar um procedimento democrático implica que determinado tema poderá ser debatido na esfera pública política a qualquer momento, o que pressupõe, porém, o acatamento da opinião pública tanto por parte de um parlamento quanto por parte da administração, conforme sustenta o filósofo tedesco:

> "O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande". (HABERMAS, 1997, p. 185)

Todavia, para que se possa construir um discurso verdadeiramente capaz de atender as perplexidades sociais que ocorrem em sociedades capitalistas caracterizadas pela coexistência de múltiplas concepções, é necessário que o "agir comunicativo" seja pautado em processo aberto e dialógico, aplicável a indivíduos que se encontrem em situações de igualdade no debate, sob pena de déficit democrático.

Desta maneira, todos os potenciais participantes do discurso precisam ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de modo que contariam com a mesma chance em qualquer momento. Para o discurso, só se permitem falantes que, como agentes, tenham as mesmas oportunidades de empregar atos de fala representativos (expressar atitudes, sentimentos e desejos) e de empregar atos de fala regulativos (dar e recusar ordens, fazer e retirar promessas).



A fim de garantir a verdadeira legitimidade do consenso social, Habermas prevê a necessidade da escolha de procedimentos que estabeleçam meios e garantias para a adoção de decisões coletivas, obtida através do assentimento dos cidadãos por meio de trocas discursivas. Para tanto, Habermas destaca três princípios que devem nortear o procedimento comunicativo: o princípio da ética no discurso (o princípio D), o princípio da universalização (princípio U) e o princípio da democracia (princípio D).

Partindo da premissa de que a legitimidade jurídica advém do consentimento dos cidadãos associados mediante trocas discursivas, Habermas apresenta a formulação do princípio da ética no discurso: só podem reclamar validez as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto partícipes de um discurso prático.

Este princípio é fundamentado na autonomia da vontade dos indivíduos, que podem, inclusive, participar ou não do debate, permitindo-se a possibilidade de contraditar a deliberação tomada mesmo àquele que não participa do diálogo. Através deste princípio se afere a legitimidade do discurso, que deve convencer

a todos racionalmente, até aqueles que não fizeram parte do debate, conforme ressalta Fabio Correa de Oliveira:

> "O destaque está em perceber a negação do quem cala consente, porque a atitude de não participar da conversação não é bastante para legitimar o que foi avençado, como se o sujeito que se mantesse fora da discussão tivesse que aceitar o seu produto, seja qual for em uma espécie de pena pela sua omissão: suportar o decidido por não ter estado presente no seu processo de formação". (OLIVEIRA, 2010, p. 104)

Em contraposição ao relativismo ético, Habermas formula o princípio U, que desempenha papel de regra de argumentação no discurso, segundo o qual toda norma válida precisa satisfazer a condição de que suas consequências e efeitos colaterais, que possivelmente resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos.

Cabe ressaltar que, apesar de o diálogo ter sido forjado por sujeitos em condições ideais de discurso, ele continuará passível de discussão e poderá ser submetido a eventuais revisões, com o fito de aperfeiçoá-lo, já que aqueles que dialogam estão no mundo da vida e são constantemente influenciados pelo tempo e pelo espaço.



Observando-se a teoria de Habermas, infere-se que o modo ideal de operar a democracia reside no procedimento. As decisões cedem lugar aos procedimentos, que se tornam garantia das decisões que terão legitimidade. No esteio deste entendimento, a Constituição passaria a prever apenas os procedimentos que estabelecessem meios e garantias para a adoção de decisões coletivas, enquanto ao Poder Judiciário caberia tão somente zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação de opinião e da vontade política, razão pela qual Habermas refuta uma jurisdição constitucional interventiva, pois carecedora de legitimidade.

A ideia de procedimentalização da Constituição contrapõe-se à concepção material, a qual reforça a Constituição como norma que evidencia o seu conteúdo compromissório por meio de direitos sociais que devem ser efetivados por meio de um Judiciário mais atuante. Aqui, o juiz assume o papel de intérprete do direito produzido democraticamente, respeitando-se a coerência, a tradição e a integridade do direito.

## Teoria procedimentalista e realidade brasileira

Algumas críticas são formuladas com relação à teoria procedimentalista. A primeira objeção refere-se à verificação de que Habermas formulou sua teoria para países de capitalismo avançado, como a Alemanha, portanto seu auditório não seria composto pela África, Ásia e América Latina. Entretanto, como aduz Fabio

Correa de Oliveira, a fórmula do agir comunicativo pauta-se na elaboração de processos abertos e dialógicos para a democracia, os quais são abertos, em tese, a toda a humanidade:

> "Esta verificação, todavia, não obsta o reconhecimento da universalidade em sua obra, inclusive em função da propositada abstração de conceitos e análises, bem como de uma abordagem mais teórica que empírica." (OLIVEIRA, 2010, p. 95)

As teorias procedimentais sustentam que o conteúdo das constituições seja limitado a prever procedimentos que estabelecem os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas. Assim, o procedimento seria o modo ideal de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. A natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos (processo legislativo e judicial), que se tornam a garantia de que as decisões terão aceitabilidade.

Para os críticos destas teorias, este posicionamento implica na ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, que se reduz a simples procedimento de escolha dos governantes. Para os adeptos da teoria substancialista, a legitimidade viria da própria Constituição enquanto representação de um contrato social que encerra valores históricos no seu interior, em contínua referência ao momento de sua formação.

No entanto, para Habermas (1997, p. 185), a Constituição não basta, por si só, como portadora da legitimidade do ordenamento, tendo em vista que esta é um simulacro da comunicação entre o ordenamento institucionalizado e a opinião pública que advém da esfera pública política. Nesta perspectiva, o filósofo não aceita ainda que um dos poderes se autoatribua a responsabilidade de uma interpretação final da legitimidade constitucional, mesmo que tal interpretação tenha em mente a gênese democrática do direito.



Outra crítica diz respeito ao papel a ser exercido pelo Tribunal Constitucional. Na perspectiva habermasiana, esse Tribunal deve ficar restrito à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger o processo de criação democrática do direito, o que mitigaria a relação Constituição-democracia, conforme a crítica de Streck:

> "Por sua capacidade formal as teses procedimentalistas longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto a construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social e o resgate das promessas da modernidade, exsurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte." (STRECK, 2011, p.86)

A visão de que uma jurisdição constitucional interventiva enfraquece a democracia por falta de legitimidade parece não se coadunar com o

constitucionalismo dirigente que exsurge no pós-guerra, pelo qual o Judiciário precisa assumir o papel de intérprete do direito produzido democraticamente, notadamente, em países periféricos como o Brasil.

## Conclusão

Dentre as teorias aventadas para superar o antigo paradigma, destaca-se o pós-positivismo de matriz analítica de Robert Alexy, que propõe a diferença estrutural entre regras e princípios, bem como a solução de casos difíceis através de princípios, que passam a ser vistos como "capas hermenêuticas".

Neste cenário, a utilização equivocada de princípios enfraquece a autonomização do direito e repristina o modelo positivista de outrora, tendo em vista que constitui instrumento de decisionismos e/ou de ativismos judiciais. Ao contrário, longe de constituírem uma reserva hermenêutica para a resolução de casos difíceis, os princípios, nessa proposta, possuem um conteúdo deontológico e instituem as condições de possibilidade da normatividade, realizando a reconciliação entre a teoria e a prática, esquecida pelo positivismo.

Constata-se assim, que a viragem linguístico-ontológica operada por Heidegger não foi recepcionada pelos juristas da atualidade, na medida em que a interpretação continua sendo concebida como ato de vontade do intérprete, o que reflete uma postura solipsista, capaz de rechaçar até mesmo a Constituição. Da mesma forma, continua-se operando a cisão entre interpretação e aplicação, direito e moral; tampouco foram superadas as fontes sociais, próprias do positivismo jurídico.



Nesse cenário, o discurso exegético-positivista que ainda domina a dogmática jurídica praticada cotidianamente constitui um retrocesso, pois, de um lado, sustenta discursos objetivistas, identificando texto e norma (sentido do texto) e, de outro, busca nas teorias subjetivistas submeter o texto à subjetividade do intérprete, ou seja, efetiva a subsunção do fato à norma, como se fato e direito fossem cindíveis e o texto fosse mero enunciado linguístico.

Diante do novo paradigma construído no pós-guerra, fundado no constitucionalismo dirigente e compromissório, a jurisdição constitucional passou a exercer importante papel na arena democrática. Para definir o papel da jurisdição constitucional nesse contexto, foram abordadas as teorias substancialistas e procedimentalistas. De acordo com os argumentos substancialistas do direito, deve ser atribuído papel intervencionista e atuante ao Poder Judiciário a partir de dois pontos: o Estado Democrático de Direito, como novo paradigma de Estado; os valores e os princípios inerentes aos direitos humanos fundamentais positivados em nível constitucional.

Para os defensores das teorias procedimentalistas, a preocupação primeira é proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático, bem como a lógica da divisão dos poderes. Assim, não aceita a atuação do Judiciário que possa extrapolar suas atribuições mais tradicionais.

Conclui-se que ambas as teorias pretendem alcançar o mesmo fim, a saber, uma sociedade mais equânime e justa, outorgando ao direito um importante papel na persecução desta meta. Todavia, verifica-se divergência no tocante ao papel que o Judiciário deve desempenhar em um Estado Democrático, notadamente na teoria procedimentalista, que atribui à jurisdição constitucional tão-somente a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, o que mitiga a relação Constituição-democracia, contribuindo para aumentar a falta de efetividade de direitos fundamentais.

## Referências bibliográficas

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.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 74.

MELLO, Celso de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2.

OLIVEIRA, Fabio Correa de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: 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.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

# Formação e evolução dos processos criminais havidos no Brasil português

**Rogerio da Silva Tjader**[1]

**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo analisar a evolução das Leis, desde as suas origens, bem como seus primeiros Códigos de Leis, a influência da Leis Romanas e sua chegada à Península Ibérica durante a Idade Média até seu estabelecimento em Portugal no século XII. Por aquela época as Leis usuais na Ibéria eram mescladas às Leis Canônicas. Esta mescla deu origem às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Felipinas. Estas Ordenações constituíram as primeiras Leis que foram usadas no Brasil e, mesmo depois da Independência, por falta de uma legislação nacional, continuaram a ser usadas ainda, por um longo tempo. Um exemplo chocante teve lugar em 1825 e foi aqui mencionado como um meio de elucidação final e término deste artigo.

**Abstract**

The present article aims at analyzing the evolution of the Law, since its origins and the first Legal Codes, the influence of the Roman law, and the arrival at the Iberian Peninsula during the Middle Ages until it set itself in Portugal in the 12th century. Around that time, the Iberian common laws were grouped and were mixed with the Canon Law. This blending originated the Afonsina, Manuelina and Philippine Ordinations. These Ordinations constituted the first Laws to be used in Brazil and, even after the independence, for lack of a national law, continued to be used for a long time. A shocking example took place in 1825 and it is mentioned here as a way of final elucidation at the end of this article.

## Intróito

Por ciência do direito entende-se um conjunto de normas de caráter social e jurídico, obrigatório para a manutenção eficaz do relacionamento entre os homens que vivem em sociedade.

Evidentemente que múltiplas são as divisões e subdivisões da ciência do direito, atendo-se cada uma delas a um determinado campo de atuação na vida social, uma vez que o homem, ao perceber a imperiosidade da existência do

[1] Possui graduação em Licenciatura Plena em História pela Fundação Educacional Dom andré Arcoverde (1973), graduação em licenciatura plena em Pedagogia pelo Fundação Educacional Rosemar Pimentel (1978) e especialização em Medotologia do Ensino Superior pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1981). Atualmente é professor titular do Fundação Educacional Dom André Arcoverde. Tem experiência na área de história, com ênfase em história moderna e contemporânea.

direito, começou a converter em leis as necessidades de defesa da sociedade.

Desde a mais remota antiguidade o homem se preocupou com o estabelecimento do direito das pessoas e das coisas a ele ligadas. Mas, no intuito de assegurar a legitimidade, aliada à indiscutibilidade dos ditames estipulados, achou por bem apresentar estas ordenações sob o cunho da divindade e cada uma delas gravadas em pedra, tábua ou papiro.

Desta forma, os mais primitivos códigos de leis de que se tem notícia encontram-se diretamente ligados ou determinados pelos deuses, que os transmitiram diretamente ao legislador, tais como Hamurabi – um misto de rei e legislador –, que recebeu os 282 artigos que compõem esta legislação, diretamente das mãos do deus Schamasch, em uma montanha nas proximidades de Susa, convertendo-o no Código de Hamurabi; este monumento megalítico, descoberto nas escavações realizadas nas ruínas de Susa, em 1901, encontra-se hoje depositado no Museu do Louvre.

Os ditames inclusos no Código de Hamurabi em muito se assemelham aos que se encontram no hindu Código de Manu, ou em tudo o que está determinado nos Dez Mandamentos que compõem a Lei Mosaica, síntese completa e absoluta que serviu de base à formação da sociedade judaico-cristã, igualmente recebida por Moisés, no alto do Monte Sinai, diretamente das mãos de Jeovah.

A similitude prossegue na romana Lei das Doze Tábuas, nas legislações do ateniense Sólon, nas do rígido espartano Dracon e ainda nas do bizantino Código de Justiniano – elaborado pelo jurista triboniano durante 23 anos –, no Corão islâmico – cujos fundamentos foram religiosamente transmitidos por Alah a Maomeh e transcritos por Abu Bekr –, assim como em quase todos os códigos de leis conhecidos na antiguidade.



Isto tudo sem que se volte a um passado mais remoto, ainda agráfico, pré-histórico, onde encontramos o mago e posteriormente o feiticeiro como verdadeiros senhores das leis e da medicina, com poderes orais "transmitidos do além ..."

Todo este tipo de religiosidade incluso na elaboração do direito e, consequentemente, nas suas penalidades, carecia de um respaldo autoritário maior para que a obediência por parte dos povos fosse indiscutível; daí a afirmação deísta na ordenação jurídica. Qualquer desobediência à lei não era feita à lei dos homens, mas à lei dos deuses, por isso era cobrada uma penalidade mais severa. A este respeito, não custa lembrar que, em tempos idos, a figura apresentada aos povos era, normalmente, a de um deus cruel e vingativo.

Tal similitude, com pequenas variações regionais, se atém mais no que diz respeito às penalidades pelas diversas faltas cometidas, desde os mais leves pecadilhos até o mais bárbaro dos crimes. E as penas impostas seguiram, numa constante, a chamada Lei de Talião, ou seja, olho por olho, dente por dente, variando, é claro, em função da classe social do agravado e a do agravante, mas o que nelas se encontra marcada é uma característica de extrema crueldade, sendo, na imensa maioria das vezes, de uma exorbitante disparidade entre a falta cometida e a pena a ser aplicada.

Aqui não cabe uma explanação maior acerca dos códigos citados acima, mas para os estudantes de direito recomenda-se uma leitura mais detida sobre cada um deles.

Gradativamente, com o correr dos tempos, as leis e os costumes dos povos foram se transformando, o que determinou as alterações nas penalidades a serem impostas, sobretudo depois do advento do cristianismo. Mas, o sociólogo-jurista Jean Cruet em sua obra *A vida do direito e a inutilidade das leis*, ao comentar a respeito do vasto cemitério das leis revogadas, questiona: "O desuso não pode constituir por si só um modo de revogação das leis?"

É verdade. Tal revogação se deu por desuso, o que veio a impor a necessidade da elaboração de novos Códigos de Leis nas mais diversas regiões do planeta, seguindo cada um deles a mesma tônica, com pequenas nuances, sobretudo após o advento da Revolução Francesa de 1789, levando-se em conta o exposto por Montesquieu em *O espírito das leis*, na ocasião em que defendeu a universalidade legal ao afirmar: "A Lei em geral é a razão humana, desde que ela governe todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação não devem ser casos particulares onde se aplica esta razão humana".

Claro é que, por "razão humana", não se pode admitir os crimes monstruosos perpetrados e executados pelos Estados totalitários que enodoaram o século XX e ainda enodoam estes alvores do século XXI.

Depois da universalização dos princípios liberais enunciados por Locke, fundidos àqueles apregoados por Rousseau, diversos outros códigos foram tornados públicos, tais como o Código de Napoleão, o Código de Bustamante, bem como A consolidação e o esboço, de Teixeira de Freitas, todos eles numa decorrência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada na Revolução Francesa de 1789.



Tais alterações foram consequências das modificações filosóficas apregoadas pelos enciclopedistas do final do século XVIII, aceitas por alguns governantes, tais como Catarina II da Rússia, Frederico II da Prússia, José II da Áustria, José I de Portugal – este último regenciado pelo Marquês de Pombal –, mas que muito lentamente se espalharam pelo globo, excetuando-se alguns países do mundo ocidental, dentre eles a França, que por ignorar tais assertivas culturais elaboradas em benefício dos direitos dos povos, acabou por se tornar vítima de uma das mais sangrentas e cruéis revoluções já registradas nas páginas da história.

## Direito consuetudinário

Em sua forma mais comezinha, pode-se conceituar direito consuetudinário como um conjunto de preceitos baseados nos usos e costumes dos povos habitantes de uma determinada região, transmitidos de uma geração à outra.

Foi citado no capítulo anterior que todos os códigos de leis que se firmaram em direito foram escritos em pedra, tábua ou papiro. Este não foi o caso que se deu, entretanto, com o direito consuetudinário.

A razão de tal decorrência se prende ao fato diretamente ligado à queda do Império Romano do Ocidente, no ano de 476, a.C. Os povos responsáveis pela queda de Roma eram desprovidos de cultura greco-romana e em sua maioria absoluta, completamente analfabetos, daí serem cognominados "bárbaros".

Pela natural falta de cultura gráfica, os bárbaros acabaram por adotar simplesmente um tipo de "direito usual", que acabou por se tornar consuetudinário, o qual, por sua vez, não oferecia condições de obediência às normas da legislação tradicional, ou seja: as leis não eram elaboradas por juristas ou por membros dos poderes constituídos, não eram votadas, sancionadas ou outorgadas; eram naturalmente usadas em decorrência dos costumes de cada povo.

No direito consuetudinário, os costumes de uma sociedade veem-se transformados em leis e, por mais primitivo que possa parecer, este Direito consuetudinário exige uma complexidade de costumes e de usos. Assim, o costume nada mais é do que a prática reiterada e constante de uma atitude sobre determinado assunto e, assim sendo, tal prática implica na convicção contumaz do ato, o que acaba por gerar a obrigatoriedade da ação em todos os casos de aparência semelhante; tal caso gera o uso, o que criou a expressão "uso e costume".

E não é permitido asseverar-se que o direito consuetudinário existiu apenas em um passado remoto; não. Ainda hoje em dia o direito consuetudinário existe na prática cotidiana, não se constando ele inserido em nenhum código de lei; fazer fila em locais públicos, saudar as pessoas, emitir cheques pré-datados e tantas outras atitudes costumeiras não se encontram grafadas, mas se transformaram em lei costumeira ou lei usual.



Claro que o direito consuetudinário já era citado até mesmo nos tempos bíblicos, fazendo alusão aos costumes; desta forma pode ser lido em Lucas 4:16 "Jesus Cristo levantou-se para ler, segundo os costumes da Sinagoga..." ou então nos Atos dos Apóstolos 17:2 "...e Paulo, seguindo os costumes, foi ter com eles."

Como se pode ver, o direito consuetudinário era norma entre os povos mais antigos, persistindo sua vigência até os nossos dias.

Após a queda de Roma, dentre os bárbaros que lotearam as terras romanas, aqui se inserem os "visigodos", um grupo germânico conquistador do sul da França, onde estabeleceram o Reino de Toulouse entre 418 e 507. Ali, em 475, o rei Eurico reuniu o complexo das "Leis Consuetudinárias Visigóticas", constante, inicialmente de 368 leis e depois acrescidas de mais 125 por seu sucessor, perfazendo um montante de 493 leis, a que foi dado o nome de "Código de Eurico". Seu filho, Alarico II, codificou, em separado, no ano de 506, o direito dos seus súditos romanos na *Lex Romana Visigothorum*; Alarico II era mais voltado para a cultura do que para as armas e, assim sendo, no ano seguinte (507), foi atacado e morto pelos francos do Rei Clóvis, fato que obrigou o seu povo a abandonar o sul da França retirando-se para a Península Ibérica. Ali, os visigodos lutaram contra outros povos bárbaros e hispano-romanos, acabando por, vitoriosos, edificarem um reino em meados do século VI, tendo como Leovigildo o primeiro rei da Ibéria unificada. Entretanto, se a paz parecia consolidada politicamente, tal não se deu

no campo religioso, uma vez que os visigodos professavam o arianismo, em franca oposição aos hispano-romanos que eram católicos romanos. Pouco ou nada valeu a atitude de Leovigildo de converter-se ao catolicismo; muito pelo contrário, tal fato provocou uma guerra civil entre os visigodos arianos e os hispano-romanos católicos. Esta situação somente foi contornada quando Recaredo I proclamou o catolicismo como religião oficial do Estado, no Concílio de Toledo em 589.

A monarquia visigótica era eletiva. Em 710, dois candidatos se apresentaram para ocupar o trono vago da Ibéria: Ágila, ou Áquila, filho do último rei falecido e Rodrigo. Vencedor este último, não recebeu ele a adesão dos seguidores de Ágila que entraram em contato com os árabes do outro lado do Mar Mediterrâneo, solicitando seu apoio, visando à condução de Áquila ao trono. Para tanto contaram com o precioso auxílio do Conde Julião (inimigo pessoal do Rei Rodrigo, por ter este desonrado sua filha Florinda), detentor das terras fronteiras à cidade de Ceuta, praça forte árabe.

Assim, em maio de 711, o General e Governador de Ceuta, Ziad, apelidado *el Tarik*, invadiu a Ibéria e derrotando o Rei Rodrigo na Batalha de Guadalete (julho de 711), apossou-se de toda a Ibéria, ignorando o compromisso inicial firmado com os seguidores de Ágila e do Conde Julião.

Os cristãos derrotados em todos os campos refugiaram-se espavoridos para o norte, agrupando-se nas montanhas litorâneas ao Golfo da Biscaia. Foi ali, escondidos nas cavernas, que, liderados por Pelágio, os cristãos se reorganizaram, iniciando escaramuças contra os invasores, obtendo, no ano de 722, uma vitória significativa em Covadonga. Foi o início da Guerra de Reconquista, que somente iria terminar em 1492, com a expulsão definitiva dos árabes do solo ibérico.



Na Guerra de Reconquista, muitos reinos se foram formando, tais como os da Astúria, Leão, Navarra, Aragão, Barcelona, Castela – que acabaram por se fundirem –, e Portucale (Portugal), que a duras penas conseguiu se firmar como nação e Estado a partir de 1140, tendo Afonso I como seu primeiro rei.

Pelo que se depreende dos relatos históricos aqui apenas citados é possível compreender o estado de militância bélica geral e constante em que se encontravam os povos habitantes da Península Ibérica, durante toda a Idade Medieval, tornando-se claro o desinteresse pelos estudos de um modo particular, valorizando-se, sobremaneira, apenas a arte da guerra, assunto prioritário na edificação de um Estado Cristão sobre a intromissão muçulmana.

Na segunda metade do século XIII, um Rei de Leão e de Castela, Afonso X, mais voltado para o estudo do direito, percebendo o caos jurídico em que se encontrava o reino achou por bem agrupar a pluralidade de leis de caráter consuetudinário que vigia em seus territórios, fundindo as bases de sete direitos usuais no intuito de unificar a aplicação dos juízos e penas. Foi a "Lei das Sete Partidas" embasada no Direito Romano, no Código de Justiniano (*Corpus Júris Civilis*), no Direito Canônico, na Glosa Ordinária de Acursio, nos Foros e Costumes Gerais Consuetudinários, nos Foros de Leão e nos Foros de Castela.

A Lei das Sete Partidas, embora muito bem constituída, não surtiu o efeito desejado quanto à aplicação no seio da população, a qual, por falta de juízes

regulares à sua disposição, continuou a aplicar os usos e os costumes constantes do direito consuetudinário, próprios das diversas regiões.

Se tais processos ocorriam em Leão, Castela e demais reinos e condados em que se encontrava dividido o território ibérico, o mesmo se dava em Portugal onde, desde 1140 (ano da criação do Reino de Portugal) até 1248, subsistiu a prevalência do direito consuetudinário e foraleiro.

Aliás, tal processo é fácil de ser compreendido em suas características, uma vez que, na falta de lei escrita, imperiosa se tornava a aplicação do direito consuetudinário na defesa dos interesses da sociedade. Além disso, a latência dos movimentos belicosos locais determinava a criação de um Estado guerreiro, sem preocupação com um Estado administrativo e muito menos legislador. Assim, em última análise, o rei era o juiz, que não se preocupava em criar Leis, mas que julgava segundo os usos e os costumes do seu povo, invocando o direito consuetudinário, que era local, regional e ao qual as populações se sujeitavam de bom grado, rejeitando a tutela do poder central e suas inovadoras e hipotéticas legislações.

É preciso ter-se em conta que o direito consuetudinário mesclou um somatório de direitos anteriores ao estabelecimento das sociedades viventes, baseado nos códigos arquétipos (Hamurabi e Manu), no direito pré-romano, no direito romano, nas "Glosas de Accursio" (resumo da jurisprudência de Justiniano, feita no século XIII pelo jurisconsulto italiano Francisco Accursio), no Visigótico, no Muçulmano (apropriação de várias Suratas), nas cartas de privilégios, nos forais, nas concordatas e no direito canônico (sobretudo no que diz respeito às Leis Institucionais do Tribunal do Santo Ofício), tudo isto sem que aqui tenham sido citadas as diversas "Leis Gerais" promulgadas por vários reis de Portugal.



## As leis portuguesas

Mesmo sob a vigência do direito consuetudinário, em 1221, sob o reinado de D. Afonso II, as Cortes de Coimbra elaboraram e decretaram a vigência das "Leis Gerais" para serem aplicadas em todo o reino; foi uma tentativa de criação de um Código de Leis Lusitano, que, malgrado seu burilamento, não conseguiu se impor ao uso das leis consuetudinárias, mormente no que tange à aplicação de penalidades, tão invocadas por toda a sociedade, povo e autoridades.

Sob o reinado de D. Dinis – sem dúvida o mais notável dos reis borgonheses de Portugal –, a vida intelectual portuguesa mereceu um empuxo jamais visto, uma vez que foi ele o criador da obrigatoriedade de se falar o idioma português em lugar do latim esbulhado assim como da Universidade de Lisboa em 1290, a mesma que em 1309 transferiu-se para Coimbra. D. Dinis mandou traduzir para o português a "Lei das Sete Partidas", por onde vertia fluentemente a essência do Direito Romano e determinou seu estudo mais acurado na Universidade de Coimbra, em mais uma tentativa de se unificar uma legislação para o reino. Mesmo assim, o direito consuetudinário

continuou a subsistir em Portugal.

Somente no início do século XV, sob os auspícios de El Rei D. João I foram determinados estudos mais aprofundados no sentido de se formar uma jurisdição própria, de caráter nacional. Tais valorosos estudos firmados por bacharéis de profunda cultura jurídica, como João Afonso de Aregas, mais conhecido como Dr. João das Leis e o Dr. João Mendes, ilustre Corregedor das Corte, somente vieram a ser concluídos em 1446, já no reinado de D. Afonso V. Por ser o rei ainda menor de idade era regenciado por seu tio D. Pedro, tendo sido ele o responsável pela publicação desta obra prima do direito e que recebeu o nome de "Ordenações Afonsinas", constante de cinco livros, sendo o primeiro (o mais longo), aquele que relata a história e a compilação das ordenações; o segundo, trata dos privilégios da Igreja e dos direitos régios; o terceiro cuida das prerrogativas da nobreza e de uma legislação especial, visando mouros e judeus; o quarto refere-se ao direito civil e o quinto, voltado para a aplicação das penalidades foi o mais consultado e usado. Por mais de meio século, essas ordenações manuscritas determinaram a vida do povo português.

Entretanto, a partir de 1495, passou a reinar em Portugal D. Manuel I, cognominado "O Venturoso" não pela vida pessoal e privada, crivada de infortúnios, mas pelo esplendor da formação do império ultramarino português e pela exuberante pompa da sua corte.

A vaidade pessoal de D. Manuel expandia-se além das fronteiras lusitanas, deixando seu nome, em Portugal, ligado a obras edificadas que o tempo imortalizou, tais como o Mosteiro dos Jerônimos e a Torre de Belém.



Ora, com um exibicionismo tão esplendoroso e contando ele com um quadro de juristas de fama internacional, que ministravam aulas nas mais famosas universidades da Europa, não seria admissível que o "Venturoso", criador da "arte manuelina", deixasse omitir seu nome também do quadro das ordenações jurídicas.

Entretanto, a par das vaidades de ordem pessoal, foram apresentadas razões que justificaram a execução de tal obra, tais como terem sido as "Ordenações Afonsinas" baseadas na elaboração de um português confuso, passível de incompreensões causadoras de querelas entre os magistrados; além disso, ocorreu naquela fase o surgimento da imprensa, fato que facilitaria a leitura, por parte de todos, e ainda da repugnância a determinadas leis constantes das referidas ordenações anteriores.

Assim, em 1505, o Chanceler-Mor do Reino, Doutor Ruy Botto, juntamente com o Licenciado Doutor Luiz da Grãa e mais o Bacharel João Cotrim, receberam a incumbência da elaboração de uma revisão nas "Ordenações Afonsinas", tratando de formatar um novo código. As determinações pessoais de D. Manuel foram claras e diretas, "tirando o sobejo e o supérfluo, adendo ao minguado, suprimindo defeitos, acordando as contrariedades, declarando o escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem perfeitamente entender."

Em verdade pode-se observar nas "Ordenações Manuelinas" a existência de uma preocupação maior em determinar mais exatamente o domínio do direito canônico e do direito romano e ao mesmo tempo definir suas relações com os vários direitos nacionais (direito consuetudinário).

Após minucioso trabalho, sete anos depois (1512), João de Kemps concluía o trabalho de impressão das "Ordenações Manuelinas", que deveriam representar condignamente, os espécimes de arte tipográfica portuguesa. Os exemplares publicados esgotaram-se rapidamente, fato que exigiu uma nova edição em 1514, seguindo-se outras em 1521 (ano da morte de D. Manuel), 1526, 1565 e uma última (de caráter controverso), em 1603 (já na era filipina).

Curiosamente, as "Ordenações Manuelinas" foram impressas nas oficinas do alemão radicado em Lisboa Valentim Fernandes, de forma desordenada; assim, em 30 de março veio a lume o Livro V; em 19 de junho, o Livro IV; em 30 de agosto, o Livro III; em 17 de dezembro, o Livro I e, finalmente, somente em 19 de novembro de 1513, foi publicado o Livro II.

É possível que a publicação do Livro V em primeiro lugar se tenha dado em virtude da grande preocupação - na época-, com o Código Penal e ali, de forma extremamente minuciosa, encontram-se descritas todas as penalidades a serem aplicadas aos infratores.

Ainda curiosamente, em 1514, foi feito um exemplar em pergaminho, por João Pedro de Bononominis, trazido a lume em ordem ainda mais inversa, segundo se pode constatar em, João José Alves Dias in *Ordenações Manuelinas*, Edição Valentim Fernandes – Lisboa, 1512-1513, Biblioteca Nacional-1926.



Entretanto, D. Manuel mostrou-se pródigo em promulgar leis. Tão numerosas foram tais publicações que, ainda mal decorrido o prazo de vigência das "Ordenações Manuelinas", o próprio Rei determinou a Duarte Nunes de Leão que compilasse em adendo um compêndio das chamadas "Leis Extravagantes", trabalho este que somente foi concluído em 1596. Cumpre-se notar que as "Leis Extravagantes" mostravam-se – em sua imensa maioria –, diretamente voltadas para as penalidades e suas execuções.

Politicamente, Portugal viu-se atrelado à Espanha a partir de 1580, por ocasião da morte do último rei da casa de Avis, o Cardeal D. Henrique, o qual, por não deixar herdeiros diretos, permitiu que o trono fosse disputado por vários candidatos, sendo o mais credenciado a ocupá-lo, o Rei de Espanha Felipe II que, ao ser aclamado Rei de Portugal, tomou o título de Felipe I, uma vez que as cortes portuguesas exigiram a manutenção da soberania lusitana ante a Espanha.

Felipe II de Espanha (I de Portugal) respeitou a soberania e as leis portuguesas, numa demonstração inequívoca de apaziguamento e foi ele que, ao ver o emaranhado de "Leis Extravagantes" mescladas às "Ordenações Manuelinas", determinou, em 1595, a compilação de toda a legislação lusitana, que veio a constituir-se nas "Ordenações Filipinas", somente concluídas em 11 de janeiro de 1603. Porém, o religiosismo quase doentio de Felipe o fez dar ênfase maior ao direito canônico, fazendo aplicar com excessivo rigor as penalidades impostas pelo

"Sagrado Tribunal da Inquisição", do qual a representação mais famosa repousa no nome do dominicano Tomás de Torquemada, que, em sua obra *Instrução*, deu corpo e forma à perseguição aos considerados hereges, fato que concedeu ao seu autor a fama de crudelidade sádica, que vem atravessando os séculos.

Aqui cabe um parênteses esclarecedor. O "Sagrado Tribunal do Santo Ofício", também denominado "Tribunal da Santa Inquisição", foi criado no século XIII pelo Papa Inocêncio III para apurar as heresias que pululavam por aqueles idos entre os católicos romanos. Nada mais do que isto. No entanto, com o correr dos tempos e o aumento de influência por parte da Igreja nos governos civis da cristandade, o simples fato de serem constatados em algum católico sinais de heresia, bruxaria, blasfêmia ou apostasia mostrava-se suficiente para que este réu fosse entregue ao baraço secular a fim de que recebesse as penalidades devidas, executadas pelo Poder Civil. Cabia à Igreja achar ou não culpa de retidão religiosa no acusado. A execução da pena – caso o acusado fosse declarado culpado –, cabia ao poder temporal.

As "Ordenações Filipinas" perduraram durante toda a era do reinado dos Filipes (Filipe I, Filipe II e Filipe III – 1580-1640), permanecendo inalteradas até mesmo após o período da restauração, com a ascensão de uma nova dinastia portuguesa, ocasião em que o Duque de Bragança tornou-se Rei sob o título de D. João IV.

Sendo as "Ordenações Filipinas", a essência de toda a legislação do reino desde as afonsinas e, portanto, em nada ferindo o espírito da nacionalidade portuguesa, o próprio Rei D. João IV decretou textualmente em 23 de janeiro de 1643: "Confirmo, promulgo e ordeno que os ditos cinco livros das Ordenações sejam postos em prática e que se lhes obedeça como se tivessem sido por Mim mesmo feitos, ordenados, promulgados e estabelecidos."



Na essência, tanto as Ordenações Afonsinas, como as Manuelinas e as Filipinas respeitavam e acatavam o direito canônico; assim, violar a lei não se resumia apenas em um crime contra o rei, mas um pecado contra Deus e à Igreja, daí as penalidades impostas serem por demais severas, por vezes chegando ao extremo da crueldade e do rigor. Aliás, no início deste trabalho, este tema já foi abordado. Tais penas, no entanto, variavam na aplicação e no rigor, em função da classe social a que pertencia o réu. Fidalgos e ligados à nobreza não eram açoitados e as penas impostas eram sempre abrandadas, até mesmo as que incluíam o degredo. A tal ponto chegaram os excessos de condenações pelos mais diversos delitos, e tão duras eram as penas aplicadas, que durante todo o século XVII cresceu impressionantemente o número de novos fidalgos, todos temerosos da acusação dos mais ínfimos delitos e, consequentemente, ansiosos do amparo pela distinção de classe social. A disputa pela distinção da fidalguia envolvia inúmeras concessões por parte dos postulantes aos títulos. A tal ponto chegou esta ascensão à classe nobre, que o famoso ecritor Gil Vicente em sua obra *A Farsa do Almocreve* diz textualmente: Breve não haverá mais vilões em Portugal. Todos serão nobres de El Rei.

O Livro V das "Ordenações Filipinas", com seus 21 títulos, versa sobre o direito e o procedimento penal. Ali se encontram, em minúcias, as penas a serem aplicadas aos condenados, segundo o grau do delito cometido, bem como a classe social do acusado. Muitas vezes, a expressão final da sentença se resume na expressão: "*Morra por ello*", o que significa, "Morra por isto".

A pena de açoite era a mais comum e considerada vil, mas como já dito acima, nobres e uma série de apaniguados do Poder Real achavam-se imunes a ela, o que não significa que não fossem punidos, até com a perda dos bens e títulos, chegando até mesmo ao degredo. No citado Livro V, há um título que discrimina este assunto: "Das pessoas que são escusas de haver pena vil".

Inclusos ainda no Livro V, podem ser encontradas em minúcias as penalidades impostas aos crimes de heresia, apostasia, feitiçaria e blasfêmia, crimes estes, geralmente, punidos com a morte na fogueira, uma vez que um preceito da Igreja afirma que "*Eclésia aborret sanguinem*". Os julgados e condenados por um Tribunal Eclesiástico por algum destes crimes eram entregues ao baraço secular, segundo a definição de uma lei decretada por D. Fernando, transcrita e confirmada em um parágrafo do título 27 do Livro V das Ordenações Afonsinas e mantida, "*ipsis litteris*" pelas demais Ordenações. (Aqui volta-se a recomendar aos estudantes do Curso de Direito uma leitura mais aprofundada das Ordenações Filipinas, hoje facilmente encontradas em edição lançada pela Fundação Calouste Gulbekian – Lisboa).



Do rigor das penas impostas aos transgressores há uma clara obstinação com os problemas inerentes ao sexo. Coisas consideradas comuns nos dias atuais eram consideradas infamantes e, como tal, punidas com extremo rigor. À guisa de exemplo, pode ser lido no título XXII do aludido Livro V: "O homem que permitir que sua filha, posto que não seja virgem, tenha parte para com outro homem para com ele dormir, será açoitado com baraço e pregão pela Vila, degredado para todo o sempre para o Brasil e perderá todos os seus bens."

As sentenças proferidas contra os crimes sexuais e morais eram extremamente rigorosas e, não custa lembrar, que o banimento para o Brasil era uma das penalidades mais severas da época, vindo logo após à condenação às galés e por último, à morte. Há um título específico no Livro V que trata deste assunto: "A pena do degredo nas Ordenações do Reino".

Adúlteros, incestuosos e corruptores eram açoitados e degredados para o Brasil. Aos sodomitas cabia uma penalidade terrivelmente maior: "por terem cometido o pecado mais vil, indigno, sujo e obsceno, pecado que brada aos céus e clama a Deus por vingança,". Os sodomitas eram queimados vivos.

Pecados sexuais mais leves (também minuciosamente citados no capítulo acima citado do Livro V), eram igualmente punidos com crueldade.

Toda a legislação portuguesa, incluindo seus tribunais, se viram trasladados para o Brasil quando da Transmigração da Família Real em 1808.

Assim, as Ordenações Filipinas continuaram a vigorar no território brasileiro, até mesmo depois do "Grito do Ipiranga".

Foi somente a partir de 25 de março de 1824, com a outorga da Constituição Imperial, que a situação começou a mudar. Em verdade, o artigo 179, em seu inciso XVIII da citada Constituição determinava que fosse "organizado um Código Civil e Criminal, fundado nas bases sólidas da justiça e da equidade."

O Código Civil não foi elaborado naquela ocasião, somente vindo a lume em 1916 e, por isto, o Livro IV das Ordenações Filipinas vigorou no Brasil até aquela data. Porém, o Código Criminal foi aprovado em 1830, sendo que o Código de Processo Criminal, sancionado em 29 de novembro de 1832, se viu embasado nos modelos inglês e francês.

Estes códigos foram inspirados na Escola Clássica do Direito, enunciada por Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, embasada nos princípios iluministas do final do século XVIII, corroborados nas ideias preconizadas na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" da Revolução Francesa de 1789; "*La Loi doit être la même pour tous*".

A própria Constituição do Império do Brasil repetia o dito em seu artigo 179, inciso XIII: "A Lei será igual para todos".

Somente com os princípios formulados pela Constituição Imperial de 1824, foi formado um ordenamento penal e processual próprio, ocasião em que se amenizaram as penalidades prescritas nas Ordenações Portuguesas, mas, mesmo assim, dadas as dificuldades impostas pelas longas distâncias, aliadas à falta de comunicação, por muito tempo continuaram a prevalecer os ditames contidos no Livro V das Ordenações Filipinas, então fonte única de todo o Sistema Jurídico Brasileiro, uma vez que se haviam transformado em direito consuetudinário natural.



A Constituição de 1824, em seu artigo 179, aboliu a pena de açoites, torturas, marcas a ferro quente, além de outros castigos crudelíssimos, mas tais determinações sofreram um impacto no tocante aos escravos, pois estes viviam, como se pode constatar, em uma situação esdrúxula para o direito, já que formavam um produto "híbrido", ao mesmo tempo seres humanos e coisas (peças). SIC.

Pelas razões expostas, os crimes não ficaram nitidamente definidos e, em consequência, as penas a serem aplicadas dependiam livremente do pensar de cada magistrado encarregado de formular uma sentença.

Nada mais curioso para finalizar o presente artigo, do que aqui inserir uma sentença proferida por um Meritíssimo Juiz de Direito, já depois da publicação da Regulamentação do Código de Processo Criminal no Brasil, empregando-se o português clássico da época, "*ipsis litteris, ipsis verbis*".

O que abaixo se segue foi pesquisado pelo professor Carlos Alberto Salvatore, transcrito do Instituto Histórico de Alagoas e publicado no Suplemento da Revista da Associação Paulista de Medicina de junho de 2009:

## "Sentença judicial da Província de Sergipe no ano de 1832"

"O Adjunto de Promotor Público, representando contra o cabra Manoel Duda, porque no dia 11 do mês de Nossa Senhora de Sant´Ana, quando a mulher de Xico Bento ia para a fonte, já perto dela, o supracitado cabra, que estava em uma moita de mato, sahiu della de supetão e fez proposta à dita mulher, por quem queria para coisa que não se pode trazer a lume, e como ella se recuzasse, o dito cabra abrafolou-se della, deitou-a no chão, deixando as encomendas della de fora e ao Deus dará. Elle não conseguiu matrimônio porque ella gritou e veio em amparo della Nocreto Correia e Norberto Barbosa, que prenderam o cujo em flagrante. Dizem as leises que duas testemunhas que assistam a qualquer naufrágio do sucesso fazem prova.

CONSIDERO que

QUE o cabra Manoel Duda agrediu a mulher de Xico Bento para coxambrar com ella e fazer chumbregâncias, coisas que só o marido della competia coxambrar, porque casados pelo regime da Santa Igreja Cathólica Romana;

QUE o cabra Manoel Duda é um suplicante deboxado que nunca soube respeitar as famílias de suas vizinhas, tanto que quis também fazer coxambranças com Quitéria e com Clarinha, moças donzellas;

QUE Manoel Duda é um sujeito perigoso e que se não tiver uma cousa que atente a perigança delle, amanhan estará metendo medo até nos homens.

CONDENO



O cabra Manoel Duda, pelo malefício que fez à mulher de Xico Bento, a ser CAPADO, capadura esta que deverá ser feita a MACETE. A execução desta peça deverá ser feita na cadeia desta Villa.

Nomeio carrasco o carcereiro.

Cumpra-se e apregue-se Editais nos lugares públicos".

Manoel Fernandes dos Santos
Juiz de Direito da Villa de Porto da Folha Sergipe
Folha Sergipe, 15 de outubro de 1832

A sentença proferida pode parecer bárbara, sob a ótica dos tempos atuais, porém, se forem analisadas as penalidades impostas e pertinentes a casos semelhantes nas legislações precedentes, não apenas no Brasil, em Portugal ou na Espanha, mas em quase todos os países do mundo, chega-se à conclusão de que tais determinações eram usuais e corriqueiras, uma vez que foram todas elas elaboradas e embasadas em legislações arquétipas. Assim, se forem buscadas sentenças nos códigos mais remotos, ver-se-á que todas as determinações se assemelham.

Somente à guisa de exemplo, ficam aqui inseridos dois artigos constantes do mais antigo Código de Leis conhecido, o já citado Código de Hamurabi; dizem eles textualmente:

Artigo 129 - Adultério e Penalidade.

"Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro homem, deve-se amarrá-los e lançá-los n´água, salvo se o marido perdoar a sua mulher e o Rei o seu súdito".

Artigo 130 - Estupro e Penalidade.

"Se alguém viola uma mulher que ainda não conheceu homem e vive em casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre".

Assim tem dito a lei através dos tempos...

Valença, 2012.

## Referências bibliográficas

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos.* São Paulo: Edições Melhoramentos

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis.* Lisboa: Editora Allaud

KELSEN, Hans. A ideia do direito natural e outros ensaios. Buenos Aires: Editorial Rosada

LYRA, Roberto. *Direito Penal.* Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto

THOMAS, Henry. *História da raça Humana*. Porto Alegre: Editora Globo

AYARRAGARAY, Carlos. *A Justiça da Bíblia e do Talmud.* Buenos Aires: Editora da Livraria Jurídica

SOUZA, Hercílio de. *Novos direitos e velhos códigos.* Recife: Imprensa Industrial

FREITAS, Teixeira de. *Primeiras linhas sobre o processo civil.* Rio de Janeiro: Edição de Pereira e Souza

NUSSBAUM, Arthur. *História do Direito Internacional.* Madri: Editorial do Direito Privado

Compilação *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Imprensa da Universidade de Coimbra.

DANTAS, Júlio. A Era Manoelina e a história da colonização portuguesa no Brasil. Porto: Litografia Nacional

ALMEIDA, Candido Mendes. *História das ordenações e leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Instituto Filomático

# A estrutura da União Europeia

**Dora Resende Alves**[1]

*"25 de Março de 1957 é uma data fundamental na História da Europa"*
– Paul-Henri Spaak

**Resumo**

A estrutura da União Europeia resulta da forma como os seus sistemas institucional, jurídico e jurisdicional foram desenhados pelos "pais fundadores" e se manteve, adaptou e evoluiu ao longo do pouco mais meio século da era de paz na Europa que inaugurou. Das Comunidades Europeias passou-se à União Europeia, pois só com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se passou a poder falar apenas de uma União Europeia a que ainda se adiciona a Comunidade Europeia da Energia Atômica.

**Palavras-chave:** Comunidades europeias. União Europeia. Instituições.

**Abstract**

The structure of the European Union results from the way their systems institutional, legal and judicial systems were designed by the "founding fathers" and remained, adapted and evolved over just over half century of peace in Europe who inaugurated. European Communities passed to the European Union, because only with the entry into force of the Lisbon Treaty is now able to speak only of a European Union that still adds the European Atomic Energy Community .

**Keywords**: European Communities. The European Union. Institucions.

## A evolução europeia comunitária

A Paz de Vestefália (Westfalen, na Alemanha) que, em 24 de outubro de 1648, pela publicação dos Tratados de Münster e Osnabrück[2], põe fim à Guerra dos Trinta Anos, compreendia cláusulas territoriais, constitucionais e religiosas**.** Os tratados de Vestefália lançaram as bases de uma organização da Europa Central, que subsistiu nas suas grandes linhas até às conquistas da Revolução Francesa e de Napoleão, num sentido de atomização.

Só 300 anos depois se enfrenta na Europa, por sua própria determinação, uma nova tarefa de integração. Não importa se o ritmo é mais ou menos acelerado se a intenção é firme e a continuidade segura. O compromisso é exigente porque os Estados devem chegar a sacrificar uma parte do que tem sido entendido como domínio exclusivo da sua soberania em prol de um interesse coletivo[3].

---

[1] Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique: Doutoranda em Direito.

[2] As negociações para chegar à paz tiveram início em 1644 em Münster (Tratado de 8 de setembro de 1648) e Osnabrück (Tratado de 6 de agosto de 1648) e demoraram cerca de quatro anos.

[3] PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á. *El proceso de integración comunitário* …. 2007, p. 1.

Foi a geração política de 1950[4] que lançou as bases conceptuais do novo processo de integração da Europa Ocidental, quando os valores do ideal europeísta se fundamentaram num mesmo espírito cultural e civilizacional, enformados pela paz, bom governo e bem-estar socioeconômico dos povos, deixando esse impulso às gerações das décadas seguintes[5].

Robert Schuman abre caminho com a sua Declaração de 9 de maio de 1950[6], apostando decididamente na paz, na liberdade, na justiça e no desenvolvimento equitativo dos povos, marcando o caminho e os limites da futura integração europeia.

Em menos de um ano de negociações, o processo iniciado pela Declaração *Schuman* culmina na assinatura, em 18 de abril de 1951, do Tratado de Paris que cria a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.).

Os membros fundadores que aderiram ao projeto e assinaram o Tratado foram: França (Jean Monnet e Robert Schuman), a Alemanha (Konrad Adenauer), Itália (Alcide de Gasperi), Bélgica (Paul-Henri Spaak), Holanda (Joseph Luns) e Luxemburgo (Joseph Bech)[7]. Estes seis países europeus, a "pequena Europa"[8], coincidiam, salvo parte da Itália, com a Europa de Carlos Magno[9], e formaram o núcleo originário e central de uma nova comunidade, impulsionador do processo de integração europeu.

Em 23 de julho de 1952, pôs-se em marcha a primeira comunidade supranacional de caráter econômico, primeira etapa do processo de integração



[4] Konrad Adenauer (1876-1967), chanceler alemão de 1949 a 1963, Walter Hallstein (1901-1982), primeiro presidente da Comissão Europeia, reeleito três vezes, Paul-Henri Spaak (1899-1972), Ministro dos Negócios Estrangeiros da Bélgica, Alcide de Gasperi (1881-1954), Ministro dos Negócios Estrangeiros da Itália, Winston Churchill (1874-1965), Primeiro-Ministro inglês, Jean Monnet (1888-1979) e Robert Schuman (1886-1963), Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, entre outros nomes.

[5] PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. *El proceso de integración comunitário* …. 2007, p. 2.

[6] O Ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Robert Schuman, em Paris (no Quais d'Orsay), numa declaração perante os jornalistas preparada por Jean Monnet, propõe a gestão conjunta dos recursos de carvão e do aço da França e da República Federal da Alemanha (R.F.A.) por uma organização aberta a todos os outros países europeus, para pôr fim às guerras entre a França e a Alemanha, cuja rivalidade dera já origem a três guerras.

[7] 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 Econômica do Benelux de 1958 - ver artigos 350.º do TFUE (era o 306.º do TCE) e o já revogado 19.º, n.º 1, do TCEE.

[8] Enrique Moreno Báez *apud* PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. *El proceso de integración comunitário* …. 2007, p. 2.

[9] Carlos I, o Grande (742-814), com o Império Carolíngio (século VIII-IX), procura reconstruir o poderio da civilização romana, numa autoridade dividida entre o Imperador e o Papa, o poder político e o poder religioso. Conseguiu-o momentaneamente, estabelecido em Aquisgrão, é sacramentado Rex, Pater Europae pelo Papa Leão III no dia de Natal do ano 800, mas logo por sua morte (814) o domínio *Europa vel Regnum Carolum* foi dividido pelos seus filhos e pelo Tratado de Verdun, de 843, nasceram três grandes blocos políticos: a França, a Alemanha e a Lotaringia.

europeia, limitada ainda a um mercado comum no setor siderúrgico[10]. O Tratado CECA terminou já a sua vigência ao fim de 50 anos[11], em 23 de julho de 2002[12].

Apesar do revés de se seguirem as tentativas e os fracassos de criação de uma Comunidade Europeia de Defesa (C.E.D.), pelo Tratado de Paris, de 27 de maio de 1952, assinado pelos mesmos seis Estados fundadores da CECA, e de uma Comunidade Política Europeia (C.P.E.), em 9 de março de 1953, os impulsionadores do processo de integração europeia esforçaram-se por encontrar novos rumos e ampliá-lo. Na Conferência de Messina, na Sicília, em 1º e 2 de junho de 1955, os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos seis países fundadores da CECA decidem o alargamento da integração europeia a toda a economia e no domínio do desenvolvimento da energia atômica para fins pacíficos e aprovam o projeto do mercado comum na chamada "Resolução de Messina"[13].

Se o êxito da CECA contribuiu para consolidar definitivamente o processo de integração econômica europeu, seguem-se, em 25 de março de 1957, a criação da 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. A CEEA foi pensada para incentivar a investigação e desenvolver a indústria europeia através da energia nuclear, sempre com fins pacíficos. A CEE surgiu porque as vantagens de um mercado comum não poderiam ser atingidas sem uma cooperação de Estados que assegurasse a estabilidade monetária, a expansão econômica e o progresso social[14].



Com os grandes objetivos estabelecidos[15], reafirmou-se a firme vontade de impulsionar a ampliação das comunidades europeias, com a consolidação das quatro liberdades econômicas básicas – liberdade de circulação de mercadorias, capitais, serviços e trabalhadores – construindo o mercado comum, atingindo a união econômica e monetária e seguindo para uma união política no seio da União Europeia. O processo de integração europeia tornou-se a maior garantia para o progresso da paz, liberdade e união entre os povos e nações da Europa[16].

---

[10] Enrique Moreno Báez *apud* PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. *El proceso de integración comunitário* …. 2007, p. 2.

[11] Nos termos do prazo previsto no artigo 97.º do TCECA, diferente dos artigos 356.º do TFUE (era o 312.º do TCE) ou 53.º (era o 51.º) do TUE.

[12] Ver ALVES, Dora Resende. "50 Anos de Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.)" *in Revista Jurídica*. N.º 9. 2002, pp. 127 a 131.

[13] Texto em Parlamento Europeu. *50 Anos de Europa* …. 2001, p. 36.

[14] No Relatório Spaak, de 21 de abril de 1956, dos chefes de delegação do Comitê intergovernamental instituído pela Conferência de Messina e dirigido aos Ministros dos Negócios Estrangeiros, presidido por Paul Henri Spaak, que iniciara os trabalhos em 9 de julho de 1955, sobre as possibilidades de uma união econômica e no domínio da energia atômica. Texto em Parlamento Europeu. *50 Anos de Europa* …. 2001, p. 39.

[15] Preâmbulo e artigo 2.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

[16] Enrique Moreno Báez *apud* PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. *El proceso de integración comunitário* …. 2007. p. 12.

Neste percurso evolutivo até à unidade da União Europeia incluem-se os diversos alargamentos das Comunidades Europeias até aos 27 Estados membros atuais:

Tratado de Bruxelas, de 22 de janeiro de 1972
1.º Alargamento: Reino Unido, Dinamarca e Irlanda
Tratado de Atenas, de 28 de maio de 1979
2.º Alargamento: Grécia
Tratado de Lisboa e Tratado de Madri, de 12 de junho de 1985
3.º Alargamento: Portugal e Espanha
Tratado de Corfu, de 23 de junho de 1994
4.º Alargamento: Áustria, Suécia e Finlândia
Tratado de Atenas, de 16 de abril de 2003
5.º Alargamento: Estônia, Polônia, República Checa, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Eslováquia, Malta, Chipre
Tratado de Luxemburgo de 25 de abril de 2005
6.º Alargamento: Romênia, Bulgária
Tratado de Bruxelas, de 9 de dezembro de 2011
7.º Alargamento: Croácia[17] (a concretizar em 2013).

E as necessárias alterações e incrementos ao processo de integração através das revisões aos tratados institutivos:



– *Ato Único Europeu,* em 17 e 28 de fevereiro de 1986, entrou em vigor em 1º de julho de 1987;

– *Tratado de Maastricht* ou *Tratado da União Europeia,* de 7 de fevereiro de 1992, entrou em vigor em 1º de novembro de 1993, que cria uma nova entidade paralela às Comunidades e nelas fundada: a União Europeia;

– *Tratado de Amesterdão,* de 2 de outubro de 1997, entrou em vigor em 1 de maio de 1999;

– *Tratado de Nice,* de 26 de fevereiro de 2001, entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2003.

Foi neste contexto que surgiu a Constituição Europeia, que seria uma revisão aos tratados anteriores com uma intenção unificadora dos textos jurídicos num só: o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros, em 29 de outubro de 2004, em Roma[18]. Ficou previsto um prazo de dois anos para a sua ratificação por todos os Estados signatários[19]. A publicação no Jornal Oficial do texto completo

[17] Texto em JOUE L 112 de 24 de abril de.2012.

[18] Na Sala dos Horácios e Curiáceos do Capitólio, mesma sala em que fora assinado o Tratado institutivo da então Comunidade Econômica Europeia em 25 de março de 1957. Texto da Constituição Europeia em JOUE C 310 de 16 de Dezembro de 2004.

[19] O primeiro país a ratificar o Tratado foi a Lituânia. O segundo foi a Hungria em 20 de dezembro de 2004. Seguiu-se o primeiro referendo na Espanha em 20 de fevereiro de 2005.

da Constituição Europeia com todos os Protocolos e Declarações anexos em 465 páginas aconteceu no JOUE C 310 de 16 de janeiro de 2005. Porém, não tendo sido ratificado por todos os Estados signatários, o projeto foi abandonado.

Uma última revisão ao direito comunitário originário em vigor surgiu o Tratado de Lisboa[20]. O Tratado de Lisboa é uma verdadeira revisão ao Tratado da Comunidade Europeia e ao Tratado da União Europeia. Nessa medida, só pode ser lido com permanente referência aos textos anteriores, aos quais reporta correções e acrescentos. Suprime, altera e acrescenta muitos artigos. Como tratado de revisão aos anteriores, mantém a dualidade dos tratados principais: o Tratado da União Europeia e o Tratado da Comunidade Europeia (este renomeado para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia foi assinado pelos líderes europeus acompanhados pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros respectivos[21]-[22], em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, e publicado no JOUE C 306, de 17 de dezembro de 2007 (2007/C 306/01, pp. 1 a 271)[23]. Acrescem uma multiplicidade de protocolos, declarações e anexos ao Tratado que, com o mesmo valor jurídico[24], demonstram quão difícil é tornar consensual um texto, mantendo-se afinal consagradas diferenças radicadas em díspares evoluções históricas dos múltiplos Estados membros da Europa comunitária[25]. Na realidade,

A França e a Holanda pronunciaram-se contra por referendo na primavera de 2005. O Luxemburgo aprovou por referendo em 10 de julho de 2005, ficando como o 13.º país a ratificar. Em 5 de dezembro de 2006, o 16.º país a ratificá-lo foi a Finlândia.



[20] Com esta designação nos termos do próprio artigo 7.º do Tratado de Lisboa.

[21] De entre eles seis mulheres, apenas uma delas Chefe de Estado, Angela Merkel.

[22] Com exceções, nomeadamente do Reino Unido, apenas representado pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, David Miliband, cujo Primeiro-Ministro, Gordon Brown, não esteve presente e só assinaria o documento da parte da tarde, e do Chefe de Estado francês, Nicolas Sarkozy, acompanhado do Ministro dos Negócios Estrangeiros, Bernard Kouchner, mas também do Primeiro-Ministro François Fillon.

[23] Publicado nas línguas oficiais da CE nos termos do então artigo 314.º do TCE (hoje artigo 55.º do TUE). Depois de retificações no JOUE C 111 de 6 de maio de 2008, 2008/C 111/18, pp. 56 a 62, foi já publicada versão consolidada no JOUE C 115 de 9 de maio de 2008 (2008/C 115/01). Última retificação no JOUE L 378 de 27 de fevereiro de 2007, pp. 3 e 4, com publicação no Diário da República n.º 12 de 17 de janeiro de 2012, Aviso n.º 1/2012 do Ministério dos Negócios Estrangeiros, reproduz esta 5.ª Ata de Retificação do Tratado de Lisboa (pp. 210 a 212).

Ratificação portuguesa pela Resolução da Assembleia da República n.º 19/2008 e Decreto do Presidente da República n.º 31/2008 de 19 de maio, DR n.º 96, 1.ª série, p. 2703. Pela Portaria n.º 1624/2007 de 26 de dezembro, publicada no Diário da República n.º 248, 1.ª série, foi lançada em circulação uma carta inteira comemorativa do Tratado de Lisboa, pelos CTT – Correios de Portugal.

[24] Artigo 51.º do TUE. Anterior artigo 311.º do TCE.

[25] Como se disse, sem prejuízo de o direito comunitário, como direito das comunidades europeias, ter cedido lugar ao Direito da União Europeia, o termo "comunitário" continua a ser utilizado, na medida em que o termo europeu nem sempre se mostra adequado. Embora muitas vezes substituída pela expressão "da União" nos Tratados, ainda assim a utilização da palavra "comunitário" continua nos textos e na doutrina. A título de exemplo, a *Declaração* n.º 17 *sobre o primado do direito comunitário* anexa aos Tratados.

só com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se passou a poder falar apenas de uma União Europeia[26] a que ainda se adiciona a Comunidade Europeia da Energia Atômica. Até há pouco, coexistiram a União Europeia, que se fundava nas Comunidades Europeias, entretanto reduzidas à Comunidade Europeia e à Comunidade Europeia da Energia Atômica.

Apesar de ainda recente, novas alterações aos tratados podem surgir[27] numa permanente urgência de manter os textos jurídicos vívidos e eficazes.

## As instituições da União Europeia

As organizações de Estados, para efetivar o seu desempenho, necessitam de órgãos habilitados para prosseguir os objetivos constitutivos. No caso das Comunidades Europeias e agora da União Europeia, a doutrina utiliza usualmente a expressão instituições.

As organizações de Estados estabelecem no seu ato constitutivo objetivos a atingir, o que só se realizam através do desempenho efetivo de órgãos. Dentre estes, uns terão a seu cargo as tarefas decisórias, executivas, de fiscalização e até judiciais e outros servirão de apoio permanente e logístico. A União Europeia, desde a criação das Comunidades Europeias, não se afastou deste quadro.

As originais três Comunidades Europeias (CECA, CEE e CEEA) inauguraram um conceito de organizações de integração. Cabe aos órgãos representativos da hoje União Europeia – às instituições comunitárias[28] – exprimir, no âmbito das respectivas competências e na conformidade do direito comunitário, a vontade destas organizações.



Logo em 1957, na mesma data de criação das duas Comunidades, a então CEE e CEEA, se deliberou proceder a uma fusão institucional. Não se mostrava necessário manter instituições paralelas para cada uma das organizações. Procede-se à fusão orgânica das instituições de controle das Comunidades: o Parlamento e o Tribunal de Justiça, com a assinatura da "Convenção relativa a certas instituições comuns às Comunidades Europeias"[29].

[26] Ver artigo 1.º do Tratado da União Europeia tal como alterado pelos artigos 1.º, 2), alíneas a) e b) do Tratado de Lisboa: "A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia".

[27] Falamos de grandes revisões através de tratado, sem prejuízo de serem possíveis pequenas alterações através do procedimentos internos da União Europeia como foi o caso da Decisão do Conselho Europeu 2011/199/UE de 25 de março de 2011, JOUE L 91 de 06 de abril de 2011, pp. 1 e 2, que alterou o artigo 136.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia no que respeita a um mecanismo de estabilidade para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro, aditando um n.º 3, seguindo o procedimento do artigo 48.º, n.º 6, do TUE.

Decisão ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 25/2012 e pela Resolução da Assembleia da República n.º 9/2012 de 9 de dezembro de 2011, ambos publicados a 2 de fevereiro, no Diário da República n.º 24, pp. 568 e 569.

[28] Quando nos referimos aos cinco órgãos que ocupam a posição dominante. CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. Vol. I, 8. ed., 1997, p. 132.

[29] Ver artigo 13.º do TUE. Antigos artigo 7.º do TCE e artigos 7.º do CECA e 3.º do CEEA.

A fusão das instituições foi meramente orgânica e não funcional. Cada uma delas manteve as competências próprias que lhes são atribuídas por cada um dos Tratados[30].

Um pouco mais tarde, em 8 de abril de 1965, é assinado o Tratado Merger, o acordo que institui a fusão dos órgãos executivos das três Comunidades: o Conselho e a Comissão[31]. Este Tratado entrou em vigor em 1º de Julho de 1967[32].

Hoje funcionam o Conselho, a Comissão, o Parlamento e o Tribunal de Justiça da União Europeia a que se acrescenta o Conselho Europeu desde o Tratado de Lisboa, numa afirmada unidade[33]. Aqueles dois atos cessaram, entretanto, a vigência dos seus termos, por força do artigo 9º do Tratado de Amesterdão, mas o seu conteúdo permanece.

Surge o princípio do equilíbrio institucional, como sucedâneo do princípio clássico da separação de poderes, sendo certo que a União Europeia dispõe apenas das competências atribuídas pelos Tratados. E nisso reside essencialmente este princípio[34] – cada instituição está obrigada a agir dentro da sua esfera de competências. Trata-se de assegurar o mútuo respeito interinstitucional dos poderes conferidos pelos Tratados, evitando qualquer invasão ou violação de competências de uma instituição por outra, prevendo-se um sistema de recursos para que a instituição afetada possa defender-se da violação do seu âmbito de competências.

Ora, o respeito do equilíbrio de poderes entre as instituições é um valor constitucional essencial dentro do ordenamento jurídico comunitário, uma meta político-constitucional: a limitação do poder[35].



Há quem tente encontrar uma correspondência entre as instituições comunitárias e os órgãos de soberania nacionais, na medida em que exerceriam poderes que correspondem àqueles, vendo no Conselho, na Comissão e agora no Conselho Europeu os órgãos de direção que dispõem de um poder autônomo de decisão e no Parlamento e Tribunal os órgãos de controle. Mas não é tão simples[36], embora se possam encontrar:

– órgãos de direção política;
– órgãos de direção, decisão e execução; e
– órgãos de controle.[37]

[30] Funciona o princípio das competências por atribuição: artigos 5º, nº 1 e 2, e 13º, n.º 2, do TUE e 1º, nº 1, do TFUE.

[31] Seguindo, no que diz respeito à Comissão, a ideia lançada em 13 de setembro de 1959 por Pierre Wigny, Ministro dos Negócios Estrangeiros da Bélgica. O Conselho chegara a um acordo de princípio em 23 e 24 de setembro de 1963 e fixa a composição da Comissão única em 18 de setembro de 1964. Foi parcialmente revogado pelo artigo P do Tratado da União Europeia de 1992.

[32] Textos em CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. IV Vol., pp. 339 e 345.

[33] Artigo 13º do TUE.

[34] Começou por não estar expresso mas consagrado na jurisprudência, Acórdão *Meroni* Alta Autoridade, de 13 de junho de 1958, Proc. 9/56, p. 44.

[35] *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea – de Roma a Niza*, Celso Cancela Outeda, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, pp. 354 a 358.

[36] CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. Vol. I, 8ª ed., 1997, p. 133.

[37] CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. Vol. I, 8ª ed., 1997, p. 131.

Genericamente:

– O PARLAMENTO EUROPEU representa os interesses dos cidadãos[38] dos Estados membros e participa do processo legislativo;

– O CONSELHO representa os interesses dos Estados membros e tem poderes legislativos e alguns de execução;

– A COMISSÃO EUROPEIA representa os interesses próprios da União e tem funções executivas, participando do processo legislativo;

– O CONSELHO EUROPEU define objetivos como motor da União, sem poderes legislativos;

– O TRIBUNAL DE JUSTIÇA representa a defesa do direito e da justiça na ordem jurídica comunitária, garantindo a sua interpretação uniforme;

– O TRIBUNAL DE CONTAS examina e fiscaliza as contas, a totalidade de receitas e despesas da União[39].

## As fontes de direito da União Europeia

As fontes de direito comunitário refletem a juventude deste ramo do direito, com pouco mais de 50 anos[40], e dos Tratados que criam as Comunidades Europeias resulta uma nova ordem jurídica, com uma finalidade própria e independente da dos Estados membros, mas que com esta se relaciona, com uma dupla origem convencional e unilateral[41].



A ordem jurídica comunitária caracteriza-se pela sua autonomia[42]. Resulta do direito internacional, porque foram os Estados soberanos e independentes a criar as organizações de Estados europeus que constituíram as três Comunidades Europeias (a CECA desde 1951 e até 2002, a CEEA e a renomeada CE desde 1957) e a União Europeia desde 1992, paralelamente até 2009, unificando e substituindo a Comunidade Europeia ainda a par da CEEA. Com o mesmo poder procederam, ao longo dos anos, a alterações a esses tratados institutivos, através de novos tratados com esse fim de revisão e da entrada de novos membros através de tratados de adesão e ainda outros atos dispersos de alteração. Mas esta ordem jurídica própria resulta hoje majoritariamente de fonte unilateral: do direito adotado pelos próprios órgãos da União, que foram construindo todo

[38] Artigo 14º, nº 2, do TUE.

[39] ALVES, Dora Resende. "Uma instituição relevante: o Tribunal de Contas" *in Maia Jurídica Revista de Direito*, Associação Jurídica da Maia, Ano VI, Número 1, janeiro-junho de 2008, pp. 81 a 88.

[40] Comparando-o com a primeira lei escrita de direito romano, a Lei das Doze Tábuas, do século V a.C. e que esteve em vigor cerca de dez séculos, do século V a.C. até ao século VI d.C., e dela resultam princípios jurídicos ainda hoje reconhecidos numa boa parte dos direitos internos dos Estados membros atuais da UE.

ALVES, Dora Resende. *Noções gerais de direito romano e os povos primitivos da Península Ibérica*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado, junho de 2011, 91 páginas.

[41] CAMPOS, João Mota. *Manual de direito comunitário*. 5ª ed., 2007, p. 279.

[42] GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário*. 2008, p. 13.

o acervo que constituiu hoje o direito comunitário. De entre atos previstos expressamente nos Tratados a outros que resultam da prática desses mesmos órgãos, o *acquis communautaire* é hoje um impressionante bloco jurídico. Ainda, outras fontes resultantes do *ius tractuum* e de princípios gerais de direito completam-no.

O Tratado define os atos legislativos[43]: regulamentos para uniformizar o ordem jurídica, diretivas para harmonizar a ordem jurídica, decisões – estes obrigatórios – e recomendações e pareceres[44], sem prejuízo de uma grande possibilidade de atos atípicos e de força jurídica variável (comunicações, orientações, Livros Verdes, Livros Brancos, resoluções, entre outros).

## Os tribunais da União Europeia

O conhecimento do direito da União Europeia é cada dia mais necessário porque os juízes e procuradores nacionais desempenham um papel crucial para garantir o respeito da legislação da União Europeia[45], num momento em que quase 70% da legislação nacional dos Estados membros é já influenciada pelo direito europeu, segundo dados do Parlamento Europeu[46].

O universo jurisdicional comunitário (artigo 13º TUE) é constituído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)[47] (artigos 19º TUE e 251º a 281º do TFUE) e pelo Tribunal de Contas (artigos 285º a 287º do TFUE), que fiscaliza as contas da União[48].



Se para exercer todas as competências jurisdicionais comunitárias foi criado inicialmente um único Tribunal de Justiça, que apresenta todas as características de um verdadeiro tribunal, jurisdição permanente, independente e de competência obrigatória[49], o considerável aumento do número de processos no Tribunal de Justiça deu lugar, nos finais dos anos 80, à criação de um outro nível de jurisdição. Foi criado um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI)[50], hoje renomeado Tribunal Geral (TG), que apesar da designação inicial

[43] Artigo 289º, nº 3, do TFUE.

[44] Artigo 288º do TFUE.

[45] Resolução 2008/C 299/01 do Conselho (JOUE C 299 de 22 de novembro de 2008, p. 1).

[46] Conferência proferida pela Prof.ª Dr.ª Alessandra Silveira, com o título "A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia", em 10 de dezembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

[47] Anterior Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), renomeado pelo Tratado de Lisboa, mas mencionado normalmente apenas por Tribunal de Justiça.

[48] Este não figurava no elenco originário de instituições. Foi o Tratado de Bruxelas de 22 de julho de 1975 que instituiu o Tribunal de Contas das Comunidades Europeias, para entrar em vigor em 1º de junho de 1977, instituição que substitui a Comissão de Fiscalização da CEE e da Euratom e o Revisor de Contas da CECA. A reunião inaugural teve lugar em 25 de outubro de 1977, em Luxemburgo.

[49] GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 2010, p. 224.

[50] Pela Decisão que institui o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, Decisão *sui generis* do Conselho 88/591/CECA, CEE, Euratom de 24 de outubro de 1988 (JOCE L 319

nem sempre têm competência de primeira instância e tem mesmo competências de recurso.

A criação do hoje TG não foi suficiente para acabar com os problemas quantitativos enfrentados pelo então TJCE. Ainda que ambas as jurisdições cumpram a sua missão de forma globalmente satisfatória, tendo em conta as dificuldades específicas de tradução em todas as línguas oficiais[51], os sucessivos alargamentos e o melhor conhecimento do direito comunitário europeu por parte dos profissionais do direito e dos cidadãos tornam necessárias novas soluções – a criação de câmaras jurisdicionais específicas com competência para conhecer certas categorias de litígios. Foi então sugerida e pensada a criação de um órgão jurisdicional específico para julgar os litígios entre as então Comunidades e os seus agentes[52], fazendo parte integrante da instituição Tribunal de Justiça, sem excluir o acesso de recurso ao TG. Foi criado, em 2005, o Tribunal da Função Pública da União Europeia[53].

Desde há anos que a preocupação com a tendência para um desequilíbrio estrutural na capacidade para os órgãos jurisdicionais comunitários lidarem com o aumento de processos pendentes tem sido declarado pelo TJUE e esse assunto mantém-se atual, com a importância crescente do direito comunitário na vida quotidiana dos cidadãos e das empresas da União e na atividade dos órgãos jurisdicionais nacionais[54].



Com o Tratado de Lisboa manteve-se a previsão da criação de seções de competência especializada, mas a designação altera-se de "câmaras jurisdicionais" para "tribunais especializados" (artigos 19º do TUE e 257º do TFUE).

Existe já um contencioso relativo à marca comunitária[55], cujo registo se efetua no Gabinete da Marca, estabelecido em Alicante, de cujas decisões se pode recorrer para o TG, e que já atinge um volume de várias centenas de processos por ano com recurso possível das resoluções adotadas pelos órgãos do Gabinete de Harmonização do Mercado Interior relativos à marca comunitária desde 1993[56]. Na verdade, foram já criadas algumas câmaras de recurso (*Boards of Appeal* ou *Chambres de Recours*), em outras matérias como a proteção das variedades vegetais desde 1994, a segurança aérea desde 2002

de 25 de novembro de 1988, pp. 1 a 8), entretanto revogada pelo artigo 10.º do Tratado de Nice.

[51] Artigo 55º do TUE.

[52] CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu.* 2010, p. 198 e GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 2010, p. 241.

[53] Decisão do Conselho 2004/752/CE, Euratom de 2 de novembro de 2004 (JOUE L 333 de 09 de novembro de 2004, pp. 7 a 11), tendo em conta a previsão dos então artigos 225º-A e 245º do TCE.

[54] TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *El futuro del sistema jurisdiccional* ... 1999, p. 1.

[55] Ver a Diretiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro no JOUE L 299 de 08 de novembro de 2008, p. 25.

[56] RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. 2000, p. 3.

e ainda as patentes comunitárias que asseguram garantias de objetividade na via administrativa de recurso, mas que não são parte do mapa jurisdicional comunitário. São órgãos administrativos especializados na resolução de reclamações interpostas pelos interessados contra atos comunitários em matérias especializadas, cujos atos são passíveis de recurso de anulação nos termos do artigo 263.º do TFUE. Não pode porém antecipar-se à eventual criação de outros tribunais especializados[57].

Hoje, o Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o próprio Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados, que se mantém apenas o Tribunal da Função Pública (artigo 19º, nº 1, TUE).

Contudo, para além destes órgãos, surgem-nos os tribunais nacionais como tribunais comuns de aplicação do direito comunitário na medida em que o direito comunitário é dotado de efeito direto em muitas das suas normas[58] (artigo 19º, nº 1, § 2º, TUE).

A correta aplicação do direito comunitário depende então em larga medida dos sistemas judiciários nacionais, do que deriva a necessidade existente na UE de dispor de uma formação de alto nível para os profissionais da justiça. O conhecimento desta matéria por parte dos juízes, magistrados do Ministério Público e também advogados foi desde sempre essencial para a correta aplicação da legislação comunitária. E a formação judiciária é por isso hoje um objetivo de primordial importância na UE, que se apoia nomeadamente na Rede Europeia de Formação Judiciária (REFJ), criada em 2000 pelas instituições nacionais responsáveis pela formação judiciária. Esta constitui um importante instrumento e alia-se a outros organismos de dimensão europeia que intervêm na formação judiciária[59], onde se insere o papel das universidades[60].



Procurando-se acautelar a "unidade" do ordenamento comunitário[61] surge como mecanismo fundamental da cooperação judiciária entre o direito interno e o direito comunitário o sistema do reenvio prejudicial, que tem por finalidade fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes do direito da União Europeia em todos os Estados membros. O processo prejudicial assenta na colaboração entre o Tribunal de Justiça e os juízes nacionais e nesse âmbito incumbe ao Tribunal

[57] LÓPEZ, Fernando Ramón. *La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitário*. 2007, pp. 567 a 572.

[58] COSTA, José Cardoso da. *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, pp. 1365 e 1370.

[59] O Instituto Europeu de Administração Pública (IEAP) desde 1992 em Maastricht (www.eina.nl); o Centro Europeu da Magistratura e das Profissões Jurídicas no Luxemburgo; a Academia de Direito Europeu ou *Europaïsche Rechtacadémie* (ERA) desde 1992 em Trier (www.era.int).

[60] Comunicação da Comissão Europeia COM(2006), 356 final, pp. 2 e 6.

[61] COSTA, José Cardoso da. *O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,* p. 1376.

de Justiça fornecer uma interpretação do direito comunitário ou pronunciar-se sobre a sua validade, procurando uma resposta útil para a resolução do litígio, embora a aplicação do direito à situação de fato que está em discussão no processo principal incumba ao juiz nacional, tal como previsto no artigo 267º do TFUE. O órgão jurisdicional nacional deve expor em que medida a interpretação solicitada é necessária para proferir a sua decisão ou indicar as razões pelas quais considera que o ato comunitário poderia ser inválido, sendo a qualidade de órgão jurisdicional interpretada pelo Tribunal de Justiça como um conceito autônomo de direito comunitário. A apresentação de uma questão prejudicial acarreta a suspensão da instância no processo nacional até à decisão do Tribunal de Justiça[62].

É assim ao Tribunal de Justiça que cabe a última palavra em matéria de direito da União Europeia nos termos do artigo 19º, nº1, do TUE. Não está previsto no Tratado[63] um mecanismo sancionatório para o não reenvio, mas é possível chegar-se à responsabilização do Estado[64] através de uma ação por incumprimento nos termos dos artigos 258º a 260º do TFUE[65]. A jurisprudência do Tribunal de Justiça tem, desde 2003, densificado as condições ou os pressupostos da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia. Através de acórdãos ainda recentes, o Tribunal de Justiça alargou, explicitamente, o princípio da responsabilidade do Estado à atividade jurisdicional, a fim de salvaguardar os direitos dos particulares decorrentes das obrigações que o direito da União Europeia impõe aos Estados membros. Não resta qualquer dúvida quanto à admissibilidade da responsabilidade do Estado membro pelo exercício de funções jurisdicionais que implique violação do direito da União Europeia, tal como resulta do princípio da lealdade europeia consagrado no artigo 4º, nº 3, do TUE. E a obrigatoriedade de reenvio cria direitos para os particulares cuja violação é susceptível de responsabilizar o Estado[66].



A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia inclui três grandes vertentes: o controle da legalidade da ação das instituições europeias, o controle do cumprimento pelos Estados membros das suas obrigações através dos processos por incumprimento e a competência prejudicial[67]. Abrange, nos artigos 258.º a 281º do TFUE:

[62] Nota informativa do Tribunal de Justiça 2005/C 143/01, pp. 1 a 4.

[63] É possível encontrá-lo previsto o direito interno alemão.

[64] Aconteceu já em processo de 2003 da Comissão contra a República Italiana, pela insistência em não reenviar.

[65] Conferência proferida pela Prof.ª Dr.ª Alessandra Silveira, com o título "A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia", em 10 de dezembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

[66] Ver estudo em SILVEIRA, Alessandra. *A responsabilidade do Estado-juiz* … 2008.

[67] RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. Abril, 2000, p. 2.

- recursos de declaração ou simples apreciação:
  - ♦ contencioso de interpretação
    – ação ou reenvio prejudicial
  - ♦ contencioso de legalidade
    – ação por incumprimento

- fiscalização da legalidade dos atos das instituições comunitárias:
  - ♦ recurso de anulação
  - ♦ excepção de ilegalidade
  - ♦ ação por omissão

- contencioso de plena jurisdição
  - ♦ impugnação de sanções pecuniárias impostas pela União
  - ♦ recursos de funcionários e agentes contra a União
  - ♦ ações instauradas em virtude de uma cláusula compromissória

De acordo com os Tratados, o TJUE exerce essencialmente funções judiciais ou contenciosas, interpretando e aplicando o direito comunitário originário e derivado. Mas também exerce competência consultiva antes da conclusão de acordos internacionais nos termos do artigo 218º, nº 11, do TFUE[68]. O pedido de parecer é facultativo, mas, uma vez pedido, torna-se vinculativo.



Outra forma de caracterizar as suas funções será como jurisdição constitucional, administrativa, cível, laboral, responsável pela interpretação uniforme e de tribunal internacional[69].

A UE fornece apoio financeiro para a formação judiciária que reconhece como um desafio fundamental na criação do espaço judiciário europeu, mas a organização dessa formação é sobretudo da responsabilidade dos Estados membros a quem cabe integrar plenamente a dimensão europeia[70]. Os sistemas jurídicos e judiciários dos Estados membros apresentam uma grande diversidade e para a criação de uma cultura judiciária europeia comum é essencial que todos os profissionais de justiça: juízes, procuradores, funcionários e agentes de justiça e advogados possam participar de uma formação adequada no domínio do direito europeu[71].

---

[68] E ainda nos termos dos artigos 103º, 104º e 105º do TCEEA.
CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu.* 2010, p. 192 e GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 2010, p. 433.

[69] CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu.* 2010, pp. 185 e 193 e GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 2010, p. 224.

[70] Comunicação da Comissão Europeia COM(2006) 356 final, pp. 9, 7, 3.

[71] Resolução 2008/C 299/01 do Conselho (JOUE C 299 de 22 de novembro de 2008, p. 2).

Relativamente ao regime linguístico, todas as línguas oficiais são línguas de processo[72] mas, tal como nas restantes instituições, há uma procura para adoção de um número reduzido de "línguas de trabalho"[73].

## 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*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Janeiro, 2012, 110 páginas.

_____ *As instituições comunitárias*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Dezembro de 2008. (desatualizado)

_____ *As fontes de direito comunitário*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Março de 2011.

_____ "Notas sobre de O tratado de Lisboa 13 de dezembro de 2007" *in Maia Jurídica Revista de Direito*, Associação Jurídica da Maia, Ano V, Número 2, julho-dezembro de 2007, pp. 65 a 78.

_____ "Normas e Decisões de Direito Comunitário" *in Revista Jurídica*. Universidade Portucalense. ISNN 0874-2839.

_____ e SILVA, Maria Manuela Magalhães. *Coletânea de Direito Público*. Porto: Centro de Cópias Antônio Silva Lemos, Artes Gráficas Ltda., 1999. Depósito Legal n.º 135408/99 e ISBN 972-8282-20-6. (desatualizado)

ALVES, Jorge J. Ferreira. *Lições de Direito Comunitário*. I vol. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1992.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *ABC do direito comunitário*. Comissão Europeia.

CAMPOS, João Mota. *Direito comunitário*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Vol. I a IV.

_____ *Manual de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 5. ed., 2007.

_____ e CAMPOS, João Luiz Mota – *Manual de Direito Europeu - O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia.* Coimbra: *Wolters Kluwer | Coimbra Editora*. 6.ª ed., Março de 2010.

CANCELA OUTEDA, Celso. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea – de Roma a Niza,* 563 p., ISBN 84-8121-889-8, Edição Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2001, Universidade de Santiago de Compostela: Publicacións da Cátedra Jean Monnet, n.º 3, p. 354 e ss.

*Constituição da Europa*. Porto Editora, 2005. ISBN 972-0-06716-0.

*Constituição da República Portuguesa* de 2 de abril de 1976, na versão da 7.ª Revisão



[72] Para as Comunidades vinham as línguas oficiais previstas no artigo 314.º do TCE, agora correspondendo ao artigo 55º do TUE com 23 línguas oficiais.
Ainda Regulamento de Processo do TJ e Decisão n.º 2006/955/CE do Conselho de 18 de Dezembro de 2006 (JOUE L 386 de 29 de dezembro de 2006).
GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. 2010, p. 223.

[73] Inglês, francês e alemão.

Constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de agosto) (texto simples), edição de Maria Manuela Magalhães Silva, Instituto Superior Bissaya-Barreto, 2007. ISBN 978-972-98887-5-5.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. "O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias" *in Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*. pp. 1363 a 1380.

CUNHA, Paulo de Pitta e. *Direito Institucional da União Europeia*. Almedina, 2004. ISBN 972-40-2332-X. 215 p.

DERO-BUGNY, Delphine. "Le livre vert" de la Commission européenne *in Revue trimestrielle de droit européen*. 41, n.º 1, janv.-mars 2005. Paris: Dalloz. ISSN 0035-4317. pp. 81 a 104.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário*. Coimbra: Livraria Almedina. 5. ed., 2008. ISBN 978-972-40-3666-3.

_____ *Direito da União*. Coimbra: Livraria Almedina. 6. ed., 2010. ISBN 978-972-40-4386-9.

_____ *Tratado de Lisboa*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4475-0.

HEN, Christian e LÉONARD, Jacques. *O essencial sobre a União Europeia*. 1. ed. Bizâncio: 2002. ISBN 972-53-0175-7. 213 p. pp. 36 a 39.

*Jornal Oficial da União Europeia* em http://eur-lex.europa.eu.

MOURRE, Michel. *Dicionário de História Universal*. Volumes, I, II e III. Edições Asa, 1998.

MOUSSIS, Nicolas. Le traité de Lisbonne: une constitution sans en avoir le titre *in Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. N.º 516, mars 2008. pp. 161 a 168.

NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição Europeia – A constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1389-3.

PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo Á.. "El proceso de integración comunitário en marcha: de la CECA a los Tratados de Roma (1951-1957)" *in El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007).* Editorial Comares. 2007. ISBN 8498362245. pp. 1 a 19.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia – Direito constitucional e administrativo da União Europeia*. Almedina, 2004. ISBN 972-40-2334-6. 606 p.

Parlamento Europeu. *50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia*. 2. ed.. 2001. 384 páginas.

RAMOS, Rui Moura. "As Comunidades Europeias – enquadramento normativo-institucional". *Das comunidades à União – estudos de direito comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1997.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. Abril, 2000. Em http.//curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/índex savoirplus.htm, consulta em 12.11.2008.

SILVEIRA, Alessandra. "A responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça" *in Scientia Iuridica*. Tomo LVII, n.º 315. Julho-Setembro 2008, pp. 427 a 452.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *El futuro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea*. Em http.//curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/índex_savoirplus.htm, acesso em 12 de novembro de 2008.

VILAÇA, José Luís e GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Tratado de Nice*. Coimbra: Livraria Almedina, 5. ed. 2009. *ISBN 9789724038131.*

## Documentação

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento e ao Conselho sobre a formação judiciária na União Europeia de 29 de junho de 2006, documento COM(2006) 356 final.
Nota informativa do Tribunal de Justiça 2005/C 143/01 relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais (JOUE C 143 de 11 de junho de 2005, pp. 1 a 4).
Resolução 2008/C 299/01 do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho relativa à formação dos juízes, procuradores e agentes de justiça na União Europeia (JOUE C 299 de 22 de novembro de 2008, pp. 1 a 4).

O texto apresentado foi escrito de acordo com a antiga ortografia, prévia ao Acordo Ortográfico[74].

[74] Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, convenção internacional assinada pela Academia das Ciências de Lisboa, Acabemia Brasileira de Letras e delegações de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Princípe. Publicado no DR n.º 193, I-A Série, de 23 de agosto de 1991, pp. 4370 a 4388, foi ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008 de 16 de maio no DR n.º 145, I Série, de 29 de julho, p. 4802, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 de 29 de julho. A Resolução da AR prevê um período de transição pelo prazo de 6 anos para adoção oficial da nova ortografia, a contar de 13 de maio de 2009, data do depósito do instrumento de ratificação, segundo o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 255/2010 de 17 de setembro, no DR n.º 182, I Série, p. 4116.
O Comunicado do Conselho de Ministros, de 9 de dezembro de 2010, indica o conversor Lince como ferramenta gratuita de conversão ortográfica para a nova grafia, disponível na Internet em www.portaldalinguaportuguesa.org e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011 de 25 de janeiro de 2011 aprova a introdução da nova grafia a partir do ano letivo de 2011/2012 através de uma adoção gradual do processo de conversão ortográfica.
As instituições, órgãos e organismos da União Europeia decidiram aplicar, a partir de 1 de Janeiro de 2012, o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. A partir dessa data, os textos 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 respectivo Jornal Oficial no mês de dezembro (nomeadamente JOUE C 350 de 1 de dezembro de 2011 e C 351 de 2 de dezembro de 2011).
Na Região Autónoma dos Açores houve a preocupação de expressamente pela Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 83/2011, de 6 de junho e pela Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autônoma dos Açores n.º 7/2012/A, de 24 de janeiro, determinar a aplicação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, a partir de 1 de janeiro de 2012, a todos os serviços, organismos e publicações oficiais.

# La justice de Giotto

**Umberto Vincenti**[1]

## *L'iconographie giottesque de la Justice et de l'Injustice*

Pourquoi, dans la Chapelle des Scrovegni, dans un cycle de peinture dédié au « sacré » par excellence (la Vie du Christ et le Jugement Universel), Giotto représente-t-il la Justice et l'Injustice en position centrale, également d'un point de vue physique, en les représentant avec des formes et des attributs parfaitement terrestres, laïques en somme? Voyons un peu.[2]

Giotto personnifie la Justice, et la personnification de cette vertu suprême correspond à un emploi très antique et généralisé: dans la Grèce antique Némi, fille d'Uranus, personnifiait la justice et dans la représentation courante elle présentait la corne d'abondance et la balance; auprès des Égyptiens il y avait Maat, fille du dieu Rê, qui portait aussi une balance.

Giotto donne à sa Justice les formes d'une femme couronnée, bienveillante, séduisante même, qui agit comme étant elle-même une balance (qu'en fait elle ne possède pas, ainsi que l'épée). C'est ainsi que, dans chacune de ses mains, elle tient un plat. Dans l'un (le plat à gauche de l'observateur) il y a un jeune homme ailé qui couronne un bon,[3] dans l'autre (le plat à droite de l'observateur), il y a un vieux ailé qui décapite un méchant.

En face de la Justice, Giotto représente son contraire, l'Injustice, en la personnifiant dans un homme âgé mais vigoureux encore, vêtu d'une toge, en toute probabilité un juge, dans une attitude qui vise à en souligner la personnalité cruelle et perverse (à tel point qu'il se désintéresse des crimes qui sont commis juste au-dessous de son siège, dans une scène non encadrée qui constitue un continu avec la figure supérieure): en effet, les nombreux arbres qui entourent ce sinistre personnage structurent le contexte favorable au guet-apens.

Il s'agit ici d'une iconographie qui, de toute évidence, « lit » l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote.

---

[1] Extrait de U. Vincenti – F. Marcellan, *La giustizia di Giotto*, Jovene Editore, Napoli 2006, pp. 69-92. Traduction de l'italien par Elisa Zambon, Service Relations internationales de l'Université de Padoue.

[2] À propos de cette iconographie nous recommandons la lecture de S. Pfeiffenberger, *The iconology of Giotto's Virtues and Vices at Padua*, University Microfilms, Inc., Ann Arbor, Michigan, 1966. L'iconographie de la loi et de la justice était commune dans la miniature des manuscrits juridiques médiévaux.

[3] C. Frugoni, *Gli affreschi della cappella degli Scrovegni a Padova*, Torino, 2005, p. 91, pense que le banc derrière lequel est assis l'homme récompensé « rappelle celui d'un changeur »: s'agit-il d'une allusion au commanditaire Enrico Scrovegni, honnête prêteur ? Cependant il demeure improuvable que ce banc soit celui d'un changeur, alors que l'encrier et les plumes posées sur la table pourraient représenter (avec la table) les instruments par lesquels on écrit les sentences et l'on rend ainsi justice *in terris*.

À cette époque « le philosophe » (c'est ainsi qu'Aristote était couramment appelé dans le Bas Moyen Âge) avait été rendu à la pensée occidentale par la médiation arabe d'Averroès, dont les commentaires relatifs à Aristote étaient arrivés à l'Université de Paris environ en 1230; et, entre le XIV$^{ème}$ et le XV$^{ème}$ siècle, l'Université de Padoue était sur le point de devenir le premier centre européen d'études sur l'aristotélisme. Quant à l'*Éthique à Nicomaque*, elle réapparaît à Paris en 1215 et jouit tout de suite d'une célébrité immense. Entre 1246 et 1247 l'œuvre fut traduite en latin par le franciscain anglais Robert Grosseteste, évêque de Lincoln, qui l'accompagna d'un vaste recueil de gloses hellénistiques et byzantines. Et c'est à Padoue que sera imprimée, au début du XVI$^{ème}$ siècle, la première édition des œuvres complètes de Grosseteste, témoignage du lien entre le *Studium Patavinum* et l'aristotélisme médiéval.

Dans l'*Éthique à Nicomaque* (livre V, §§ 1 et suivants) Aristote soumet à une enquête parallèle la justice et l'injustice, convaincu qu'il n'est pas possible de comprendre la première sans avoir eu également l'expérience de la seconde: « Souvent » explique-t-il « la disposition contraire est connue par son contraire [...] ainsi d'une part, si le bon état physique nous est connu, le mauvais état nous devient également clair; et d'autre part le bon état physique est témoigné par la santé, et cette dernière par le bon état physique ».[4] C'est une perspective extrêmement concrète et même, inévitablement, laïque que celle qu'Aristote confirme lorsqu'il nous apprend que justice et injustice ne peuvent jamais être vraiment comprises dans leur essence idéale, parce que l'homme ne peut connaître que l'action juste et, respectivement, injuste: « la justice [...] c'est ce qui nous fait dire que le juste est celui qui accomplit par choix délibéré ce qui est juste et qui donne à chacun la part qui lui revient [...] »;[5] « l'injustice, au contraire, est le propre de l'injuste ».[6]



C'est encore Aristote qui nous explique la raison de la personnification répandue de cette vertu et son identification, dans l'imaginaire de tout temps, dans la figure institutionnelle du juge: « [...] en cas de contestation on a recours au juge: le juge en fait tend à être comme une justice vivante » .[7]

La représentation de la Justice comme une femme royale, assise sur un trône-niche, se montre pareillement littéraire, et est sans doute inspirée par le *De officiis* de Cicéron, où justement on peut lire que « la justice, elle seule, est maîtresse et reine de toutes les vertus ».[8] Cela n'est pas suffisant. Quelques années avant Giotto, saint Thomas avait décrit la justice légale comme « la plus noble parmi

[4] Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V (E), 1129a.

[5] Arist., *Éth. Nic.*, V (E), 1134a.

[6] Arist., *Éth. Nic.*, V (E), 1130a.

[7] Arist., *Éth. Nic.*, V (E), 1132a. Le passage est pris à la lettre de Thomas (*Summa Theologica*, II-II. q. 58, a. 1).

[8] Cicéron, *De officiis*, 3, 6. Quant à la structure des formes, la Justice de Giotto subit l'influence des sculptures d'Arnolfo di Cambio, ce qui devient évident en observant la *Vierge en trône* (datable entre 1296 e 1302), conservée au Museo dell'Opera del Duomo de Florence.

toutes les vertus morales »,[9] en reprenant Aristote qui, dans l'*Éthique à Nicomaque*, avait déclaré que « la justice semble être la plus importante des vertus »,[10] « la plus parfaite des vertus »,[11] « une vertu complète ».[12]

C'est tout à fait probable que ces lectures décidèrent Giotto à faire de la Justice la Vertu prédominante du cycle de Padoue, tandis que dans la plupart des cycles de peinture on trouvait, en premier rang, la Charité ou l'Humilité (et le vice le plus méprisable était d'habitude l'avarice ou l'orgueil: le premier était sans doute interdit à Giotto, à cause du péché d'usure commis par le père du commanditaire Enrico Scrovegni).

Les sujets situés au-dessous de chacune des deux personnifications servent la démonstration des conséquences opposées qui dérivent du règne de la Justice et, respectivement, de l'Injustice: en d'autres termes, les conséquences qui surviennent selon que les juges exercent leur fonction en honorant ou, au contraire, en déshonorant leur rôle.

Au-dessous de la Justice, Giotto représente une scène de vie ordonnée et pacifique: deux soldats à cheval qui vont à la chasse, un petit chien, un arbre, deux danseuses, un homme qui joue au tambourin, une maison de paysans avec un autre arbre, deux marchands à cheval avec les marchandises dans leurs sacs.

Au-dessous de l'Injustice, Giotto peint une scène horrible, en l'insérant, de façon significative, dans un espace de forme irrégulière, qui souligne la gravité du désordre civil causé par les actions commises par les figures représentées: l'on voit un passant renversé par un cheval sous le regard indifférent d'un autre homme, probablement le propriétaire du cheval; immédiatement après, il y a une femme dénudée et traînée par deux hommes, qui semblent avoir l'intention de la violer. Dans ce contexte se dressent, au bout de la scène, deux soldats, qui ne s'intéressent pas aux délits commis sous leurs yeux, mais qui, au contraire, semblent avoir l'intention de courir à l'aide des agresseurs. Ici, l'on trouve très probablement un écho de la lecture d'un passage renommé du *De officiis* de Cicéron, dans lequel on dit que « il y a deux types d'injustice: l'une de ceux qui l'infligent, l'autre de ceux qui, tout en en ayant la possibilité, n'éloignent pas l'injure de ceux auxquels elle a été infligée ».[13]



[9] *Summa Th.*, II-II. q. 58. a. 12.

[10] *Éth. Nic.*, V (E), 1129b, qui continue ainsi: « [...] et que ni l'étoile du soir ni celle du matin sont aussi admirables ; et, dans le proverbe, on dit: *Dans la justice sont comprises toutes les vertus* ». Cette idée sera reprise par Saint Augustin: « la justice est la compagne de toutes les vertus » (*Ad fratres in eremo*, sermo XIV).

[11] *Éth. Nic.*, V (E), 3, 1129b.

[12] *Éth. Nic.*, V (E), 1130a, qui continue ainsi: « [...] et l'injustice qui s'y oppose n'est pas un vice partiel, mais un vice complet ».

[13] Cic., *De off.*, 1, 7. Voir Pfeiffenberger, *op. cit.*, V, 33 (qui cite pourtant, avec moins de pertinence, *De off.*, 1, 13, 41: « Mais parmi toutes les injustices aucune n'est plus déplorable de celle qui est commise par ceux qui, tout en vous trompant, font semblant d'être des hommes honnêtes ».

Les deux représentations au-dessous des figures principales traduisent en images l'idée répandue depuis toujours que, sous l'autorité de la justice, les rapports sociaux sont réglés selon un principe d'ordre, d'harmonie, d'équilibre, essentiellement en fonction de la réalisation et du maintien de la paix: cela avait été remarquablement expliqué par Platon: « [...] l'injustice donne naissance parmi les hommes à haines et luttes, tandis que la Justice produit accord et amitié ».[14]

Ainsi (dans le panneau au-dessous de la Justice) les soldats ne combattent pas, mais ils se consacrent au plaisir de la chasse; les paysans travailleurs, auxquels renvoie la maison champêtre dans les arbres, sont placés, comme dans la société complexe du Bas Moyen Âge, côte à côte avec les marchands libres de voyager et commercer, « parce qu'il règne la liberté et la joie (le gai chant des jeunes filles), assurées par la Justice ».[15] Tout cela trouve sa confirmation dans l'inscription, lisible bien qu'incomplète, qui se trouve au-dessous du cadre aux pieds de la Justice: « La justice parfaite pèse tout avec égalité; couronnant les bons, elle frappe les vices de son épée. Toute chose réjouit de la liberté; si la Justice règne, elle agira avec bienveillance partout où se tourne le chevalier juste. On peut donc chasser, chanter et vendre, déjà les marchands [...] se réjouit ».[16]

L'inspiration profonde de cette iconographie jaillissait donc de l'étude attentive des sources classiques, grecques et romaines, ce qui fait comprendre que l'artiste, ou celui qui l'éclaira dans la peinture, appréciait la spiritualité supérieure exprimée par l'Occident dans l'âge préchrétien.



## *Loi et justice dans la tradition occidentale*

Au début du XIV[ème] siècle ce qu'on appelait *Iustitia particularis*, c'est-à-dire la justice juridique,[17] avait comme première source le droit romain, redécouvert par les *doctores* du *Studium* bolonais, l'École des glossateurs, Irnérius et ses disciples, Iacopo, Ugo, Bulgaro, Martino (XI-XII[ème] siècles); un droit romain qui fut ensuite largement remanié et modernisé par l'École des Commentateurs, dont les maîtres les plus illustres ont été Bartolo da Sassoferrato et Baldo degli Ubaldi (ce-dernier fut professeur à Padoue au XIV[ème] siècle).

On regarde la justice garantie par le droit romain comme étant caractérisée par la rationalité et l'universalité: elle est la conséquence pratique du droit élaboré rationnellement par les grands jurisconsultes du Moyen Âge – à partir des recueils (le Digeste, les Institutes, le Codex) réalisés par l'empereur byzantin Justinien (au

[14] *Rep.*, 351 c.d.

[15] Frugoni, *op. cit.*, p. 92.

[16] *Equa lance cuncta librat Perfecta Iusticia: Coronando bonos mores Ensem contra vicia. Cuncta gaudent libertate, Ipse si regnaverit; Agit cum iocunditate Quousque que volverit. Miles probus tunc venatur, Cantatur, venditur, Mercator it* [...]. L'inscription cependant ne serait pas contextuelle à la décoration de la Chapelle (G. Pisani, *L'ispirazione filosofico-teologica della sequenza « Vizi-Virtù » nella Cappella degli Scrovegni di Giotto*, in *Boll. Mass. Civ. Padova* (XCIII), 2004, Milano, 2005, p. 95).

[17] D. Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2003.

VI[ème] siècle apr. J.-C.) –, un droit qui fut constamment adapté à la nature des rapports sociaux de l'époque, et dont la valeur sera reconnue, en principe, par tout le Saint Empire Romain d'Occident,[18] continuateur de l'empire de Rome, dont les territoires comprenaient toute l'Europe continentale.

Les *leges* de Justinien s'ajoutent ainsi, comme droit supplétif,[19] aux autres *leges* de l'univers juridique médiéval, qu'il s'agisse de constitutions impériales, royales, seigneuriales ou de statuts communaux. Le droit ainsi composé est nommé *ius commune;* et était étudié et appliqué dans toute université et tout tribunal d'Europe. C'est là un phénomène extraordinaire: les Commentaires de Baldo orientaient indifféremment un professeur ou un juge, qu'il se trouvât à Padoue, ou, par exemple, à Amsterdam.

Voilà donc le contexte de la légalité et de la justice appliquée entre le XIII[ème] et le XIV[ème] siècle; il faut toutefois observer que l'iconographie giottesque de la Justice et de l'Injustice voudrait nous transporter vers une dimension plus haute, bien qu'encore terrestre et non surnaturelle.

Au début du XIV[ème] siècle on voit circuler, se confronter et s'affronter au moins trois concepts différents de loi et de justice (plus ou moins correspondants), dont on envisage la matrice dans la spiritualité occidentale.

Si la loi est une règle qui tend à être générale et abstraite, dans la Grèce du V[ème] siècle av. J.-C. elle est un précepte qui émane de la connaissance des hommes dans leur rapports réciproques: c'est une loi inspirée par la rationalité et toujours susceptible de changement, parce que la connaissance est progressive.[20]



À Rome la loi exprime une volonté ordinatrice: pendant la République, celle du peuple entier réuni dans le comice législatif;[21] pendant l'Empire, celle du seul empereur, à qui pourtant le peuple avait délégué le pouvoir législatif, au moyen de la loi de l'investiture (*lex de imperio*).[22]

Le Christianisme introduit en Occident l'idée théocratique de la loi: elle est l'expression de la volonté de Dieu. Au XII[ème] siècle le moine camaldule Gratien, professeur de droit canonique à Bologne, affirme dans son *Decretum* que la loi

[18] Fondé par Charlemagne, couronné empereur à Noël de l'an 800.

[19] C'est-à-dire valable en l'absence de normes propres à chaque communauté, normes du type de celles qui suivent dans le texte; cependant il faut ajouter que ces normes étaient plutôt lacunaires, par conséquent le domaine d'application du droit romain de Justinien, comme il avait été réinventé par les juristes médiévaux, demeure assez étendu.

[20] « La loi veut être découverte de l'être » est dit significativement dans le dialogue *Minos ou de la loi* (attribuable à l'Académie platonique), qu'on peut lire dans une édition récente (Macerata, 2002) édité par C. Sbailò, avec une riche préface du même éditeur.

[21] *Digeste* 1, 3, 1 pr. (Papinien): "La loi est un précepte commun, délibéré par des hommes prudents, elle est sanction de délits commis volontairement ou par ignorance, contrat commun de la république ».

[22] *Dig.* 1, 4, 1 pr. (Ulpien): "Ce que le prince a décidé a valeur de loi: puisque par la loi, qui lui a donné le pouvoir suprême, le peuple consigne au prince et dans le prince tout son pouvoir et toute souveraineté".

humaine doit toujours s'accorder à la *lex aeterna*, c'est-à-dire à la loi divine.[23] Jean de Salisbury, évêque de Chartres en 1176, plaide la subordination du prince à l'Église: dans le *Polycraticus* il soutient que la loi est une « volonté d'équité et de justice »; et l'équité est la loi de Dieu.[24] Entre le XIII$^{ème}$ et le XIV$^{ème}$ siècle Roger Bacon se bat pour affirmer la dépendance de la loi civile de celle canonique, directement inspirée par les Saintes Écritures;[25] et Jean Scot postule qu'« aucune loi n'est juste si elle n'a pas été établie par la volonté acceptante de Dieu ».[26]

De même, la civilisation occidentale avait élaboré trois concepts de justice différents: dans la Grèce du V$^{ème}$ siècle av. J.-C. elle comporte la conformité aux lois, qu'il s'agisse des lois de la nature ou de celles, incertaines, des hommes; dans la Rome classique, la justice est l'ordre qui émane de la volonté constante de donner à chacun ce qui lui revient dans les rapports réciproques; pour les Chrétiens la justice est surtout la conformité à la volonté de Dieu et la justice humaine semble presque disparaître dans la perspective du *noli iudicare*.[27]

## *Loi et justice dans la pensée de Thomas d'Aquin*

Ces différentes élaborations sont reconsidérées et font l'objet de la puissante synthèse médiatrice de Saint Thomas, dont l'œuvre était sans doute connue du Giotto de Padoue, ou du moins de ses interlocuteurs culturels à Padoue.

Le penseur, qui prend comme modèle l'*Éthique à Nicomaque*, essaye de constituer un cadre normatif autonome et réservé à l'homme (et à sa justice terrestre). Ainsi on a la *lex aeterna*, la *lex naturalis* et la *lex humana*.[28] Au-dessus des trois se situe la *lex divina*, qui correspond à la loi révélée par Dieu et transcrite dans les tables de Moïse et les Évangiles. *Lex divina* et *lex aeterna*, c'est-à-dire le programme et l'ordre conçus par Dieu, sont parfaitement supérieures et la loi établie par les pouvoirs temporels (*lex humana*) ne pourra jamais briser les préceptes de la volonté divine. Cependant l'homme, grâce à l'emploi équilibré de sa propre raison, est en état d'accéder aux principes de la loi naturelle, bien que celle-ci soit partie intégrante de la loi éternelle: il peut y accéder pour **autant qu'ils soient conformes à la nature humaine**. [29] C'est une conception qui



[23] R. Balbi, *L'idea di legge. Momenti del pensiero grazianeo e della riflessione decretistica*, Napoli, 2003, p. 13.

[24] G. Reale – Antiseri, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, 1, Brescia, 1983, p. 403.

[25] E. Bréhier, *La filosofia del Medioevo*, Torino, 1952, p. 395.

[26] Reale – Antiseri, *op. cit.*, p. 463.

[27] E. Opocher, *Giustizia (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 587 ss.

[28] L'on connaît la définition thomiste de la loi humaine: « Règlement de la raison pour le bien commun, promulgué par celui auquel est confié le soin de la communauté » (*Summa Th.*, I-II, q. 90, a. 4).

[29] Reale – Antiseri, *op. cit.*, p. 432: "[...] cette *partecipatio legis aeternae in rationali creatura* s'appelle *loi naturelle*. Brièvement, les hommes en tant qu'êtres rationnels connaissent la loi naturelle, dont le noyau essentiel est le précepte selon lequel « on doit faire le bien et éviter le mal ». Le bien est pour l'homme, ainsi que pour tous les êtres, sa propre conservation; le bien est pour l'homme, ainsi que pour tous les animaux, suivre les enseignements universels de la

demeure théocratique au fond, parce que l'homme, dans sa découverte du droit naturel, doit inévitablement s'en tenir aux commandements donnés par Dieu à travers la *lex divina*. Pourtant, l'espace législatif de la raison humaine est créé: cela n'est pas peu de chose lorsqu'on songe que, quasi simultanément, un juriste du niveau de Gratien affirmait que « le droit naturel est contenu dans la loi et dans l'Évangile ».

Thomas réhabilite la justice humaine, la *iustitia legalis* de la même façon*:* [30] elle est, tout autant que la *charitas*, une vertu générale, puisqu'elle « conforme les actes de toutes les vertus au bien commun », et qu'elle « se trouve en celui qui commande de façon dominante et presque magistrale ».[31] Le jugement est ainsi propre à la justice et seulement celui qui est apte peut juger honnêtement: « C'est pourquoi le Philosophe (Aristote) affirme, que les hommes "ont recours au juge comme à une justice vivante" ».[32]

Thomas établit une correspondance précise lorsqu'il introduit (se référant encore à Aristote) le vice général de l'injustice: « [...] le juste doit son nom au fait qu'il accomplit ce qui est juste, et l'injuste au fait qu'il accomplit ce qui est injuste ».[33] C'est un discours qui continue dans le domaine concret des facultés humaines: justice et injustice sont propres à l'homme, notamment à l'homme qui juge, et la volonté de l'agent est déterminante, la volonté de donner à un homme ce qui lui revient par rapport à un autre homme, une volonté face à laquelle la raison cognitive est un *prius* nécessaire, mais qui ne suffit pas à exprimer un acte de justice.[34]



## *Échec à la justice de Dieu: le « suprême législateur humain » de Marsile de Padoue*

Saint Grégoire Le Grand soutenait nettement que « la justice humaine, par rapport à la justice divine, est injustice »; et les autres Pères de l'Église pensaient de même. On a remarqué qu'aux débuts du XIV[ème] siècle la doctrine théocratique parvient à son apogée avec la bulle *Unam sanctam* de Boniface VIII, qui postule la subordination totale du pouvoir civil à la papauté: « Chez tous ceux qui soutiennent la théocratie l'on trouve la même stratégie argumentative, les mêmes citations de

nature: union du mâle et de la femelle, protection et croissance des petits, etc. Le bien est pour l'homme, en tant qu'être rationnel, la connaissance de la vérité, la vie en société, etc. ».

[30] E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, p. 95: «Le scepticisme du christianisme primitif et d'Augustin à propos de la «justice humaine» est ainsi en grande partie atténué. Et comme la «lex humana», en s'adaptant à la «lex naturalis» peut s'insérer dans la validité parfaite de la *lex aeterna*, ainsi la justice humaine, dans ses deux formes de justice commutative et de justice distributive, peut avoir dans le plan temporel du droit la même fonction exercée dans le plan universel par la «justice de Dieu» ».

[31] *Summa Th.*, II-II, q. 58, a. 6.

[32] *Summa Th.*, II-II, q. 60, a. 1.

[33] *Summa Th.*, II-II, q. 59, a. 2.

[34] *Summa Th.*, II-II, q. 58, a. 4.

l'Écriture, les mêmes documents patristiques et surtout le même emploi déformé de la pensée d'Augustin (agostinisme politique): un état ne peut pas être gouverné sans vraie justice, et il n'y a pas de vraie justice là où le Christ n'est pas le chef (ou son vicaire) ».[35]

L'excès engendre évidemment la réaction: cette dernière pouvait en outre se prévaloir du mythe de la *res publica Romanorum*, dont la tradition était, dans un certain sens, encore vivante à cause de l'existence du Saint Empire Romain.

À peu près au moment où Giotto travaille à Padoue à la Chapelle des Scrovegni, un padouan élabore une théorie puissante pour ce projet de restauration civile, résolu à anéantir l'instance théocratique: *Marsilius Patavinus*, Marsile de Padoue,[36] éminent philosophe de la politique, auteur d'une œuvre, le *Defensor Pacis* (1324), qui a été traduite et étudiée dans le monde entier. Il s'agit d'un protagoniste de son époque: président de la faculté des Arts à la Sorbonne (1313), premier conseiller de l'empereur Louis IV de Bavière pendant sa descente en Italie (1327), vicaire spirituel de Rome (1328). Il meurt probablement en 1343, après avoir rédigé une autre œuvre remarquable, le *Defensor minor*. Une fois mort, il ne bénéficia pas de l'appréciation qu'il aurait méritée, spécialement en Italie et surtout dans sa Padoue. La Ville du Saint (à l'époque de Marsile indiscutablement guelfe)[37] ne lui dédia une ruelle du centre qu'en 1900 (et la même année elle dédia une autre ruelle du centre au premier d'entre tous les maîtres de l'Université de Padoue, Galileo Galilei); alors que les rues dédiées aux saints y sont très nombreuses et que leur dédicace remonte aux XII-XIV[ème] siècles.



Il faudrait mentionner (pour bien comprendre) que Marsile fut excommunié en raison des positions anti-papales (laïques mêmes, pourrait-on dire) du *Defensor pacis*, qu'il fut le rédacteur de la sentence impériale de déposition de Benoît XII et, qu'après sa mort, le pape Clément VI assura « n'avoir jamais rencontré un hérétique pire que lui ». Dans un milieu rigoureusement catholique le moins qui pouvait arriver à cet illustre padouan (peut-être le plus illustre avec Tite-Live) c'était d'être mis à l'écart.

Dans le *Defensor pacis* Marsile aborde l'idée de loi et de justice à travers les lectures qui, vingt ans auparavant, avaient inspiré Giotto.

Il n'exclut pas l'existence de la loi divine, mais il la confine dans la sphère de la spiritualité religieuse: il en résulte que les prescriptions divines n'ont pas en soi d'effets sur la société civile. Cette dernière est au contraire totalement confiée au

[35] *Dizionario Enciclopedico del Medioevo* (édité par C. Leopardi), III, Parigi – Roma – Cambridge, 1999, v. Théocratie, p. 1888.

[36] Pour une notice biographique et une première approche de l'oeuvre de Marsile: C. Pincin, *Marsilio*, Torino, 1967 ; C. Dolcini, *Introduzione a Marsilio da Padova*, Roma-Bari, 1995; S. Simonetta, *Marsilio da Padova e John Wyclif*, in *Il pensiero politico medievale*, édité par M. Fumagalli Beonio Brocchieri, Roma-Bari, 2000, p. 165 ss.

[37] Comme l'explique efficacement A. Ventura, *Padova*, Roma-Bari, 1989, p. 23 ss. (« [...] Padoue se trouva naturellement rangée du côté de la papauté et fut la principale forteresse du parti guelfe en Vénétie »).

« suprême législateur humain »,[38] c'est-à-dire au peuple, vu comme « l'universalité des citoyens ». L'on comprend comment, dans cette perspective, il n'y a plus de place non seulement pour la *lex divina*,[39] mais pas non plus pour la *lex naturalis*.

Il y a un passage du *Defensor pacis* particulièrement significatif, qui mérite d'être cité intégralement:

> [...] la connaissance ou la découverte véritable de ce qui est juste ou utile, et de son contraire, n'est une loi considérée dans sa dernière et propre signification, par laquelle elle devient mètre des actions humaines et civiles, que lorsqu'un ordre coercitif est donné pour la faire respecter, ou lorsque, grâce à un ordre de ce type, la loi est promulguée par qui, par son autorité, peut et doit punir les transgresseurs [...].[40]

L'idée de loi comme découverte de l'être, comme instrument de connaissance, c'est-à-dire l'idée originaire de la juridicité occidentale, n'est pas perdue dans l'enseignement de Marsile: le padouan renvoie à la fonction poursuivie par la loi par des énoncés comme « connaissance ou découverte véritable de ce qui est juste ou utile, et de son contraire », énoncés qui ne laissent aucun doute sur sa volonté non pas d'abandonner mais de remettre en circulation la grande tradition classique, ce qui est démontré par son dialogue à distance – mais continu – avec les modèles de l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote et du *De officiis* de Cicéron.

Il y a aussi dans Marsile l'idée d'ascendance romaine que la loi, pour accomplir son rôle, doit être déterminée par tous les citoyens, et cela à cause de la conviction – tout à fait médiévale – que le précepte est meilleur s'il est déterminé par un effort choral:[41] « En effet, par ignorance ou par ruse, ou par les deux, un homme pourrait promulguer une mauvaise loi, visant son propre intérêt plus que l'intérêt commun, et c'est ainsi que la loi deviendrait tyrannique. Pour la même raison, la rédaction des lois ne revient pas à un petit nombre d'individus; en effet, en les rédigeant ils pourraient commettre des erreurs, comme dans l'exemple



[38] L'expression est présente dans le *Defensor pacis* (II, 30, 8) comme dans le *Defensor minor* (12, 1).

[39] Voir G. Miglio, *La crisi dell'universalismo politico medievale e la formazione ideologica del particolarismo statuale moderno*, in AA. VV., *Marsilio da Padova. Studi raccolti nel VI centenario della morte*, édité par A. Checchini e N. Bobbio, Padova, 1942, p. 319: "[...] l'efficace de la loi divine apparaît très précaire, si pour le padouan la sanction qui l'accompagne appartient en soi même à l'autre vie, comme châtiment futur qui ne peut devenir terrestre et actuel, que lorsque le précepte religieux est incorporé à la loi humaine positive de l'état, c'est-à-dire d'une communauté politique particulière ». Voir *Defensor minor*, 1, 3: « la loi est un précepte de Dieu », dont la sanction (« peine ou châtiment ») se trouve dans la vie future, non pas dans celle-ci ».

[40] *Defensor pacis*, I, 12, 2. Voir *Defensor minor*, 1, 4, où il y a la même idée que la loi est voulue par les citoyens « dans le but excellent ou l'état convenant à n'importe quel homme, réalisable dans cette vie ».

[41] Voir P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2003, p. 79 s., qui décrit ainsi les pivots de la politologie médiévale: « délégation à la communauté, réalité maternante et rassurante ; défiance envers l'individu, réalité précaire et imparfaite, qui apparaît comme séparée de la nature des choses ».

précédent, visant l'intérêt de certains, c'est-à-dire d'un petit nombre et non pas l'intérêt général, comme cela peut se voir dans les oligarchies».[42]

Le point de départ, c'est qu'un citoyen quelconque pourrait avoir la capacité d'acquérir « la connaissance de ce qui est juste et avantageux pour la communauté civile ».[43] Cependant, la rédaction d'un texte législatif demande de la *prudencia*, qualité qui procède de la compétence professionnelle et de l'expérience démontrée: ce seront donc les juristes qui conduiront la recherche du juste; mais chaque « connaissance » ou « découverte » des juristes devra être déterminée par le peuple législateur avant de devenir loi.

Si la connaissance est difficile, continue Marsile, si la prudence est rare, l'approbation des lois par l' « universalité des citoyens » réduit le risque, toujours immanent, d'être forcés par des préceptes faux ou contraires à l'intérêt commun.[44] Un grand nombre d'individus peut, en effet, mieux se rendre compte qu'un seul ou qu'un petit nombre des défauts d'une proposition législative, étant donnée la possibilité que le pouvoir législatif ait été attribué à un seul ou à un petit nombre. D'ailleurs, si les citoyens sont tous appelés à prendre part à l'approbation, l'obédience spontanée en sera pour cela plus aisée.[45]

Avant l'approbation, un citoyen quelconque peut prendre la parole afin de présenter des modifications à la proposition des juristes. Une loi peut, en effet, favoriser les uns pour pénaliser les autres; par conséquent tous les citoyens doivent pouvoir exposer leurs propres raisons. C'est pourquoi, avant l'approbation, chaque citoyen peut prendre la parole pour proposer des modifications à la proposition.[46] Et, dans le cas où l'assemblée législative eût commis l'erreur d'approuver une loi injuste, n'importe quel citoyen aurait eu droit, dans la conception de Marsile, d'agir pour sa modification, étant néanmoins fixé le principe que jusqu'à une nouvelle délibération la loi, quoiqu'objectivement injuste, serait restée en vigueur.[47]



## *La justice laïque de Giotto et Marsile*

Dans ce contexte, la justice représente la concrétisation des modèles établis par les lois: Marsile évoque à ce propos des « gouvernants » élus par le peuple dont ils doivent donc être expression, autant que les lois qu'ils sont appelés à

[42] *Defensor pacis*, I, 12, 8. Les mots de Marsile sont repris presque à la lettre dans *Le nom de la rose* de Eco par Guillaume de Baskerville (« Il dit qu'il lui semblait raisonnable qu'une telle assemblée puisse interpréter, changer ou suspendre la loi, puisque si la loi est faite par un seul, il pourrait la faire maladroitement par ignorance ou par malice) ». D'autre part c'est le même Guillaume qui a précédemment déclaré: « J'ai étudié, j'ai rencontré des amis très sages. Après j'ai connu Marsile, j'ai été attiré par ses idées sur l'empire, sur le peuple, sur une nouvelle loi pour les règnes de la terre, c'est ainsi que je suis entré dans le groupe de nos confrères qui conseillent l'empereur ».

[43] *Defensor pacis*, I, 12, 2.

[44] *Defensor pacis*, I, 12, 5.

[45] *Defensor pacis*, I, 12, 6.

[46] *Defensor pacis*, I, 12, 7.

[47] *Defensor pacis*, I, 12, 8.

appliquer. Or, ces « gouvernants » rendront la justice selon « ce qui est déterminé par la loi ».[48] Et puisqu'il existe des cas que la loi n'envisage pas, les « gouvernants » mêmes devront s'en occuper guidés par la vertu de la prudence.[49] Mais de bonnes lois ne sont pas suffisantes pour émettre des sentences « entièrement justes », il faut également avoir de bons juges; et ces derniers sont tels si leur esprit est équilibré et s'ils ont envie de faire leur métier, et donc de connaître à fond le cas examiné.[50] Si un seul de ces éléments institutionnels – pour ainsi dire – fait défaut, la conséquence en est l'injustice: c'est pour cela que Marsile souligne l'aspect méthodique, parce qu'on peut connaître la justice seulement si l'on connaît son contraire.

Lorsque Marsile considère spécifiquement la justice juridique, il adopte une perspective qu'on pourrait définir comme « giottesque »: cela ne signifie pas qu'il se soit inspiré de l'iconographie de la chapelle des Scrovegni (quoiqu'il n'est pas exclu que *Marsilius* ait connu Giotto à Padoue au début du XIV[ème] siècle et quoiqu'il en ait sûrement admiré les fresques),[51] mais plutôt qu'il s'est nourri de la même culture classique (et absolument laïque) à laquelle le maître songeait en représentant la Justice et l'Injustice. Cela est prouvé de façon évidente dans le passage suivant du *Defensor pacis:*[52]

> « ... « les lois » ont besoin d'un sujet ou d'un principe animé qui guide, règle et juge les actes humains selon ces lois, un sujet qu'exécute les sentences et poursuive le transgresseurs. Ce sujet ou principe est appelé « juge » ... Ainsi, dans le livre IV de l'*Éthique à Nicomaque*, consacré à l'idée de la justice, il est écrit: « le juge en fait tend à être comme une justice vivante ». Il est donc nécessaire qu'il y ait un juge selon les lois humaines, qu'il ait l'autorité pour juger les actes humains, exécuter les sentences et poursuivre avec son pouvoir coercitif tous ceux qui violent la loi ».



Une autre preuve catégorique dans le *Defensor pacis:*[53]

> « Mais tous les individus qui savent et qui peuvent s'opposer sont obligés de le faire; ceux qui ne se soucient pas de cet aspect ou qui négligent de le faire dans n'importe quelle occasion sont injustes, comme en témoigne Cicéron, lorsqu'il affirme dans le *De officiis*, livre I, chapitre 5: « Il y a deux

[48] *Defensor pacis*, I, 14, 5. Voir *Defensor minor*, 1, 5: « [...] (dans la quatrième façon) « prononcer le droit » ou « la loi » fait référence au juge ou à celui qui gouverne par l'autorité dudit législateur, mais toujours avec l'autorité de contraindre les transgresseurs, autorité qui ne lui est pas propre mais lui a été concédée par un autre qui peut la révoquer ».

[49] *Defensor pacis*, I, 14, 5.

[50] *Defensor pacis*, I, 11, 1.

[51] La famille de Marsile devait être parmi les premières de la ville (voir notices dans Pincin, *op. cit.*, p. 241 ss): le père de Marsile Mainardini (tel était son nom) était un certain Bonmatteo, notaire de l'Université de Padoue, et il semble que parmi les Mainardini il y avait notaires et juges.

[52] II, 8, 6.

[53] I, 19, 13.

> types d'injustice: l'une commise par ceux qui l'infligent, l'autre par ceux qui, tout en ayant la possibilité, n'éloignent pas l'injure de ceux auxquels elle a été infligée ». Voilà que selon cette illustre opinion de Cicéron, sont injustes non seulement ceux qui infligent une offense à d'autres individus, mais également ceux qui, bien qu'en ayant connaissance et étant en mesure d'arrêter ceux qui infligent à d'autres une offense, ne le font pas. Chacun est obligé d'agir de cette façon par un certain droit naturel, c'est-à-dire par devoir d'amitié et d'humain voisinage social ».

Ce sont là les lectures retenues par Giotto, ce qui prouve la diffusion chez les meilleurs esprits italiens des modèles de l'éthique classique. Giotto et Marsile, chacun de son point de vue, les utilisent en fonction d'émulation, dans le but de faire revivre ce monde terrain riche d'initiative et plein de confiance dans ses capacités, qui avait été dans un certain sens modifié par la perspective d'une transcendance longtemps entretenue par la spiritualité médiévale: la nouvelle société du XIV$^{ème}$ siècle italien est imprégnée d'esprit humanistique et très sensible au problème de l'autonomie de la vie civile.

La Justice de la chapelle des Scrovegni est l'emblème de cette vision révolutionnaire des choses humaines: dans la figure majestueuse et royale on aperçoit la présence de l'institution humaine qui connaît et juge la conduite des hommes sans préjugé ou contrainte de foi. Ce n'est pas par hasard que la figure est exaltée par le contexte presque absent (une niche dépouillée), afin de souligner sa force de protagoniste dans le drame des misérables conflits entre les hommes: c'est ainsi qu'un ancien symbolisme est rendu à l'histoire et à l'humanité.



Le destin des individus et de la communauté de la ville est confié entièrement aux hommes et à leurs institutions laïques (c'est-à-dire non religieuses); il en suit la nature absolument laïque, terrestre, de la loi et de la justice. Giotto et Marsile pensent que la justice, et par conséquent, les juges, doivent exprimer par leurs sentences exclusivement et totalement cette instance de la raison cognitive qui doit animer les citoyens et leurs gouvernants à la recherche de la meilleure solution: par deux arts différents ces deux grands italiens témoignent de la tendance à la sécularisation de la pensée et participent à sa réalisation.

Dans cette perspective, la Justice de Giotto peut être vue comme un message cryptique à la postérité, par lequel le grand peintre fait preuve de sensibilité politique, se révoltant dans un certain sens contre la totalité du divin dans lequel cette iconographie est trempée: elle en devient comme un pont vers le futur. En effet, le temps de l'homme moderne était tout près d'advenir.

# Análise sobre as internações por condições sensíveis à atenção básica no município de Valença/RJ

**Daniele de Oliveira Pereira**[1]
**Julio Cesar Ferreira Toledo**[1]
**Key Cardoso Marciano**[1]
**Cíntia Valéria Galdino**[2]
**Márcia Ribeiro Braz**[3]

**Resumo**

O Sistema Único de Saúde (SUS) conta com diversos sistemas de informação, dentre eles, o Sistema de Informação Hospitalar Descentralizado (SIHD), considerado uma importante fonte de dados. Trata-se de um sistema muito rico em informações, entre as quais, as relativas às Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica. A atenção básica, considerada a porta de entrada do indivíduo para o sistema de saúde, deve ser resolutiva para que o risco de internações por essas causas seja reduzido. Sendo assim, este estudo tem como objetivos investigar a prevalência destas causas de internações no município e identificar os cinco grupos que mais internaram nos primeiros semestre dos anos de 2011 e 2012. A metodologia utilizada é do tipo descritiva exploratória, utilizando-se dados disponíveis no SIHD. Esta pesquisa aponta uma redução do número de internações por causas consideradas evitáveis pela atenção básica, principalmente, no grupo representado pela hipertensão. Nos mostra também, que a frequência de internação do grupo representado pelo *diabetes mellitus* não acompanhou o declínio que a maioria dos grupos apresentou, comparando-se os dois períodos pesquisados. Com a redução no percentual de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica (ICSABs), no primeiro semestre de 2012, este indicador no município está de acordo com o parâmetro considerado pelo Índice de Desempenho do SUS (IDSUS).

**Palavras-chave:** Atenção Básica. Internações. Condições Sensíveis.

**Abstract**

The Unified Health System (SUS) has several information systems, among them the Hospital Information System Decentralized (SIHD), considered an important source of data. It is a system very rich in information, including those relating to Hospitalizations due Sensitive Conditions to the Primary Care. The primary care, considered the entrance of the individual to the health system, should be conclusive aiming the reduce of the

[1] Graduandos do 8º período do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.
[2] Mestre em Ciências (UERJ); Prof. do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.
[3] Doutora em Enfermagem (EEAN-UFRJ); Profª do Curso de Enfermagem do Centro de Ensino Superior de Valença.

risk of hospitalization due to these causes. Therefore, this study aims to investigate the prevalence of these causes of hospitalizations in the city, identifying the five groups that had the highest number of admissions during the first half of the years 2011 and 2012. The methodology used is descriptive exploratory, using data available in the Hospital Information System Decentralized (SIHD). This research shows a reduction in the number of hospitalizations for causes considered preventable by primary care, especially in the group represented by Hypertension. It also shows us that the frequency of hospitalization of the group represented by Diabetes Mellitus didn't follow the decline that most groups presented comparing the two periods surveyed. With the reduction in the percentage of hospitalizations for sensitive conditions to the primary care in the first half of 2012 this indicator in the city agrees with the parameter considered by the Performance Index of the Unified Health System (IDSUS).

**Keywords**: *Primary care. Hospitalizations. Sensitive conditions.*

## Introdução

A informação é suporte para toda atividade humana, em especial nas empresas e instituições. Constitui-se em um caminho para diagnosticar os problemas, buscar alternativas de solução, atingir objetivos e isto requer conhecimento, portanto informação. Há praticamente um consenso que não é possível exercer a gerência de um setor sem um sistema de apoio à decisão embasado em informação (CARVALHO; EDUARDO, 2008).



Cesconetto *et al.*,(2008) referem que de modo geral, na avaliação de serviços de saúde são utilizados indicadores gerados a partir de sistemas de informação que são muito importantes para a gestão dos serviços de saúde, principalmente para serviços hospitalares.

Um Sistema de Informação em Saúde (SIS) pode ser definido como um conjunto de componentes (estruturas administrativas e unidades de produção) integrados e articulados que atua com o propósito de obter e selecionar dados e transformá-los em informação, com mecanismos e práticas próprios (ROUQUAYROL, 2003).

A Organização Mundial de Saúde define Sistema de Informação em Saúde como:

> "um conjunto de componentes que atuam de forma integrada por meio de mecanismos de coleta, processamento, análise e transmissão da informação necessária e oportuna para implementar processos de decisões no Sistema de Saúde. Seu propósito é selecionar dados pertinentes e transformá-los em informações para aqueles que planejam, financiam, provêem e avaliam os serviços de saúde." (SANTOS, 2009, p. 24)

O Sistema Único de Saúde (SUS) conta com diversos sistemas de informação, que são mantidos em cumprimento a dispositivos legais, como: Sistema de

Informação da Atenção Básica (SIAB), Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA-SUS), Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC), Sistema de Informação Hospitalar Descentralizado do SUS (SIHD-SUS), entre outros (ROUQUAYROL, 2003).

O Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS) disponibiliza o SIHD-SUS, através de um banco de dados administrativos, coletados a partir das Autorizações de Internação Hospitalar (AIH), sendo uma fonte importante de dados que pode fornecer um diagnóstico da saúde em nível local ou nacional, porém, no Brasil este banco de dados ainda não é adequadamente explorado (LEMOS *et al.,* 2010). O SIHD-SUS tem como principal objetivo deter as informações e realizar o processamento da produção relativo às internações hospitalares no âmbito do SUS. "Este sistema é utilizado para efeito de cobrança pelos prestadores junto ao SUS" (SANTOS, 2009, p. 16).

Em todo mundo, diversos autores têm usado indicadores da atividade hospitalar como medida da efetividade da atenção primária à saúde (MOURA *et al.,* 2010). No Brasil, foi formulado o indicador composto Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária (ICSAP) a partir de uma lista de problemas de saúde para os quais ações efetivas no nível da atenção primária, tais como prevenção de doenças, diagnóstico e tratamento precoce de patologias agudas e o controle e acompanhamento de patologias crônicas, diminuiria o risco de internações (ALFRADIQUE *et al.,* 2009).



Esta lista foi publicada em 2008, denominada "Lista Brasileira de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária" (Anexo I), para ser utilizada como instrumento de avaliação da atenção primária e/ou da utilização da atenção hospitalar.

As condições sensíveis à atenção primária estão listadas por grupos de causas de internações e diagnósticos, de acordo com a Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) (BRASIL, 2008).

Dentre os fatores que estariam associados a um maior risco de hospitalização por condição sensível à atenção primária, destacam-se: ocorrência de internação prévia, falta de visitas regulares às unidades de saúde, atenção à saúde não realizada por uma equipe de saúde da família, internação solicitada por médicos que não atuam na equipe de saúde da família, disponibilidade de leitos hospitalares, falta de acesso e qualidade da atenção primária, residir em áreas não cobertas pela Estratégia de Saúde da Família (ESF) e tempo de funcionamento da unidade de saúde (NEDEL *et al.*, *apud* MOURA, 2010).

A Estratégia de Saúde da Família visa à reorganização da Atenção Básica no país e favorece uma reorientação do processo de trabalho (BRASIL, 2011).

As condições sensíveis à atenção básica representam um conjunto de problemas de saúde para os quais uma atenção primária efetiva evitaria internação.

Quando as taxas dessas internações estão elevadas, deve-se considerar a possibilidade de cobertura ineficiente dos serviços, assim como, também, a baixa resolutividade da atenção primária.

As altas taxas de internação por condições sensíveis à atenção primária estão associadas a deficiências na cobertura dos serviços e/ou baixa resolutividade da atenção primária para determinados problemas de saúde. Trata-se, portanto de um indicador valioso para monitoramento e avaliação (ALFRADIQUE *et al*, 2009).

Em 2012, o Ministério da Saúde formulou o Índice de Desempenho do Sistema Único de Saúde (IDSUS), que é um indicador que, a partir da análise e do cruzamento de uma série de indicadores, avalia o desempenho do sistema de saúde (SUS) quanto ao acesso e a efetividade da atenção básica, das ações ambulatoriais e hospitalares e das urgências e emergências (BRASIL, 2012).

Entre os 24 indicadores que compõem o IDSUS está o indicador Proporção de Internações Sensíveis à Atenção Básica (ISAB).

O município de Valença, no Estado do Rio de Janeiro, que está situado na Região do Médio Paraíba, possui 1.304,813 Km² de extensão territorial, sendo classificado como o segundo maior município do estado, com uma população de 71.843 habitantes, segundo dados do Censo IBGE (2010). A rede de saúde (atenção básica e hospitalar) do município está organizada da seguinte forma: 14 Unidades de Saúde da Família, 11 Unidades Básicas de Saúde, um Centro de Saúde da Mulher, Criança e Adolescente, um Centro Integrado de Saúde, um Centro de Saúde do Idoso, quatro hospitais filantrópicos que prestam serviço ao SUS e um hospital particular. O município conta com 298 leitos do SUS, sendo assim 4,14 leitos/1000 habitantes (DATASUS, 2012).



Neste município há uma carência de estudos que abordem os principais diagnósticos sensíveis à atenção primária de forma detalhada. E, sabendo que a rede de saúde é um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde, não há como realizá-la sem pensar no planejamento, monitoramento e avaliação das ações.

Este estudo justifica-se, por apontar problemas de saúde que são responsáveis por uma grande demanda de internações, avaliando os efeitos da atenção primária à saúde no município, bem como direcionar as intervenções que possam qualificar o cuidado neste nível de atenção.

Nesse sentido, este estudo tem como objetivos investigar a prevalência das Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica ocorridas no município de Valença no primeiro semestre dos anos de 2011 e 2012, identificando os cinco grupos com maior ocorrência de internação nos dois períodos pesquisados.

O estudo possibilitará uma reflexão sobre as informações obtidas através do banco de dados do SIHD, apontando as internações ocorridas (que são passíveis de serem evitadas pela atenção básica) com maior prevalência no município de Valença. Também poderá alertar os profissionais envolvidos no processo quanto à possibilidade de geração de informações através do SIHD que podem auxiliar na realização de monitoramento e planejamento das ações.

## Abordagem metodológica

A pesquisa realizada é do tipo descritiva exploratória. A pesquisa descritiva tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis. O conceito de variável refere-se a tudo aquilo que pode assumir diferentes valores ou diferentes aspectos, segundo os casos particulares ou as circunstâncias (GIL, 2009).

Os dados sobre as internações estão disponibilizados no site do DATASUS, e foram coletados do banco de dados do SIHD, referentes ao primeiro semestre dos anos de 2011 e 2012. O fato de os períodos pesquisados serem referentes ao primeiro semestre justifica-se pelo motivo de a pesquisa ter sido realizada logo após o término do segundo semestre do ano de 2012, ou seja, só tínhamos disponíveis até o momento as bases de dados dos seis primeiros meses deste ano.

Os dados foram organizados de forma quantitativa, processados e analisados através de gráficos e tabelas com a utilização dos aplicativos informatizados Tabwin 3.5 e Microsoft Excel.

A prevalência será calculada mediante o quociente da frequência absoluta de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica e o total de internações por todas as causas multiplicado por cem ( MEDRONHO, 2009).

Para cada um dos dois semestres pesquisados, os grupos de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica foram apresentados com o total de internações registradas no SIHD e expressos em números absolutos e relativos. Em seguida, foram identificadas as cinco causas de maior frequência de internação em cada um dos dois períodos estudados e expressas em números absolutos e relativos.



## Resultados e discussão

No primeiro semestre de 2011, houve 3.699 internações SUS no município, das quais 29% (1.084) foram por condições sensíveis à atenção básica. Já no mesmo período de 2012, houve uma redução destes números: das 3.008 internações SUS realizadas no município, 25% (758) foram por condições sensíveis à atenção básica.

Observamos uma redução das Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica de Saúde no primeiro semestre de 2012 em relação ao primeiro semestre de 2011.

Segundo Alfradique *et al.*, (2009) altas taxas dessas internações não significam obrigatoriamente que haja necessidade de mudanças imediatas, mas sim sinalizam para a necessidade de uma investigação de maior profundidade. Assim como uma redução nas taxas de internações por essas causas apenas sugere possíveis melhorias na atenção primária à saúde.

O Índice de Desempenho do Sistema Único de Saúde (IDSUS) avaliou os indicadores dos municípios brasileiros com análise feita sobre os anos de 2008 a 2010 e a nota dada ao município de Valença para o Indicador Proporção de Internações Sensíveis à Atenção Básica foi 6,6. Essa nota é calculada pelo IDSUS (de 1 a 10), através de método que utiliza o percentual de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica do município. Vale ressaltar que o parâmetro considerado pelo IDSUS para este indicador é de 28,6% (BRASIL, 2012).

A Tabela 1 apresenta os grupos de ICSABs e a distribuição destas no primeiro semestre dos anos de 2011 e 2012 em números absolutos e relativos.

**Tabela 1: Distribuição das frequências absolutas e relativas das ICSABs no município de Valença no primeiro semestre dos anos de 2011 e 2012.**

| Grupos de ICSABs | 2011 | | 2012 | |
|---|---|---|---|---|
| | N | % | N | % |
| 1. Doenças preveníveis por imunização | 0 | 0% | 6 | 1% |
| 2. Gastroenterites infecciosas e complicações | 115 | 10% | 91 | 12% |
| 3. Anemia | 6 | 0% | 3 | 0% |
| 4. Deficiências nutricionais | 20 | 2% | 22 | 3% |
| 5. Infecções de ouvido, nariz e garganta | 7 | 1% | 20 | 3% |
| 6. Pneumonias bacterianas | 9 | 1% | 30 | 4% |
| 7. Asma | 61 | 6% | 49 | 6% |
| 8. Doencas pulmonares | 74 | 7% | 52 | 7% |
| 9. Hipertensão | 163 | 15% | 29 | 4% |
| 10. Angina | 89 | 8% | 68 | 9% |
| 11. Insuficiência cardíaca | 128 | 12% | 53 | 7% |
| 12. Doenças cerebrovasculares | 69 | 6% | 76 | 10% |
| 13. *Diabetes melitus* | 83 | 8% | 84 | 11% |
| 14. Epilepsias | 41 | 4% | 41 | 5% |
| 15. Infecção no rim e trato urinário | 109 | 10% | 66 | 9% |
| 16. Infecção da pele e tecido subcutâneo | 52 | 5% | 55 | 7% |
| 17. Doença inflamatória dos órgãos pélvicos femininos | 8 | 1% | 4 | 1% |
| 18. Úlcera Gastrointestinal | 34 | 3% | 9 | 1% |
| 19. Doenças relacionadas ao pré-natal e parto | 16 | 1% | 0 | 0% |
| **Total** | **1084** | **100** | **758** | **100** |
| Fonte: DATASUS 2012 | | | | |



Os resultados apontam mudanças nas prevalências de internação de quase todos os grupos, evidenciando aumento ou declínio dessas internações ao compararmos os dois semestres estudados. São causas cuja necessidade de internação deveria ser evitada por uma atenção primária oportuna e efetiva (OLIVEIRA *et al.*, 2010).

As diferenças entre as frequências de internações acontecidas no primeiro semestre de 2011 e no mesmo período de 2012 ocorreram não só com relação

ao número total de internações, como também com relação aos grupos que mais internaram nos referidos anos.

A avaliação das frequências de internação apresentadas na Tabela 1 revela que os grupos que sofreram as maiores reduções no primeiro semestre de 2012 com relação ao mesmo período de 2011 foram: Doenças relacionadas ao pré-natal e parto, com 100%; Hipertensão, com 82%; Úlcera gastrointestinal, com 73%; Insuficiência cardíaca, com 58%; Doenças inflamatórias dos órgãos pélvicos femininos, com 50%; Infecção no rim, com 39%; Angina, com 23%, e Gastroenterites, com 21%.

A análise também nos apresenta os grupos que sofreram os maiores aumentos nas frequências de internação em 2012: Pneumonias bacterianas (70%); Infecções de ouvido, nariz e garganta (65%) e Doenças cerebrovasculares (9%). Uma particularidade observada analisando os dois semestres é que, em 2011, não houve nenhum caso de internação pelo grupo das Doenças Preveníveis por Imunização. Já em 2012, foram registrados seis casos. Como já citado por *Oliveira et al* (2010), uma atenção primária oportuna e efetiva evitaria tais eventos, pois tratam-se de um processo de trabalho com característica singular da atenção básica.

Na Tabela 2, observamos a prevalência dos cinco grupos que mais internaram por causas sensíveis à atenção básica no primeiro semestre do ano de 2011 no município de Valença.



**Tabela 2: Distribuição das frequências absolutas e relativas dos cinco grupos que mais internaram no primeiro semestre do ano de 2011 por Condições Sensíveis à Atenção Básica (ICSAB).**

| Grupos de ICSABs | 2012 | |
|---|---|---|
| | N | % |
| 9. Hipertensão | 163 | 27% |
| 11. Insuficiência cardíaca | 128 | 21% |
| 2. Gastrointerites infecciosas e complicações | 115 | 19% |
| 15. Infecção no rim e trato urinário | 109 | 18% |
| 10. Angina | 89 | 15% |
| **Total** | **604** | **100** |
| Fonte: DATASUS 2012 | | |

No primeiro semestre do ano de 2011, os cinco grupos que mais internaram por causas consideradas evitáveis pela atenção básica foram: Hipertensão, Insuficiência cardíaca, Gastroenterites infecciosas e complicações, Infecção no rim e trato urinário e Angina.

A Hipertensão foi o grupo que mais internou no primeiro semestre de 2011. Do total dos cinco grupos que mais internaram no período (604 internações), representou 27% (163 casos).

No Brasil e no mundo, a hipertensão é um problema grave de saúde pública, cuja identificação e controle são fatores importantes para a redução das suas complicações, entre as quais estão insuficiência cardíaca e doenças cerebrovasculares (BRASIL, 2006), respectivamente, segundo grupo que mais internou em 2011 e terceiro que mais internou em 2012.

Para a elaboração de estratégias de controle da hipertensão arterial, os profissionais de saúde da rede básica têm fundamental importância. Uma das tarefas mais difíceis que esses profissionais enfrentam é manter o paciente motivado para não abandonar o tratamento (BRASIL, 2006).

Um dos fundamentos e diretrizes da atenção básica é estimular a participação dos usuários como forma de ampliar sua autonomia e capacidade na construção do cuidado à sua saúde (BRASIL, 2011).

Dando seguimento aos grupos que mais internaram no primeiro semestre de 2011, Insuficiência Cardíaca contribuiu com 21% (128 casos), seguido dos grupos Gastroenterites infecciosas e complicações, com 19% (115 casos), Infecção no rim e trato urinário, com 18% (109 casos) e o grupo da Angina, com 15% (89 casos) de internação por causas sensíveis à atenção básica.

Dados do Ministério da Saúde de 2006 indicam que, no Sistema Único de Saúde (SUS), a insuficiência cardíaca é uma das principais causas de hospitalização entre as doenças cardiovasculares (GODOY, 2011).

Já no primeiro semestre de 2012, de acordo com a Tabela 3, temos os cinco grupos que mais internaram por causas possíveis de serem evitadas pela atenção básica no município de Valença.



**Tabela 3: Distribuição das frequências absolutas e relativas dos cinco grupos que mais internaram no primeiro semestre do ano de 2012 por Condições Sensíveis à Atenção Básica (ICSAB).**

| Grupos de ICSABs | 2012 | |
|---|---|---|
| | N | % |
| 2. Gastrointerites infecciosas e complicações | 91 | 24% |
| 13. *Diabetes melitus* | 84 | 22% |
| 12. Doenças cerebrovasculares | 115 | 19% |
| 10. Angina | 68 | 17% |
| 15. Infecção no rim e trato urinário | 66 | 17% |
| **Total** | **385** | **100** |
| Fonte: DATASUS 2012 | | |

No primeiro semestre de 2012, o quadro muda bastante, quando o grupo de internações por Hipertensão deixa de ser o grupo com maior número de internações por causas sensíveis à atenção básica, passando essa condição de primeiro colocado para o grupo das Gastroenterites infecciosas e complicações, com 24% (91 casos) do total dos cinco grupos. Dentro do grupo das Gastroenterites infecciosas e

complicações, a maior causa de internações foi por diarreia e gastroenterite de origem infecciosa e presumível. Essas causas estão associadas, principalmente, à água, dos alimentos contaminados e falta de saneamento básico (ROBBINS & COTRAN, 2005).

As ações de promoção à saúde devem ser articuladas, envolvendo atuação intersetorial, com o objetivo de promover comportamentos e estilos de vida saudáveis (MALTA, 2006).

O segundo grupo que mais internou nesse período foi *Diabetes melitus,* com 22% (84 ocorrências) do total dos cinco grupos.

A prevenção e o controle do diabetes e de suas complicações constituem uma das prioridades de saúde pública. A atenção básica pode atuar prevenindo os fatores de risco; identificando e tratando indivíduos de alto risco; identificando e tratando casos, até então, não diagnosticados; intensificando o controle de pacientes já diagnosticados, visando prevenir complicações agudas e crônicas (BRASIL, 2006).

O grupo das Doenças Cerebrovasculares foi o terceiro grupo que mais internou no primeiro semestre de 2012, com 20% (76 ocorrências) do total dos cinco grupos pesquisados. As Doenças Cerebrovasculares representaram a primeira causa de óbito no Brasil em 2008 (BRASIL, 2010). Para esse grupo de agravos, o risco de hospitalizações pode ser reduzido ou extinguido através de cuidados efetivos e no tempo correto, que previnam o surgimento da doença (SOUZA, 2011).



No grupo da Angina (quarto grupo com maior frequência de internação), com 17% (68 casos) do total dos cinco grupos, o maior número de internações ocorreu por angina instável.

No Brasil, as doenças cardiovasculares causam um grande impacto quando se fala em morbidade e mortalidade (TEICH, 2011). A angina instável é uma das doenças cardiovasculares que vêm sendo observadas atenciosamente por profissionais de saúde pelo fato de sua frequência ser acentuada e de ter uma expressiva morbimortalidade (ROCHA, 2009).

Por fim, o quinto grupo que mais internou no primeiro semestre de 2012 foi Infecção no rim e trato urinário, também com 17% (66 casos) do total dos cinco grupos com maior frequência de internação no primeiro semestre do ano de 2012. Neste grupo, a infecção do trato urinário foi responsável pelo maior número de internações. É uma condição patológica que apresenta elevada incidência e que, se não tratada, pode apresentar significativas taxas de morbidade e mortalidade (LENZ, 1994).

A atenção básica oferece a entrada da pessoa para o sistema de saúde, fornecendo atenção para a pessoa, não apenas para a sua enfermidade (STARFIELD, 2002).

A atenção básica trabalha em equipe e tem conhecimento prévio da população, o que possibilita o acompanhamento do quadro e o estabelecimento de vínculo, caracterizando a continuidade do cuidado. O cuidado nesse nível de atenção, para

ser humanizado e resolutivo, deve ter como base os princípios do acolhimento e escuta qualificada da população, de forma que haja a criação de vínculo, legitimando a atenção básica como a porta de entrada prioritária e preferencial para as redes de atenção a saúde do SUS (BRASIL, 2012), minimizando, assim, o número das internações acima mencionadas.

## Conclusões

Essa pesquisa permitiu conhecer um pouco o cenário das ICSABs no município de Valença. Permitiu ainda, observar que mudanças estão acontecendo no município e que se traduziram em redução das frequências destas internações em 2012 com relação a 2011, seja ocasionado pela efetividade da atenção primária, uma vez que esta passou por um processo de fortalecimento (como qualificação profissional; melhor direcionamento das ações; triagem para classificação de risco no maior hospital do município), seja resultante da redução de leitos disponíveis ocorrida no município com o fechamento de um de seus hospitais (responsável por 27% do total de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Básica do município no ano de 2011).

Salientamos que os grupos representados por Gastroenterites infecciosas e complicações, Angina e Infecções no rim e trato urinário, apesar de terem apresentado declínio em suas frequências de internações de 2011 para 2012, fazem parte do conjunto dos cinco grupos que mais internaram em 2012.



Reiteramos ainda, que, o fato de o Diabetes ter deixado de ser o 13º grupo que mais internou em 2011 para ser o 2º que mais internou em 2012 se deve à redução das freqüências de internações dos outros grupos e não por aumento na frequência de internações por Diabetes, pois, em 2012, este grupo manteve a mesma frequência do ano anterior, apenas com aumento de um caso. Vale ressaltar a importância de uma reavaliação das medidas de prevenção e controle da doença que estão sendo ofertadas no município para, daí, analisar a necessidade de implementação de medidas que levem à redução do número de internações por esta causa.

A cobertura pela Estratégia de Saúde da Família no município, embora seja de 65%, ainda é considerada baixa quando comparada à dos outros municípios da região que, em sua maioria, apresentam coberturas acima de 90%. Esse déficit de cobertura pode estar relacionado a algumas particularidades do município, como a grande extensão territorial e a grande parcela da população pertencente à zona rural.

Cabe destacar que o município possui um hospital da rede particular, que cobre um número significativo de pessoas com plano de saúde. Neste sentido, uma das limitações deste estudo se deve ao fato de que os resultados apresentados são exclusivos das internações realizadas pelo SUS.

Sendo assim, a atenção básica desempenha um papel fundamental em um processo de trabalho que tem por objetivo a redução de internações ocorridas

por causas que podem ser evitadas por este nível de atenção, através de ações que promovam a saúde.

Essa pesquisa mostra que as ICSABs se tratam de um indicador que pode nortear o planejamento das ações de saúde e que cabe aos profissionais envolvidos a capacidade de análise dessas informações, estabelecimento de metas, planejamento e avaliação de resultados.

## Referências bibliográficas

ALFRADIQUE. M. E. & Cols. Internações por condições sensíveis à atenção primária: a construção da lista brasileira como ferramenta para medir o desempenho do sistema de saúde (Projeto ICSAP – Brasil). *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25 (6): 1337 – 1349, jun, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Hipertensão arterial sistêmica. *Cadernos de Atenção Básica*, nº 15 (Série A. Normas e Manuais Técnicos). 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diabetes Mellitus. *Cadernos de Atenção Básica,* nº 16 (Série A. Normas e Manuais Técnicos). 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Publica em forma de anexo a Lista Brasileira de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária*. Portaria GM/MS nº. 221, de 17 abril 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde Brasil 2009. *Uma análise da situação de saúde e da agenda nacional e internacional de prioridades em saúde.* 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da atenção básica, para a Estratégia de Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS).* Portaria GM/MS nº 2.488, de 21 de Outubro de 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Acolhimento à demanda espontânea. Queixas mais comuns na atenção básica. Vol. II. *Cadernos de Atenção Básica*, nº 28. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal da Saúde. IDSUS. 2012*. Disponível em http://saude.gov.br. Acessado em 10 de outubro de 2012.

CARVALHO. A.O; EDUARDO, M.B.P. Sistemas de informação em saúde para municípios. *Série Saúde & Cidadania,* v. 6. Para gestores municipais de serviços de saúde. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública, [Internet]. Universidade de São Paulo; 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br. Acesso em 26 de junho de 2012.

CESCONETTO. A; LAPA, J.S; CALVO, M.C.M**.** Avaliação da eficiência produtiva de hospitais do SUS de Santa Catarina, Brasil. *Cad Saúde Pública;* v. 24, n.10, p. 2407-17, 2008.

DATASUS**.** Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde (SAS). CNESNet. 2012. Disponível em http://cnes.datasus.gov.br. Acesso em 4 de junho de 2012.

DATASUS. Ministério da Saúde. Departamento de Informática do SUS. S*IHSUS. 2012*. Disponível em http://datasus.gov.br. Acesso em 03 de setembro de 2012.

GIL. A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa.* São Paulo: Editora Atlas, 4. ed., 2009.

GODOY. H. L. et al. *Hospitalização e mortalidade por insuficiência cardíaca em hospitais públicos no município de São Paulo*. Disponíveis em www.scielo.br. Acesso em 9 de novembro de 2012.

LEMOS. C; CHAVES, L.D.P; AZEVEDO, A.L.C.S. Sistemas de informação hospitalar no âmbito do SUS: revisão integrativa de pesquisas *Rev. Eletr. Enf.* [Internet]. 2010;12(1):177-85. Disponível em:< http://www.fen.ufg.br/revista/v12/n1/v12n1a22.htm>. Acesso em 26 de junho de 2012.

LENZ. L. L. *Infecção Urinária*. São Paulo: Editora BYK. 1994.

MALTA. D. C. & Cols. *A construção da vigilância e prevenção das doenças crônicas não*

*transmissíveis no contexto do Sistema Único de Saúde. Epidemiologia e Serviços de Saúde 2006.* Disponível em http://portal.saude.gov.br. Acesso em 10 de novembro de 2012.
MEDRONHO**.** R. A. & Cols. *Epidemiologia*. São Paulo: Editora Atheneu. 2009.
MOURA**.** B. L. A. & Cols. *Principais causas de internação por condições sensíveis à atenção primária no Brasil: uma análise por faixa etária e região.* Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em 26 de junho de 2012.
OLIVEIRA. B. R. G. & Cols. Causas de hospitalização no SUS de crianças de zero a quatro anos no Brasil. *Rev. Bras. Epidemiol.* 2010; 13(2): 268 – 277. Disponível em http://www.scielo.br. Acesso em 15 de outubro de 2012.
ROUQUAYROL. M .Z. & FILHO, N. A. de. *Epidemiologia e Saúde.* Rio de Janeiro: Editora MEDSI, 6. ed., 2003.
SANTOS. A. C. dos. Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde: documentação do sistema para auxiliar o uso das suas informações. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) - *Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca,* Rio de Janeiro: FIOCRUZ 2009.
SOUZA. L. L. de; Costa J. S. D. da. Internações por condições sensíveis à atenção primária nas coordenadorias de saúde no RS. 2011. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 9 de novembro de 2012.
STARFIELD. B. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia.* Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002.
TEICH. V.; ARAUJO, D. V. Estimativa de Custo da Síndrome Coronariana Aguda no Brasil. *Rev. Brasileira de Cardiologia.* 2011.

# Entre os quadros familiares e as fileiras do Partido Conservador: uma breve análise dos primeiros escritos de Eduardo Prado (1879-1881)

**Rodrigo Perez Oliveira**[1]

**Resumo**

Esse trabalho pretende analisar os primeiros escritos de Eduardo Paulo da Silva Prado (1860-1901), membro de uma das mais ricas e tradicionais famílias paulistas dos séculos XIX e XX. O *corpus* documental analisado refere-se ao período compreendido entre 1879 e 1881, quando Eduardo escreveu a coluna "Crônica da Assembleia" para o jornal *Correio Paulistano*. Investigar a forma como esse personagem atuou em um contexto social e político caracterizado por profundas transformações nos convida a um exercício de história intelectual que não fique restrito à análise interna dos textos, mas que priorize a relação do sujeito com o seu campo de atuação social.

**Palavras-chave:** Eduardo Prado. Imprensa paulista. Crônica política.

**Abstract**

This work intends to analyze the early writings of Eduardo Paulo da Silva Prado (1860-1901), member o one of the richest and most traditional families of São Paulo nineteenth and twentieth centuries. The documentary examined refers to the period between 1879 and 1881, when Eduardo wrote the column "Crônica da Assembleia"" for the newspaper "Correio Paulistano". To investigate how this character appeared in a social and political context characterized by profound changes in the calls to an exercise of intellectual history that is not restricted to the internal analysis of the texts, but that prioritizes the subject's relations to his field of social action.

**Keywords:** Eduardo Prado. Paulista press. Chronicle policy.

## Introdução

> "Neste país, em que pode-se contar facilmente as pessoas que sabem ler e escrever, Eduardo Prado não foi apenas um moço rico e muito viajado, mas, e principalmente, um monarquista de antes quebrar que torcer" (*A Notícia*; 31 de agosto de 1901). (Olavo Bilac)

[1] Mestre e Doutorando em História Social (PPGHIS/UFRJ); Professor de Teoria da História e Historiografia Brasileira da Universidade Estácio de Sá.

Ainda no calor do prematuro e inesperado desaparecimento de Eduardo Paulo da Silva Prado (1860-1901), que aconteceu em 30 de agosto de 1901, o jornal *A Notícia* publicou um emocionante obituário assinado por Olavo Bilac, amigo do finado escritor paulista. O poeta carioca destacou aquela que até hoje é considerada a grande característica da vida de Eduardo: o conservadorismo político, que teria sido o motor da oposição que o autor de *A ilusão americana* mobilizou contra os primeiros governos da República brasileira. Tal fato seria o suficiente, de acordo com os principais estudos já produzidos sobre a biografia de Eduardo e sobre o cenário intelectual brasileiro na virada do século XIX para o século XX, para definir o mais novo dos irmãos Prado como uma espécie de ícone do conservadorismo católico e monarquista brasileiro[2].

Não é minha intenção negar a militância política antirrepublicana de Eduardo Prado; realmente, o escritor paulista foi responsável pelos principais ataques movidos na imprensa europeia contra a nascente República brasileira (JANOTI, 1986). O que pretendo fazer nesse trabalho é um estudo do vocabulário e da prática política que marcaram um período da vida de Eduardo pouco contemplado pela bibliografia especializada: os primeiros passos do nosso personagem como escritor e polemista político, exatamente os anos compreendidos entre 1879 e 1881, quando o jovem estudante da tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco publicou sua "Crônica da Assembleia" no jornal conservador "*Correio Paulistano*". Meu objetivo é compreender a forma através da qual o nosso autor e seus principais interlocutores se apropriaram do vocabulário conceitual europeu em uma cultura política caracterizada pela apologia retórica à democracia e pelo primado da ordem sobre a liberdade (ALONSO, 2002).



Nesse sentido, o que proponho aqui é uma leitura cuidadosa dos primeiros escritos de Eduardo Prado, atentando para o fato de que a biografia desse personagem não pode ser tomada como uma trajetória linear, como se desde o início o nosso autor já carregasse em si o *germen* do antirrepublicanismo. Por outro lado, somente o cuidado com a "ilusão biográfica" (BOURDIEU, 2006) não é o bastante para que sejamos capazes de compreender o lugar ocupado pelos primeiros escritos de Eduardo em uma conjuntura política marcada pelo "ocaso saquarema" (SALLES, 2009). É necessária também uma análise que priorize a relação entre vida e obra intelectual, a circularidade entre ambas, e que seja igualmente atenta à dinâmica de apropriação, uso e circulação do vocabulário político europeu pelos atores políticos brasileiros. Por isso, a forma como analiso a extensa documentação pesquisada na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro e nos arquivos da Faculdade de Direito de São Paulo é precedida por um olhar teórico inspirado pelas formulações da história do discurso político (POCOCK, 2003; SKINNER, 2003) e pela sociologia dos textos (MCKENZIE, 1991).

[2] É possível citar como exemplos de estudos que abordaram dessa forma a trajetória intelectual de Eduardo Prado os seguintes títulos: Wilson Martins. *A história da inteligência brasileira.* São Paulo: Ed. Taq, 1996; Maria de Lourdes Mônaco Janoti. *Os subversivos da República.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1986; Suely Robles Reis de Queiroz. *Os radicais da República*. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, 1986; Gilberto Freyre. *Ordem e progresso.* Rio de Janeiro: José Olympio Ed, 1974.

Essa abordagem possibilita, simultaneamente, ler horizontalmente o material examinado, visando situar o autor e a obra dentro de um conjunto maior de convenções paradigmáticas, e operar com uma concepção des-essencializada de pensamento; ou seja, não pressuponho uma relação mimética entre o pensamento, entendido como o conjunto das formulações subjetivo-psicológicas de Eduardo, e a documentação que compõe o *corpus* analisado nesse artigo. Entre a psicologia do escritor e a documentação existe a lógica intrínseca aos materiais, e como estou trabalhando com textos publicados em um jornal, torna-se fundamental uma abordagem que contemple a história da imprensa paulista durante o último terço do século XIX.

É possível perceber uma característica formal nos primeiros escritos de Eduardo: o recurso à pilhéria, ao humor. Não se tratou apenas de uma questão de estilo; Eduardo vazou suas crônicas em uma forma irônica na qual o humor fez as vezes de arma retórica contra os seus adversários. Essa arma retórica mobilizou um vocabulário conceitual pertencente à tradição do humanismo cívico, o principal fundamento do liberalismo moderno (SKINNER, 2003), o que, por si só, nos leva a desconfiar das definições rápidas aplicadas usualmente à história política imperial. O que significava ser "conservador" ou "liberal" em um regime no qual as convicções ideológicas variavam de acordo com as conjunturas? Os dois grandes partidos monárquicos possuíam repertórios políticos específicos? Como a ala paulista do Partido Conservador, após anos de hegemonia, atuou na oposição ao governo liberal pós-1878? Como Eduardo Prado, filho caçula de uma família caracterizada pela filiação ao Partido Conservador, se comportou diante dos novos rumos da política nacional?



Visando apresentar possibilidades de resposta a essas e outras perguntas, optei em dividir esse artigo em três seções: a primeira pretende apresentar ao leitor algumas notas a respeito da biografia de Eduardo e do lugar da família Prado na política brasileira, a segunda se debruça sobre a imprensa paulista nas últimas décadas do século XIX e a terceira dedica-se especificamente às crônicas escritas por Eduardo e publicadas no jornal *Correio Paulistano*.

## Os quadros familiares: uma família quase totalmente conservadora

Era quase totalmente conservador o núcleo familiar de Eduardo Prado. Digo quase totalmente porque se, por um lado, Antônio e Caio[3], os filhos mais velhos

[3] Antônio Prado (1840-1929) foi um dos líderes do Partido Conservador nas décadas de 1870 e 1880, deputado provincial entre 1874 e 1878, ministro da Agricultura entre 1885 e 1888, um dos principais políticos que conduziram o processo de abolição do trabalho escravo e prefeito de São Paulo entre 1900 e 1911. Caio Prado (1853-1889) foi deputado provincial e, na década de 1880, presidente das províncias do Alagoas e do Ceará. Ver Darrel E Levi. *A família Prado.* São Paulo: Cultura 70, 1977.

de Veridiana[4] e Martinho eram importantes lideranças do Partido Saquarema, pelo outro, Martinho[5], o terceiro dos irmãos Prado, era declaradamente republicano. Não que isso significasse necessariamente uma situação de conflito político; afinal, não podemos esquecer que a principal disputa partidária da Monarquia foi travada entre conservadores e liberais. Raras vezes os republicanos se envolveram diretamente nos grandes conflitos políticos, compondo, inclusive, o governo em algumas ocasiões (CARVALHO, 2006; HOLANDA, 2010). Nesse sentido, era comum ver os republicanos gravitarem, fazendo aliança com os conservadores quando os liberais estavam no poder, e engrossando a fileira dos últimos quando o governo estava sob a direção dos primeiros. Quando Eduardo estreou no mundo das letras, que no Brasil do século XIX era indistinguível do mundo da política, o governo era liberal e havia uma tácita aliança entre a ala paulista do Partido Conservador e do Partido Republicano. Situações como essa impelem o analista do discurso político imperial a testar empiricamente os rótulos políticos, o que nos faz perceber que o cenário político-partidário da Monarquia brasileira era mais complexo do que a dicotomia Liberal X Conservador e a suposição de que o Partido Republicano era uma espécie de terceira via ávida pela rápida mudança das instituições. Desenvolvo com mais cuidado essa reflexão nas próximas seções; por ora, meu interesse é examinar com cuidado o envolvimento da família Prado na política provincial e nacional.

Foi exatamente Martinico quem destoou do conservadorismo característico da família Prado. Ele compunha no final da década de 1870, junto com Campos Salles e Prudente de Moraes, o "triunvirato republicano" em ação na Assembleia Provincial paulista. Seus discursos chamaram atenção pela vivacidade e pela agressividade com que atacava a Monarquia e, especialmente, as pessoas de D. Pedro II e do Conde D'Eu. Entre 15 de fevereiro e 23 de março, a *Província de São Paulo* publicou uma série de críticas políticas assinadas por Martinico, que acusava D. Pedro II de despotismo, o Conde D'Eu de conspiração e os políticos monárquicos de corrupção. Para além da agressividade das ofensas, que na maioria dos casos não eram fundamentadas em argumentos mais sofisticados, é possível perceber no texto de Martinico a mobilização de tópicas vinculadas ao repertório do republicanismo cívico-humanista, desenvolvido na Europa, particularmente na Península Itálica, entre os séculos XII e XVI (TEIXEIRA, 2011; POCOCK, 2003). É mais instigante ainda perceber que Eduardo, ao comentar os discursos de seu irmão republicano em suas crônicas, demonstrou simpatia por essas tópicas. Trato das crônicas de Eduardo na última seção desse artigo; desejo agora examinar mais detidamente a performance discursiva de Martinico.



[4] Sobre a trajetória de Veridiana Prado ver Luiz Felipe D´Avila. *Dona Veridiana: a trajetória de uma dinastia paulista.* São Paulo: A Girafa Editora, 2004.

[5] Martinho Prado (1843-1906), chamado ao longo de sua vida de Martinico, foi voluntário na Guerra do Paraguai, deputado pelo Partido Republicano em 1878 e um dos mais bem sucedidos produtores de café do século XIX, sendo um dos fazendeiros pioneiros naquilo que se refere ao estímulo da imigração italiana. Ver Darrel E Levi (op cit).

> "O povo brasileiro atualmente traja um majestoso nariz de cera porque cai no embuste daqueles que dizem que temos carta constitucional e estabilidade política e por isso somos diferentes das repúblicas hispânicas, que estariam mergulhadas na barbárie do faccionismo. O governo atual não inspira confiança à democracia; se alguns republicanos saudaram a evolução de 5 de janeiro, o fizeram na mais completa ingenuidade. Tal como a situação conservadora que acaba de cair, a situação liberal que chega ao poder não possui a virtude necessária para a gerência dos interesses públicos. Esses governantes confundem frequentemente os interesses pessoais com os interesses públicos, não entendem que o homem público não pode agir comprometido com interesses de uns ou de outros. Uma lástima a atual ordem das coisas" (*A Província de São Paulo*, 25 de fevereiro de 1870). (Grifos meus).

Martinico estava se referindo à mudança ministerial que aconteceu em 05 de janeiro de 1878, quando o Imperador D. Pedro II, através de uma intervenção direta característica da política monárquica, demitiu o gabinete ministerial conservador presidido pelo Duque de Caxias e chamou ao poder o ministério liberal chefiado por João Lins Vieira Cansanção de Sinimbu[6]. A ação do Imperador repercutiu de forma extremamente negativa entre as facções paulistas do Partido Conservador e foi bastante criticada por Eduardo Prado na coluna "Crônica da Assembleia".



Naquilo que se refere ao papel da lei, o discurso de Martinico é guiado por uma dimensão positiva de liberdade. Para ser democrático o governo deveria abrir espaço para a participação política dos cidadãos, que são apresentados como o sentido último da existência do Estado. Sendo assim, a lei não surge como uma espécie de *imperium* que paira acima da sociedade. Pelo contrário, de acordo com essa perspectiva, a lei é definida no embate político entre os membros da comunidade – os cidadãos – que livremente define o *corpus* jurídico da soberania, que reside, em última instância, no povo e não no governante. Como a coletividade dos cidadãos é suscetível às mudanças, a lei e a forma do Estado também devem ser, já que possuem a obrigação de estarem sempre adequadas ao interesse coletivo. É fundamental para a tradição cívico-humanista que o sujeito esteja predisposto e preparado para a participação política. É exatamente em relação a esse aspecto que podemos observar certo silenciamento na crítica feita por Martinico e na ação dos republicanos em geral: qual deveria ser o papel do escravo nessa comunidade política? Seria possível formar no Brasil uma República baseada na tradição cívico-humanista e no princípio da democracia representativa moderna sem enfrentar de frente a espinhosa questão do trabalho compulsório? Os republicanos brasileiros das últimas décadas do século XIX calavam diante dessas interpelações, cientes de que aí residia a maior fragilidade da sua argumentação. Os seus adversários, sejam liberais ou conservadores, frequentemente os provocavam para que se

[6] Leôncio de Carvalho, um dos principais liberais paulistas, assumiu a pasta do Ministério do Império no Gabinete Sinimbu.

manifestassem de forma mais clara sobre o tema. O objetivo era claro: indispor os republicanos com as elites latifundiárias.

Se Martinico destoou do comportamento político tradicional entre os Prado, Antônio, o filho primogênito do casal Prado, foi o clássico político conservador paulista. Ele, a exemplo dos seus colegas de tribuna, endossou frequentemente a necessidade da autonomia provincial para o desenvolvimento de São Paulo, mudou de ideias ao sabor das conjunturas e se envolveu em escândalos de corrupção, que ensejaram grandes polêmicas nas páginas dos principais jornais em circulação na época. Cito apenas o caso ocorrido em janeiro de 1878, quando o irmão mais velho de Eduardo, dono de uma companhia de obras, assinou um contrato com a câmara municipal da capital paulista para o prolongamento da estrada de ferro de Pirassununga. O jornal a *Tribuna Liberal* questionou a idoneidade do contrato afirmando que Antônio havia se beneficiado de sua posição política para angariar lucros para sua empresa.

"Tal posicionamento do sr. presidente da câmara municipal não pode ser vista com bons olhos, assim como não é, pelos ilustres liberais que atualmente ditam a marcha nacional para o progresso e para a prosperidade (...) Definitivamente não é recomendável que um administrador público de tamanha importância envolva seu patrimônio familiar em obras públicas" (*A Tribuna Liberal*, 04 de janeiro de 1878).

O texto foi assinado por Bernardo Avelino Gavião Peixoto, que era o editor do periódico. Antônio Prado respondeu prontamente, no dia seguinte, as acusações veiculadas pela imprensa liberal. O irmão mais velho de Eduardo afirmou que "o Sr. Gavião não tem requisitos morais para fazer críticas a quem quer que seja, já que não tem sequer a honestidade de honrar com seus compromissos financeiros" (*Correio Paulistano*, 05 de janeiro de 1878). Dessa forma, atacando o sujeito da denúncia e não objeto denunciado, Antônio Prado começou uma polêmica com Bernardo Gavião que ocupou as primeiras páginas da imprensa paulista por dois meses. É claro que o "escândalo da estrada de Pirassununga" foi tragado pela polarização partidária típica da política brasileira da época. Antônio Prado era um dos principais líderes da ala paulista do Partido Conservador, e o diretório da corte exigiu que ele apresentasse argumentos mais sólidos em sua defesa:

> "Seguindo os conselhos do diretório central do grande partido nacional resolvi vir mais uma vez, que será a última, responder aos impropérios veiculados pelo Sr. Bernardo Gavião. A minha consciência está calma, pois não me acusa de haver praticado um ato censurável; julgo antes ter prestado relevante serviço à causa da moralidade. Não sei, e nem quero saber, o que diz o Sr Gavião da comissão de obras da Assembleia Provincial, que é coordenada pelos ilustres senhores Falcão Filho, Barão de Souza Queiroz e Barão de Três Rios, que aceitaram a proposta; e ninguém acredita que tão conspícuos cavalheiros sacrificassem os

> direitos da Província, só para favorecer um empresário. A aceitação, portanto, da proposta, só pode ser explicada pela convicção daqueles diretores, de ser ela vantajosa à Província (*Correio Paulistano*, 25 de outubro de 1878).

Apesar do tom definitivo, a polêmica se arrastou por mais alguns meses sem que Antônio Prado jamais conseguisse mostrar concretamente a superioridade técnica do seu projeto em relação aos concorrentes. Além do mais, o presidente da Câmara Municipal não ocupava uma posição confortável no conflito, já que, como já sabemos, desde 05 de janeiro de 1878, o governo, imperial e provincial, era comandado pelo Partido Liberal. O ministério liberal, utilizou de todas as armas ao seu dispor para enfraquecer o líder conservador em seu próprio nicho político. Por isso, foi reaberto em agosto de 1878, um processo, arquivado pela justiça imperial desde 1859, no qual Antônio Prado e seu pai eram acusados de assassinato.

No ano de 1858, em uma das inúmeras fazendas da família Prado, aconteceu o assassinato de Marzagão, feitor da referida propriedade. Segundo o parecer da época, publicado na íntegra na edição de 18 de setembro de 1878 do jornal" A tribuna liberal, não havia provas suficientes para responsabilizar Martinho e Antônio Prado pelo ocorrido. Porém, inesperadamente, pelo menos para Antônio Prado, surgiu em agosto de 1878 um novo dado que, de acordo com o desembargador Rodrigo Isidoro da Fonseca, justificava uma nova apreciação para o caso; tratava-se do depoimento da mãe da vítima, que acusava os réus de terem tramado o assassinato do seu filho.



> "Esta denúncia, que seria desprezada se a honra fosse bastante para livrar os homens de bem dos botes da calúnia e o Imperador capaz de ser menos afeito às influências do Partido Liberal, deu lugar a rigoroso inquérito policial, verdadeira devassa, no qual tomaram parte o chefe de polícia da província, e o delegado do termo de Mogy Mirim onde se dera o crime" (Correio Paulistano, 04 de outubro de 1878).

As relações entre o Imperador e a facção paulista do Partido Conservador, que durante décadas havia sido marcada pela harmonia, tornara-se, após a dissolução do Ministério Caxias, tensa e conflituosa. Por isso, não era incomum ver escritores vinculados ao Partido Conservador, como Eduardo, apoiar tacitamente as manifestações republicanas. Não quero dizer com isso que os conservadores paulistas, e Eduardo especialmente, tenham aderido à causa republicana. Porém, estou convencido de que no momento em que Eduardo Prado faz a sua estreia no mundo das letras, o que na conjuntura em questão significava o mesmo que estrear no mundo da política partidária, os conservadores nutriam pouca simpatia pelo Imperador e pelo tratamento dispensado pela Monarquia para com o seu partido. Isso, por si só, já serve ao menos para nuançar o monarquismo

"convicto", que segundo a literatura especializada, foi a principal característica da obra de Eduardo.

Enfim, foi em um jornal conservador, quando as relações entre a Monarquia e o partido não eram nada amigáveis, e a partir de um núcleo familiar marcado pela coexistência de um governante conservador acusado de corrupção e um deputado republicano que definiu a virtude, entendida como a total separação entre interesses públicos e privados, como o principal requisito para a vida pública, que Eduardo escreveu seus primeiros textos. Nessa seção eu abordei a família Prado, falta, antes de estarmos prontos para analisar as crônicas políticas do nosso jovem escritor, dedicar alguma atenção para a imprensa paulista do final da década de 1870.

## A tribuna e a pena: as relações entre prática intelectual e prática política na imprensa paulista

Diferentemente da França do século XIX, não havia no Brasil, no mesmo período, um campo intelectual capaz de funcionar de forma relativamente autônoma às ingerências vindas do mundo da política governamental (BOURDIEU, 1996). Entre nós, os grandes autores atuaram em um cenário intelectual caracterizado pela não diferenciação entre o escritor e o político (ALONSO, 2002). No oitocentos brasileiro, a elite letrada, recrutada em meio à elite política, que frequentava os dois principais centros de treinamento político-intelectual da época (as escolas de direito de São Paulo e Recife) (SCHWARCZ, 1987), encontrava na imprensa seu principal veículo de expressão. São inúmeros os exemplos que atestam essa relação de complementaridade entre a página da imprensa e a tribuna política ao longo da história da Monarquia brasileira; tendo em vista o objetivo desse artigo, me limitarei apenas ao caso paulista ao longo das décadas de 1870 e 1880 (SCHWARCZ, 1987). Eram três os principais periódicos em circulação na capital paulista nesse período: *A Província de São Paulo, A Tribuna Liberal e o Correio Paulistano,* todos diretamente envolvidos com os conflitos partidários típicos da política provincial e nacional da época.



O caso do *Correio Paulistano* é sintomático dessa íntima relação entre a prática letrada e a prática política, assim como da fluidez ideológica dos grandes partidos políticos da época, que baseavam sua atuação mais em conjunturas do que em doutrinas políticas (ALONSO, 2002). O referido periódico foi fundado em 1854 por Roberto Azevedo Marques, com o compromisso inicial de manter independência em relação aos grandes partidos políticos.

"A imprensa não tem correspondido por um modo satisfatório à sua sublime missão. Os jornais que tem visto a luz nessa província, quase exclusivamente ocupados dos interesses de sua paridade política, e o que é mais, de questões muitas vezes pessoais, tem transviado a nossa imprensa de seu santo ministério.

Circunscritos a essa discussão acanhada e desagradável as folhas puramente políticas bem depressa começarão por experimentar uma espécie de frieza (...) Nestas circunstâncias, entendemos fazer um importante serviço à nossa bela província publicando o *Correio Paulistano*, cuja missão é a de oferecer uma imprensa livre (*Correio Paulistano*, 24 de março de 1854).

Apesar da promessa de neutralidade partidária, sob aspecto algum o *Correio Paulistano* ficou indiferente às disputas protagonizadas por conservadores, liberais e republicanos, características das últimas décadas de vida da Monarquia brasileira. Durante seus primeiros 20 anos de existência, o *Correio Paulistano* foi claramente republicano, fato que mudou após janeiro de 1875, quando o referido jornal passou a ser controlado pelo Partido Liberal, o que gerou a insatisfação de alguns republicanos que, tais como Prudente de Morais e Campos Salles, fundaram a *Província de São Paulo*, que se tornou a principal rival do *Correio Paulistano*. No dia 04 de dezembro de 1877 aconteceu mais uma mudança no perfil político/editorial do *Correio Paulistano*; o jornal que em seus primórdios fora republicano, passara, repentina e bruscamente, para as fileiras conservadoras (SCHWARCZ, 1987).

A despeito dos rótulos partidários, uma mesma formulação esteve presente ao longo da história editorial do *Correio Paulistano* entre 1854 e 1881, período sobre o qual estive debruçado na pesquisa; seja sob o controle republicano, liberal ou conservador, as páginas do referido jornal estiveram frequentemente comprometidas com a defesa da autonomia provincial, entendida como a única forma de garantir a progresso e o desenvolvimento da Província de São Paulo, que no discurso político paulista era o centro empreendedor do Império. Através de uma estrutura editorial modelar para os padrões da época, caracterizada pelo rigoroso controle partidário das principais colunas do jornal, sejam aquelas que tratavam diretamente de política ou as que faziam glosas culturais, como comentários de arte e crítica literária, o *Correio Paulistano*, para além das vigorosas polêmicas com os seus rivais, em nenhum momento deixou de se posicionar a favor da autonomia provincial. É importante entender como esse princípio foi mobilizado no discurso liberal e no discurso conservador: naquilo que se referia a esse assunto, quase não havia diferenças entre um e outro.



Em janeiro de 1875, Leôncio de Carvalho, editor do Correio Paulistano e secretário geral do diretório paulista do Partido Liberal, publicou durante duas semanas uma série de textos intitulada *Retrospecto sobre os fatos notáveis da província de São Paulo no ano de 1874*. Como o próprio título sugere, o interesse do autor era relatar alguns acontecimentos que "comprovam a posição de vanguarda que nós paulistas ocupamos no Império do Brasil" (*Correio Paulistano*, 04 de janeiro de 1875). Leôncio de Carvalho definiu o homem paulista como "baluarte do progresso" e representante do "ímpeto empreendedor que caracteriza o século". Porém, o autor afirmou que essas potencialidades somente poderiam se realizar plenamente se:

> "A tutela do governo central não castrar os brios e o talento da iniciativa particular dos habitantes dessa província. (...) É preciso despertar cada vez mais esses notáveis melhoramentos a energia do espírito público e fazem lhe sentir o quanto vale e quanto pode a iniciativa popular, que, fiando tudo de si, procura atingir com os próprios recursos os alvos de suas aspirações e rompe corajosamente a estreita circunferência, traçada pela ferrenha tutela" (*Correio Paulistano*, 04 de janeiro de 1875).

É importante perceber que a "aptidão natural" do paulista para o trabalho e para o progresso é apresentada como uma qualidade que, apesar de estar essencialmente presente no "temperamento" do homem paulista, necessita de um ambiente propício para se desenvolver. É como se a característica da raça de nada valesse em um ambiente hostil ao desenvolvimento de suas potencialidades. Não há como deixar de notar a presença de certa inspiração neolamarkiana nessa forma de definir o homem paulista. A raça aí surge como um dado moldado pelo meio e não como um *a priori* capaz de definir, por si só, as ações do sujeito, da espécie, para ficarmos mais próximos do vocabulário biológico característico do discurso científico do final do século XIX. Nesse sentido, para trilhar o "caminho do progresso", o ímpeto da ação individual e o talento da iniciativa privada eram tão importantes como a resistência às ingerências do poder central, já que



> "Somente no ambiente propício é possível desfrutar de todas as potencialidades positivas da raça; somente em meio à liberdade e entregue ao livre arbítrio de sua consciência e trabalho, o paulista pode trilhar o rico caminho de riquezas e descobertas que lhe é destinado pela sua própria natureza" (*Correio Paulistano*, 07 de janeiro de 1875).

Essa mesma forma de encarar as relações entre o governo central e a Província de São Paulo pode ser encontrada no discurso político que saía da pena de escritores e políticos conservadores. Em julho de 1878, quando o *Correio Paulistano* estava sob o controle do Partido Conservador, foi publicado um texto assinado por Antônio Prado, então editor do jornal, no qual o presidente da Câmara Municipal fazia críticas a João Batista Pereira, membro da situação liberal que na época era o presidente da Província.

> "Os liberais sinceros, os que têm crenças e amor aos princípios, não podem apoiar o liberticida: o administrador que cimenta a desunião de seu partido, que desprestigia seus mais respeitáveis e prestimosos correligionários e que junto com o poder central, que conta com a complacência do Imperador, sufoca com as tramas do centralismo administrativo o desenvolvimento dessa província" (Correio Paulistano, 08 de setembro de 1878). (Grifos Meus)

Os argumentos utilizados por Antônio Prado no ataque ao governo de Batista Pereira são muito semelhantes com aqueles que caracterizavam as manifestações dos membros do Partido Liberal quando a situação era conservadora. Como nesse artigo eu estou mais interessado no repertório político mobilizado do que nas trincheiras partidárias declaradas, não me satisfaço apenas em conhecer a filiação partidária dos escritores em questão; para analisar as performances discursivas desses sujeitos é fundamental entender a forma como eles elaboraram suas formulações e atuaram em um contexto político que se por um lado era marcado pela forte polarização partidária, pelo outro, não era caracterizado por maiores diferenças ideológicas entre os membros dos dois principais partidos. As manifestações de ambos os grupos era ditada, fundamentalmente, pelas circunstâncias. Por isso, era tão comum ver um dos principais líderes do Partido Conservador defendendo a autonomia provincial, o que os manuais de história política brasileira nos ensinaram ser uma prerrogativa do Partido Liberal, e um importante quadro liberal, como era Leôncio de Carvalho, criticando a aprovação da lei do ventre livre porque

> "Foi feita desastrosamente pelo afobado gabinete presidido por Rio Branco. Os paulistas são dados ao trabalho, ao cultivo da propriedade e, apesar de estarem providos dos mais puros e cristãos sentimentos a respeito da libertação dos ingênuos, resistem em aceitar uma lei que em nada os protege no inalienável direito à propriedade" (*Correio Paulistano*, 29 de junho de 1877).



Na pena de Leôncio de Carvalho, o direito do proprietário era mais importante do que o direito do escravo à liberdade. O fundamental para os políticos e escritores paulistas era comprometer o governo adversário e impulsionar seus correligionários ao poder. Para isso, eles não ficavam nada constrangidos em mobilizar repertórios que, teoricamente, seriam incompatíveis com a posição partidária ocupada. Foi exatamente a partir do lugar de opositor que Eduardo Prado escreveu as suas crônicas que, mesmo tendo sido publicadas nas colunas da imprensa conservadora, são marcadas pela presença de tópicas pertencentes à tradição cívico-humanista, típicas do liberalismo moderno. Na próxima seção, eu analiso com mais cuidado os textos de Eduardo.

A própria história do Correio Paulistano acusa a fragilidade ideológica que caracterizou a elite política paulista do final do século XIX. Foi com surpresa que a sociedade paulistana abriu a edição de 04 de dezembro de 1877 desse jornal e leu um pequeno parágrafo escrito por José Roberto de Azevedo Marques, declarando que havia assinado um contrato com João Mendes, presidente do diretório paulista do Partido Conservador, que transferia a esse grupo o controle editorial do referido periódico. É óbvio que a mudança agitou a imprensa local e já no dia seguinte foi o assunto mais abordado nos principais jornais em circulação na capital paulista; o *A Província de São Paulo* afirmou que o ocorrido era somente mais uma demonstração da "fragilidade espiritual dos grandes partidos do atual

regime, que mudam de convicções como quem troca de chapéu" (*A Província de São Paulo, 05 de dezembro de1877*). Para a o periódico republicano, tal fragilidade era um indício da debilidade do próprio sistema monárquico. Porém, as críticas mais agressivas não partiram das fileiras republicanas, mas sim das liberais; no editorial de 05 de dezembro da *Tribuna Liberal*, Bernardo Gavião acusou o José Roberto de "traidor sorrateiro e ignóbil (...) rato que apunhalou os seus na primeira oportunidade (...) messalina que se vende para quem tem mais cobre na algibeira" (*Tribuna Liberal*, 05 de dezembro de 1877). Diante de tantas críticas, o próprio José Roberto veio a público na edição do dia 14 de dezembro para justificar o acordo firmado com as lideranças conservadoras. As explicações dadas pelo proprietário do *Correio Paulistano* evidenciam as tênues fronteiras ideológicas que separavam os conservadores dos liberais. José Roberto começa sua defesa dizendo-se lisonjeado pela atenção recebida nas páginas da imprensa liberal.

> "Se não fora ter bem fundas ainda as feridas que sinto cavadas pelos menoscabos dos chefes do partido liberal, se eles não tivessem por tão longo tempo e tão firmemente me convencido que nada sou e nada valho, seria capaz hoje de entumecer de orgulho ante esse prolongado debate, e talvez me viesse a veleidade de pensar que eu podia abrir lacuna nas fileiras liberais. Mercê de Deus os liberais me curaram desse pecado. Não se apodera de mim o sentimento da vaidade, sim o de admiração. Sem dúvida. Tenho visto sumidades políticas do meu país emigrarem com armas e bagagens de um partido para o outro, sem que os gansos do Capitólio grasnem como hoje. E parece-me até que quanto mais rápidas e repentinas são as metamorfoses, mais esplêndidas são as investiduras – que esperam os emigrantes, porque elas são a prova de um talento superior, e de uma independência sem igual" (*Correio Paulistano*, 14 de dezembro de 1877).



Essa combinação entre a rigorosa e violenta polarização partidária com o constante trânsito entre os partidos tornou a política paulista instigantemente contraditória. Ao mesmo tempo em que as lideranças locais defendiam contundentemente seus partidos, chegando até financiar atos de violência, como era comum na ocasião das eleições legislativas, mudavam, diante dos primeiros dissabores com seus correligionários, de lado e passavam a defender com o mesmo ímpeto os seus novos aliados. A forte relação entre o mundo da política e o mundo da produção letrada também não passou despercebida aos olhos de José Roberto:

> "Tenho visto a venda e aluguel da pena, da palavra, e da inteligência, que se votam ao pleito de uma causa, que todo o mundo condena sem que o patrono perca os foros de homem de bem, sem que alguém lhe evite o contato como ao leproso das escrituras: Pois bem: eu não vendi a palavra, a pena ou a inteligência, mesquinha, embora que deus me deu. Eu não fiz o abalo de uma incoerência em minhas crenças políticas" (Correio Paulistano, 14 de dezembro de 1877).

Foi nesse contexto político/discursivo em que os rótulos partidários, por si só, pouco ajudam na compreensão das performances discursivas das elites letradas, que Eduardo Prado efetuou seus primeiros lances no complexo tabuleiro da política imperial dos últimos anos de vida da Monarquia.

## As crônicas políticas do jovem Eduardo Prado: a combinação entre o repertório liberal e o partidarismo conservador

Não era a mesma a política monárquica quando Eduardo iniciou sua trajetória intelectual. O nosso jovem escritor foi um dos principais opositores aos governos provinciais presididos pelo Partido Liberal entre 1878 e 1881. Essa situação de oposição, de marginalização política, seria impensada nos tempos áureos do Partido Conservador, entre as décadas de 1840 e 1870, quando homens como Visconde de Paraná e Duque de Caxias davam as cartas na política nacional. O tabuleiro do jogo virou em 1878. O imperador, sob os protestos das lideranças conservadoras, demitiu o gabinete ministerial presidido por Caxias e convocou o liberal João Lins Vieira Cansanção de Sinimbu para organizar o novo ministério. Essa mudança não foi bem recebida pela ala paulista do Partido Conservador, que, como já vimos, estava no controle do *Correio Paulistano*. Portanto, não tardou para que as páginas do periódico editado por Antônio Prado se tornassem a origem dos principais ataques dirigidos aos governos provinciais de João Batista Pereira, Joaquim Egydio de Souza Aranha e Laurindo Abelardo de Brito, que, respectivamente, governaram a província paulista nos anos em que Eduardo publicou suas crônicas.



A intervenção imperial de 1878 precisa ser situada na história das mudanças que marcaram a sociedade e a monarquia brasileira a partir da década de 1850 (COSTA, 2007). A intensificação do movimento abolicionista, a urbanização, a Guerra do Paraguai, o fortalecimento da elite paulista e a fundação do Partido Republicano são apenas alguns exemplos dos diversos elementos que nesse período desestabilizaram a tradicional hegemonia saquarema. Com a complexificação da sociedade e da economia brasileira o consenso intraelite foi ficando cada vez mais difícil de ser alcançado; novos atores sociais passaram a reivindicar o alargamento do tradicional círculo dos detentores do poder. Não demorou muito para que a instabilidade corroesse a até então sólida estrutura do Partido Conservador. Em 1862, aconteceu a primeira dissidência dentro do núcleo saquarema. Líderes como Nabuco de Araújo, Zacarias de Góes, Sinimbu e Paranaguá romperam com seus antigos correligionários e se aliaram à ala mais moderada do Partido Liberal; surgiu assim a Liga Progressista. O sucesso da Liga foi efêmero e os conservadores retomaram o poder em 1868, quando o Visconde de Itaboraí assumiu a chefia do gabinete ministerial. O retorno dos conservadores ao poder acentuou mais ainda a tensão entre as elites políticas, o que levou à outra ruptura, dessa vez dentro do Partido Liberal. Zacarias de Góes, Nabuco de Araújo e José Bonifácio, o moço,

publicaram, em 1869, o manifesto *Ou a reforma ou a revolução*, que deixou claro a pressão que o "novo" Partido Liberal faria em pró das reformas na monarquia brasileira (CARVALHO, 2006). Os "novos" liberais se distinguiam da ala mais radical do antigo Partido Liberal, que insistia em expandir a prática política para além das fronteiras parlamentares. Foi por obra desses "radicais" que surgiu, em 1870, o Partido Republicano, que tinha a proposta de representar uma alternativa, bem moderada por sinal, ao *status quo* imperial (ALONSO, 2002).

O "liguismo", surgimento do "novo" Partido Liberal e a fundação do Partido Republicano mostraram aos dirigentes da política nacional que algo mudara, que a estrutura política da monarquia não poderia se manter indiferente às transformações que então ocorriam na sociedade brasileira. O gabinete Rio Branco, que governou o Brasil entre março de 1871 e junho de 1875, demonstrou claramente o desejo do Partido Conservador em conduzir as inevitáveis reformas políticas. Não era simples o desafio que estava posto aos governantes saquaremas; "a elite política imperial viu-se então diante do dilema de conciliar a modernização social e econômica com a lógica patrimonialista do Estado" (ALONSO, 2002; p. 65).

Foi com esse propósito que o ministério Rio Branco, apropriando-se de um importante elemento da agenda política liberal, tocou no problema da escravidão e aprovou, em 1871, a Lei do Ventre Livre. Entretanto, a estrutura estamental e escravocrata não foi totalmente desmontada; as reformas do início dos anos 1870 abalaram as pedras angulares do regime sem conseguir modificá-lo completamente. O reformismo de Rio Branco foi um desastre completo na medida em que provocou tanto a ira dos conservadores emperrados como a insatisfação dos liberais. Visando restabelecer a coesão interna do Partido Saquarema e neutralizar o fatídico ensaio reformista de Rio Branco, o imperador convocou, em 1875, o Duque de Caxias para presidir o novo ministério. O velho soldado, que havia se retirado da Guerra do Paraguai à revelia da vontade de D. Pedro II, foi chamado para "recompor as bases do Partido Conservador, rachado em torno da aprovação do ventre livre" (SALLES, 2009; p. 46).



Não teve sucesso o Duque que à sua sombra tinha o Barão de Cotegipe, o verdadeiro homem forte do governo. Desprestigiado e tragado por uma grande crise política, o gabinete Caxias foi demitido em janeiro de 1878. Definitivamente, o Imperador perdeu a paciência com o Partido Conservador, que não se mostrou mais capaz de gerir tranquilamente o Estado brasileiro. Foi assim, pelas mãos de Pedro II, que os "novos" liberais chefiados por Sinimbú chegaram ao poder, o que provocou extrema insatisfação entre os conservadores. Foi exatamente nesse momento que o jovem Eduardo Prado deu seus primeiros passos como escritor; tratou-se, como já vimos, da coluna "Crônica da Assembleia", publicada com periodicidade irregular no jornal *Correio Paulistano* entre 1879 e 1881, quando o mais novo dos irmãos Prado estudava na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco[7].

[7] Eduardo bacharelou-se em 1881, quando, a exemplo do que tinha feito seu irmão Antônio algumas décadas antes, viajou pela América, indo em seguida à Europa. A partir dessas experiências, Eduardo escreveu um livro intitulado *Viagens*, que viria a ser publicado em 1894. Ver: Luís Correia de Melo. *Dicionário de autores paulistas*. IHGB: São Paulo, 1954.

Eduardo Prado amadureceu como cronista e polemista político ao longo dos três anos em que escreveu as crônicas sobre os trabalhos da Assembleia Legislativa Paulista. Apesar das sensíveis mudanças de estilo, o conteúdo dos textos permaneceu basicamente inalterado: o jovem escritor era um dos principais críticos dos governos liberais, a quem acusava de "salteadores da opinião pública" (*CORREIO PAULISTANO*, 23 de fevereiro de 1880). Poderia ser contraditório o fato de na pena de um escritor vinculado ao Partido Conservador ser possível encontrar o desenvolvimento de uma argumentação dessa natureza. Porém, o pragmatismo que caracterizava a elite política brasileira na época fazia com que os principais partidos não se filiassem definitivamente a grandes sistemas de pensamento. O repertório mudava de acordo com a conjuntura e, como no período analisado o Partido Conservador fazia às vezes de oposição, o liberalismo fundado pela tradição do humanismo cívico parecia perfeito para aqueles que desejavam se autorrepresentar como defensores da moralidade pública e da democracia.

A principal característica das crônicas publicadas durante o primeiro ano de vida de Eduardo como escritor é a pouca intervenção direta do autor no texto. Eduardo atuou como um cronista que a partir da terceira pessoa narrou em prosa os debates políticos travados nas sessões legislativas. Eduardo intervinha no texto através de marcas de enunciação, que ele atribuía aos expectadores das sessões. Invariavelmente, Eduardo marcava o final da fala dos deputados com "risos", "vivas", "apartes", "apoiados", "rejeitado", que denotam a sua opinião em relação às discussões e o seu posicionamento político em relação ao parlamentar em questão.



Apesar de contar na época com dezenas de deputados, a Assembleia Legislativa representada na pena de Eduardo possuía apenas poucos parlamentares, que frequentemente assumiam o púlpito e protagonizavam grandes debates. Eram esses: Paulo Egídio, Valadão, Almeida Nogueira e João Batista de Moraes, membros da bancada conservadora, Leite de Moraes e Martim Jr, membros da bancada liberal, e Prudente de Moraes, Campos Salles e Martinho Prado Jr (irmão de Eduardo), membros da bancada republicana. É importante apontar que a totalidade das querelas parlamentares narradas por Eduardo tinha como desfecho a derrota, por vezes humilhante, dos deputados liberais. Leite de Moraes e Martim Jr eram sempre vencidos pelos eloquentes discursos dos conservadores e dos republicanos, que no texto de Eduardo eram aliados e compartilhavam os princípios fundamentais do liberalismo político moderno. Nesse sentido, quando de sua estreia no mundo das letras, Eduardo era um escritor que se declarava integrante do Partido Conservador, um vigoroso opositor do governo liberal, um moderado crítico do imperador D. Pedro II e um cronista que tratou as manifestações republicanas com ressalvadas simpatias; ou seja, uma imagem bastante diferente daquela apresentada pelos estudos anteriores.

Logo na primeira crônica, publicada em 14 de fevereiro de 1879, Eduardo deixou claro sua oposição à situação liberal e ao governo de Batista Pereira, que, como já disse anteriormente, presidiu a Província de São Paulo entre fevereiro e dezembro de 1878.

> "Esteve interessantíssima a sessão de ontem, como se vai ver. Lido o expediente, ocupou a tribuna o nosso amigo Dr. João Batista de Moraes, distinto membro do Partido Conservador, que em eloquentes frases derramou abundante luz sobre os desatinos da administração Batista Pereira. Mostrou que, iniciando sua administração com o sistema da difamação aos adversários, não conseguiu aquele tietere do sr. José Bonifácio, em vez do efeito moral que tanto desejava, se não o efeito imoral e abalar o crédito da província. Depois disso, ocupou-se exclusivamente o sr. Batista Pereira com a empreitada eleitoral, sacrificando todos os princípios, a tranquilidade pública e os mais vitais interesses da província de São Paulo. O orador enumera em termos severos e cheios de indignação a longa série de embustes, fraudes e violências praticadas na administração transata. Trata especialmente da decantada política financeira do ex-presidente, e demonstra que seu plano não passou de um estratagema inepto; pois limitou-se a não aplicar verbas votadas para serviços públicos e a ajuntar dinheiro no tesouro algum tempo antes de sua retirada, chegando para esse fim a receber avultadas quantias a juro elevado, para ficarem paralisadas no tesouro e poder dizer-se que, ao passar a administração, deixou dinheiro nos cofres públicos. Foi um vergonhoso manejo que não iludiu senão os papalvos, causando, porém, dano muito real aos interesses da província. O nobre orador foi efusivamente aplaudido por todos os presentes. Ao terminar, o ilustre parlamentar se disse que espera que o governo do sr. Laurindo Abelardo de Brito seja menos desastroso do que o daquele que o antecedeu (a plateia gritou que não espera boas coisas dos liberais)" (*CORREIO PAULISTANO*, 14 de fevereiro de 1879).



Ou as tribunas da Assembleia Legislativa Paulista eram diariamente ocupadas por expectadores simpatizantes do Partido Conservador ou Eduardo exagerou nas tintas para narrar, de acordo com as suas conveniências político/partidárias, a ação dos parlamentares. Após o desfecho do tão elogiado discurso de João Batista Mendes de Moraes, começou o debate. Teria dito o deputado Leite de Moraes, que nas crônicas de Eduardo Prado sempre levava a pior nas discussões:

> "Ao concluir seu enérgico e eloquente discurso, muitas vezes interrompido pelo sr. Leite de Moraes, o orador é felicitado por todo o público presente. Toma a palavra para responder-lhe o sr. Leite de Moraes, que, aos fatos referidos pelo orador precedente, opõe generalidades banais. Protesta contra as acusações feitas a Batista Pereira, sendo por isso vaiado por todos aqueles que assistiam a sessão. Concluiu, à maneira do sr Sinimbú no senado, apoiando o requerimento de oposição apresentado pelo deputado conservador" (*CORREIO PAULISTANO*, 14 de fevereiro de 1879).

Esgotado repentinamente o debate a respeito da avaliação do governo de Batista Pereira, Eduardo começou a narrar o discurso de Valladão, também membro da bancada conservadora, que exigia punição aos culpados pelas violências praticadas, no final de 1878, na cidade de Itu, por ocasião das eleições legislativas.

> "O sr. Valadão veio em seguida à tribuna propor uma emenda aditiva ao requerimento de informações: quer que também seja ouvido o governo sobre as cenas lutuosas da cidade de Itú. No desenvolvimento de sua ideia, o orador indaga quem seja o verdadeiro responsável por aquele e outros dramas de sangue que infelizmente se têm produzido na província e no império; e apesar de ser tão lúgubre o assunto, o orador achou meio, com seu chiste natural, de ser ouvido com deleite pela assembleia e numeroso auditório. Teve réplicas felizes" (*CORREIO PAULISTANO*, 14 de fevereiro de 1879).

Após a fala do deputado Valladão, Eduardo narrou outra intervenção de Leite de Moraes.

> "O sr. Leite de Moraes – e quem pensa ser o orador e seu partido para falar de violência?
> O sr. Valladão – homens virtuosos que prezam o sagrado direito da livre expressão individual (Vivas e mais vivas!)
> O sr Leite de Moraes – pois então até aí estamos na mais completa igualdade já que eu e meus correligionários do Partido Liberal também temos virtude. (Apartes gerais!)
> O sr. Valladão – A virtude de chegar ao poder por um impropério do velho imperador? (risos).
> O sr. Leite de Moraes – Velho Imperador que é o responsável pelo equilíbrio da nação (...)
> Todos os presentes protestaram contra essa última fala do sr. Leite de Moraes, que esqueceu-se de que a vontade coletiva que deve ser a maior soberana na política de um país. Quando isso não acontece, existe tirania. Não existe liberdade." (*CORREIO PAULISTANO*, 14 de fevereiro de 1879). (Grifos meus)



Para Eduardo, a situação liberal não era legítima por ter sido implantada por uma determinação do Imperador D. Pedro II, que apesar de ser o "ilustre chefe da nação, merecendo por isso toda a nossa deferência", não deveria ser o detentor absoluto da soberania, que de acordo com o repertório cívico humanista mobilizado por Eduardo, deveria residir na "vontade coletiva".

A mobilização dessas tópicas ficou mais evidente ainda na crônica publicada no dia 16 de fevereiro. Eduardo inicia apresentando ao leitor o discurso do deputado conservador Paulo Egídio. "O importante discurso proferido pelo

ilustre membro da maioria foi pela eloquência e pela lógica uma verdadeira peça oratória digna da assembleia e dos foros de orador" (*CORREIO PAULISTANO*, 15 de fevereiro de 1879). Mais uma vez o tema em questão era a administração de Batista Pereira, que:

> "reduziu a zero os pretensos serviços prestados por aquele violento e arbitrário administrador; mostrou que as apregoadas vantagens por ele alcançadas não passam de miseráveis expedientes para iludir o espírito público e difamar seus antecessores. N'uma apóstrofe cheia de sarcasmo e de eloquência, o orador indaga se é justo deprimir-se, difamar-se, aqueles que no período de dez anos elevaram a província a esse apogeu de grandeza que constitui o orgulhos dos paulistas, aqueles que lutaram, até mesmo contra seus correligionários da corte e contra o próprio Imperador sempre que a liberdade e a autonomia provincial estiveram em risco, ao passo que se trata de ornar com penas de pavão aqueles que alavanca demolidora vieram substituí-los perturbando a tranquilidade pública (aplausos e mais aplausos!)" (*CORREIO PAULISTANO*, 15 de fevereiro de 1879). (Grifos nossos).

Através da voz de Paulo Egídio, Eduardo dedicou à ação política dos conservadores a prosperidade paulista. Paulo Egídio teria dito, obtendo a concordância de Eduardo, que os conservadores paulistas eram, antes de qualquer coisa, fiéis ao princípio da autonomia provincial.



Já as crônicas publicadas entre 1880 e 1881 nos apresentam a um cronista mais seguro. Eduardo deixou de redigir seus textos na forma de um relato impessoal e se mostrou um escritor agressivo, ciente da repercussão dos seus atos e extremamente irônico. O momento político era tenso. O Partido Conservador boicotou as eleições de 1879, o que fez com que o grupo chefiado por Antônio Prado não tivesse nenhuma representação na legislatura do ano seguinte. Isso fica claro quando Eduardo, na primeira crônica publicada em 1880, afirmou que "a retórica arrolhada no período de dez anos faz todo momento explosão, e invectivas às administrações conservadoras são proferidas com a coragem que dá a certeza não haver quem as responda naquele lugar" (*CORREIO PAULISTANO*, 14 de fevereiro de 1880).

Através de um humor agressivo, o cronista do *Correio Paulistano* desqualificava os deputados liberais. Na crônica publicada no dia 19 de fevereiro de 1880, Eduardo criticou o projeto no qual o deputado Barbosa Lima propunha alterações no ensino primário. De acordo com o nosso escritor, o referido parlamentar tinha "mania de projetos e na sessão de hoje deitou quatro de uma só vez. Não teremos sequer um se somarmos todos" (*CORREIO PAULISTANO*, 19 de fevereiro de 1881). Depois de criticar, em vários aspectos, o projeto apresentado, Eduardo ridicularizou os políticos liberais afirmando que:

> "Atualmente nossa província está entregue a uma legislatura formada por deputados pouco versados nas regras da oratória e da gestão pública. Prova disso está nas ideias do deputado Barbosa Lima, que ao invés de querer reformar as primeiras letras deveria criar mais uma cadeira, uma mais elementar da qual o primeiro aluno poderia ser o próprio deputado. Primeiro digo na ordem da matrícula" (*CORREIO PAULISTANO*, 19 de fevereiro de 1880).

Eram constantes os ataques desse tipo. Na crônica referente à sessão do dia 20 de fevereiro de 1880, Eduardo ironizou os talentos oratórios do deputado Rodrigues Siqueira: "Este legislador de Pirassununga trazia engomadinho o seu projeto, infelizmente, não lhe ajudou a língua e soube-se apenas que estava orando, porque durante meia hora esteve de pé, dando guinadas para frente e para os lados" (*CORREIO PAULISTANO*, 19 de fevereiro de 1880). A crônica do dia 13 de janeiro de 1881 foi particularmente cômica. O edifício da Assembleia Legislativa havia recentemente passado por uma reforma que, entre diversas outras modificações estruturais, introduziu na principal sala de reuniões o sistema das campainhas elétricas. De acordo com o nosso irônico escritor, "o potentoso aparelho tem enchido de admiração os srs. deputados roceiros" ("CORREIO PAULISTANO", 13 de janeiro 1881). Continuando a ressaltar o provincianismo dos parlamentares paulistas, Eduardo relatou que:



> "Os nobres deputados fazem roda junto aos botões elétricos, acalcam-os cautelosamente, sorriem gostosos ao tilintar das campainhas, comentam o caso e ouvem a explicação apresentada por algum colega mais douto e viajado pela Europa, como o sr. Camilo Gavião. Este sim! Um homem do mundo, amante das viagens, cortejador das letras" (*CORREIO PAULISTANO*, 13 de janeiro de 1881).

Bernardo Gavião, um dos deputados mais hostilizados por Eduardo, foi o principal alvo da "Crônica das Campainhas". Segundo o nosso escritor, o referido parlamentar "que outro dia ficou muito surpreso com o fato de Paris não ser porto de mar" deu a "adequada" explicação científica aos seus colegas:

> "A eletricidade é um fluído e este fluído acumula-se nas pontas, em qualquer ponta, mesmo na ponta do dedo. Tempos, portanto, dedo eletrizado; aproxima-se este do botão de marfim, a eletricidade sai do dedo, embarafusta pela campainha, trepa pelo arame de cobre, vai bulir no badalô da campainha." (*CORREIO PAULISTANO*, 13 de janeiro de 1881).

De acordo com o enredo da crônica, os deputados ficaram "estupefados diante de tão complexo fenômeno físico". Não satisfeito, Eduardo relatou ainda outro incidente provocado pela inovação técnica:

> "Se as tais campainhas têm proporcionado triunfos à física do sr Camilo Gavião, foram, ontem, causa de uma grave questão de precedência entre o sr. Bento de paula e o sr. José Ricardo. Este, por uma curiosidade infantil e desculpável, quis acalcar o botão colocado em frente da cadeira presidencial.
> O sr. Bento reclamou e disse-lhe zangado:
> – O nobre deputado não pode tocar no botão da presidência.
> – Não pense v.exc que vim ver campainhas elétricas aqui! Em Taubaté, no sítio de primo Antônio há também" (*CORREIO PAULISTANO*, 13 de janeiro de 1881).

As crônicas publicadas entre 1880 e 1881, a exemplo daquelas de 1879, também foram fundamentadas no repertório conceitual da tradição cívico-humanista. A diferença é que, nesse segundo momento, as glosas de Eduardo são marcadas por uma reflexão mais acurada e pela mobilização de tópicas mais complexas, como, por exemplo, a autonomia do poder local frente às interferências do poder central.

Em dezembro de 1881, um fato ocorrido em Botucatu se tornou um ingrediente a mais no já tenso conflito entre liberais e conservadores. Tratou-se da remoção de alguns magistrados, fato que Eduardo atribuiu à ingerência direta da administração provincial, na época chefiada pelo político liberal Laurindo Abelardo de Brito. A análise feita por Eduardo a respeito do "caso de Botucatu" está repleta de argumentos vinculados à tradição político/filosófica do humanismo cívico.



> "O governado Abelardo deu-se bem com a prática de expulsar os magistrados, desde que estes se mostrem dispostos a não obedecer-lhe cegamente. O crime praticado em fevereiro de 1879 contra as pessoas do juiz de direito e do promotor público escandalizou todos aqueles que defendem e louvam a autonomia da localidade" (*CORREIO PAULISTANO*, 05 de janeiro de 1881).

A defesa ferrenha que Eduardo fez da autonomia da localidade agradaria o mais entusiasta defensor do liberalismo moderno. Era um momento em que as pressões pela flexibilização do sistema político, o que envolvia a formulação de uma jurisdição específica sobre as liberdades civis, eram um dos principais motivos das crises políticas que desestabilizaram a Monarquia. Como bom opositor, Eduardo não hesitou em atacar seus adversários com uma munição conceitual que, teoricamente, não deveria fazer parte do arsenal conservador.

Como já sabemos, Eduardo foi aluno da Faculdade do Largo de São Francisco. A análise da trajetória acadêmica de Eduardo é dificultada, talvez

impossibilitada, pela escassez de documentos provocada por um grande incêndio que no final do século XIX destruiu parte do acervo dessa instituição. Entretanto, a leitura dos escritos de Eduardo e de seus colegas nos permite compensar parcialmente essa lacuna e especular a respeito da tradição jurídica que marcou a formação desses jovens estudantes[8]. Apesar de raramente ter sido explicitada, creio ser possível afirmar a filiação intelectual dos jovens estudantes à tradição jurídica do humanismo italiano, que começou a ser desenvolvida por volta do século XII, quando as cidades italianas passaram a resistir mais sistematicamente às ambições imperiais de Frederico Barbarossa, que desejava efetivar o Sacro Império Romano-Germânico (SKINNER, 2003). Entretanto, o sucesso da resistência das cidades italianas não poderia ficar restrito apenas aos aspectos político e militar; fazia-se necessária também a formulação de novas doutrinas jurídicas fortes o suficiente para contrapor o Código Justiniano, que garantia legalmente a autoridade do Imperador sobre a Península Itálica.

É exatamente nesse movimento de construção de uma nova doutrina jurídica que podemos inserir a atuação do jurista italiano Bartolo de Sassoferrato, "que partiu da intenção explícita de reinterpretar o Código Civil Romano com o objetivo de proporcionar às cidades uma defesa legal, e não apenas retórica, de sua liberdade contra o Império" (SKINNER, 2003; p. 31). Bartolo operou então uma importante ruptura metodológica em relação à interpretação jurídica característica dos glosadores tradicionais. O resultado disso foi a formulação, fundamental para a fundação do Estado Moderno, de que os poderes políticos locais são soberanos e independentes entre si. Esse não é o lugar para desenvolver essa proposição na complexidade que lhe é devida; meu interesse é tão-somente propor uma relação de filiação entre os primeiros escritos de Eduardo e essa tradição jurídica humanista. Não estou com isso querendo supor que Eduardo estudou diretamente a obra de Bartolo, não há evidências empíricas capazes de sustentar tal afirmação. Porém, há várias formas, para além da leitura direta, de entrar em contato com determinada tradição intelectual. Acredito que as tópicas do humanismo cívico circulavam nos corredores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco sob a forma de uma "energia social" (GREENBLATT, 1990). Afinal, estamos tratando de uma instituição de ensino que tradicionalmente cultivava um pensamento liberal fundamentado no tratamento da lei como produto de uma consciência coletiva soberana (SCHWARCZ, 2003). A defesa da autonomia do poder local é parte constitutiva desse repertório, já que quanto mais perto das demandas dessa consciência mais capaz é o poder de contemplá-las.



[8] Destaco especialmente pequenos jornais estudantis como *Comédia* e *Constitucional*. Eduardo escreveu em ambos.

## Conclusão

Há inspiração biográfica no trabalho que apresentei nas linhas acima. Essa perspectiva biográfica está diretamente relacionada ao momento atual da historiografia; desde as *Vidas Paralelas* de Plutarco até os nossos dias, a biografia jamais esteve completamente excluída da grande República dos estudos humanos. Ainda que tenha sofrido as desconfianças características do cânone estruturalista, o gênero biográfico gozou de posição privilegiada no mercado editorial ao longo do século XX. Essa importância da biografia para a inteligência ocidental tornou-se ainda maior após a década de 1980, quando a:

> "Humanização das ciências do homem, a era da testemunha, a busca de uma unidade entre o pensar e o existir, o requestionamento dos esquemas holísticos, assim como a perda da capacidade estruturante dos grandes paradigmas, contribuíram para o entusiasmo atual do biográfico" (DOSSE; 2010, p. 89).

O entusiasmo da historiografia contemporânea para com a escrita biográfica pode ser facilmente comprovado por uma rápida visada nos títulos das teses e dissertações aprovadas na universidade brasileira ao longo dos últimos anos. É exatamente esse o lugar do presente trabalho: um campo de reflexões caracterizado pela fragmentação das escalas e cada vez mais preocupado em definir o sujeito como instância mais importante do fato histórico.



É óbvio que o atual gosto pela biografia em pouca coisa lembra o perfil que caracterizou o gênero no regime de historicidade que aprendemos a chamar de "antigo". Hoje, o que consideramos "biografia" não é a mesmidade necessária a uma cultura histórica preocupada com a exemplaridade e com o exercício de uma pedagogia moral. Meu enfoque, ao contrário, prioriza a multiplicidade de sentidos, o confronto entre obra e vida visando aquilatar com precisão as confluências e dissonâncias entre essas duas esferas. Não há aqui a linearidade monolítica pretenciosa de apresentar o ato individual como a manifestação pura de uma psicologia isolada, tampouco a suposição de cariz durkheimiano que define o sujeito como o reflexo da dinâmica social que está ao seu redor. O que procurei explorar nesse trabalho foi justamente a tensão que caracteriza a relação da parte com o todo, do sujeito com o seu campo específico de atuação social.

Como o leitor pôde perceber, tive o cuidado de analisar o contexto político/discursivo e familiar a partir do qual o nosso personagem agiu; fiz isso porque acredito que o historiador interessado no discurso político de um determinado escritor não pode se contentar com uma leitura interna dos

textos, como se o autor analisado fosse uma espécie de *homo clausus,* alguém opaco às influências de seus contemporâneos e imune aos constrangimentos apresentados pelas instituições sociais que estão ao seu redor. Pelo contrário, acredito que o pesquisador interessado nessa temática deve situar o seu autor dentro de um conjunto mais amplo de questões paradigmáticas comum a um número de autores grande o bastante para permitir uma investigação de inspiração sociológica da prática letrada.

Todavia, isso não exclui a possibilidade de Eduardo ter agido como um sujeito autônomo, dotado de cognição suficiente para sustentar uma percepção individual e particular do mundo. Eduardo Prado foi um homem do seu tempo, o que não quer dizer que ele tenha sido apenas o reflexo do seu tempo. Eduardo dialogou com os seus pares, respondeu às provocações, provocou, se envolveu em polêmicas, calculou e improvisou cada lance de acordo com as investidas de seus adversários, o que obviamente não significa que ele tenha sempre se saído bem sucedido. Todos os atos discursivos de Eduardo foram efetuados a partir da combinação entre o funcionamento da lógica discursiva própria ao seu contexto político e os seus lances individuais que, limitados pelo campo de possíveis próprio ao contexto, deram uma contribuição particular relativamente inovadora e, dessa forma, contribuíram para a transformação do próprio contexto, que sob aspecto algum deve ser visto como uma espécie de *zeitgeist,* como uma estrutura trans-história que paira acima da sociedade. O contexto discursivo é construído na longa duração a partir do embate entre as ações individuais propostas por cada participante do jogo, estando, por isso, suscetível às mudanças.



Estive interessado nesse trabalho com os lances de um jogador específico do tabuleiro imperial, o que, obviamente, me levou a seguir os rastros de outros atores, mais ou menos protagonistas que Eduardo. O fundamental, ao meu ver, foi a devolução de Eduardo ao seu tempo, a um contexto político no qual os rótulos partidários pouco informam a respeito da linguagem política mobilizada, a um mundo intelectual ainda não diferenciado, a um núcleo familiar caracterizado pelo engajamento político-partidário. Estudante, cronista e irmão: foram esses os três principais papéis interpretados pelo jovem Eduardo Prado no momento em que dava início à sua trajetória intelectual. Estudante de um tradicional centro de treinamento da elite nacional, cronista que emprestou sua pena ao jornal dirigido pelo seu irmão mais velho, uma das principais lideranças da ala paulista do Partido Conservador. Isso fez de Eduardo um escritor declaradamente conservador e municiado por um arsenal ideológico liberal. Fraqueza de espírito? Não sejamos tão rigorosos com o jovem Prado. Afinal, quem nunca se viu envolto nas franjas perturbadoras da vida?

## Referências bibliográficas

– Fontes Primárias
Jornal *Correio Paulistano.*
Jornal *A Notícia*.
Jornal *A Província de São Paulo*.
Jornal *Tribuna Liberal.*
Bibliografia
D'Ávila, Luiz Felipe. *Dona Veridiana: a trajetória de uma dinastia paulista.* São Paulo: A Girafa Editora, 2004.
ALONSO, Ângela. Ideias em movimento: a geração de 1870 na crise do Brasil – Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: Marieta de Moraes e Janaina Amado (ORG). *Usos e abusos da história oral.* Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, pp. 56-87.
CARVALHO, José Murilo de. *O teatro das sombras.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
DOSSE, François. *Desafio biográfico.* São Paulo: EdUSP. p. 89.
FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso.* Rio de Janeiro: José Olympio Ed, 1974.
GREENBALT, Stephen. *Shakespearean Negotiations: The Circulation of Social Energy in Renaissance England*. Oxford: Oxford University Press, 1990
HOLANDA, Sérgio Buarque. *Capítulos de história do Império.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
JANOTI, Maria de Lourdes Mônaco. *Os subversivos da República.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
LEVI, Darrel. *A família Prado.* São Paulo: Cultura 70, 1977.
MARTINS, Wilson. *A História da Inteligência Brasileira.* São Paulo: ed. Taq, 1996.
MELO, Luis Correia de. *Dicionário de autores paulistas*. IHGB: São Paulo, 1954.
MCKENZIE, D. F. *La bibliographie et la sociologie des textes*. Paris: Éditions du Cercle de la Librairie, 1991.
POCOCK, J. G. A. *Linguagens do ideário político.* São Paulo: Ed USP, 2003.
QUEIROZ, Suely Robles Reis de. *Os radicais da República*. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, 1986.
SALLES, Ricardo. *O Brasil Imperial* (Vol. III). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
_____. As águas do Niágra. 1871: a crise da escravidão e o ocaso saquarema. In: _____. Keila Grinberg (ORG). *O Brasil Imperial. Volume III (1870-1889).* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. pp. 39-81. p. 46.
SCHWARCZ, Lilia Mortiz. *O espetáculo das raças.* São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
_____. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
SKINNER, Quentin. *Os fundamentos do pensamento político moderno.* São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Timoneiros: retórica, prudência e história em Maquiavel e Guicciardini.* Campinas: Ed UNICAMP, 2011.

# A hermenêutica-ontológica heideggeriana[1]

**Rogério Tabet de Almeida[2]**

**Resumo**

Em sua obra *Ser e tempo,* Heidegger tem como principal objetivo fazer uma apresentação sobre a questão do *ser*, investigando seu sentido, procurando através da ontologia diferenciar *ser* e *ente*, e demonstrar o tempo como horizonte de compreensão do *ser*. Nesse sentido, o presente artigo propõe discutir a respeito do *ser* e do *Dasein*. O trabalho visa ainda a um esclarecimento no que diz respeito ao *Dasein* como *ente* (*ser-no-mundo*), o *Dasein* como *ser* para a morte (*poder-ser*) e, consequentemente, a questão da temporalidade.

**Palavras-chave:** Heidegger. Hermenêutica. Ser. Fenomenologia. *Dasein*.

**Abstract**

In his book Being and Time Heidegger's main objective is to make a presentation on the question of Being, investigating its meaning, looking through the Being and Being differentiate ontology, and demonstrate how the time horizon of understanding of Being that sense, this article aims to discuss about the Being and Dasein. The work also aims at a clarification with regard to Dasein as Being (being in the world); Dasein as Being towards death (one can be) and, consequently, the question of temporality.

**Keywords:** Heidegger. Hermeneutics. Being. Phenomenology. *Dasein.*

## Introdução

Segundo Heidegger: "A pre-sença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de s*er* ou não ser ela mesma".[3] Daí, a compreensão de possibilidade do *ser*, a pre-sença (*Dasein*), um *ser* lançado no mundo que tem o caráter de ser em possibilidade. A analítica existencial vai desvelar a estrutura fundamental do *Dasein* como ser-no-mundo.

> "O conhecer é um modo da pre-sença fundado no ser-no-mundo. Ademais, o que se constitui essencialmente pelo ser-no-mundo é sempre em si mesmo o 'pre' de sua pre-sença. A expressão 'pre' é uma abertura essencial, ou seja, uma claridade. A presença sempre traz consigo o seu pre."[4]

[1] Artigo apresentado para a aferição na disciplina Teoria do Direito II, ministrada pelo Prof. Cleyson de Moraes Mello – Mestrado em Direito da UNIPAC – 2011.

[2] Aluno do Mestrado em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC – Contato: rogeriotabet@hotmail.com

[3] HEIDEGGER,1996, p. 39

[4] MELLO, 2006, p. 3

Torna-se claro, com a filosofia heideggeriana, que nem o *ente* fundamenta o *ser*, nem o mesmo fundamenta o *Ente*, há uma reciprocidade na relação de um com o outro por intermédio do *Dasein*, porque este compreende o *ser*. O *ser* torna-se o meio para que se possa chegar ao *ente* e, este sendo sua condição de possibilidade, é no *ente* que o *ser* se desvela (Alethéia).[5] Como essa compreensão é obtida unicamente pelo *Dasein*, pelo homem essa "compreensão" se dá através do círculo hermenêutico, isto é, o *ser* torna-se um conceito operatório pela compreensão.

> "O modo como Heidegger situa a questão do *ser*, a partir da compreensão do *ser*, e desde a temporalidade do *Dasein*, nos dá um novo modelo de fundação referido à circularidade hermenêutica e à diferença, sendo este o modelo da finitude. A fenomenologia hermenêutica já estabelece, no início da analítica existencial, o espaço da finitude como único campo para a filosofia, quando introduz a questão do *ser* a partir da compreensão do *ser*. Dessa posição inicial nasce a ontologia fundamental com seus dois teoremas, os teoremas da finitude: círculo hermenêutico e diferença ontológica."[6]

## *Dasein* e temporalidade – a questão do ser

O cerne da reflexão heideggeriana é a questão do *ser*, pensado no âmbito da existência, segundo ele: **existir nada mais é que residir na verdade do *ser***. O ponto central de sua preocupação em *Ser e tempo* é, exatamente, discutir o **sentido** do *ser*.



Toda a tradição metafísica filosófica procurava elucidar a questão do *ente* através do *ser*, de forma que o *ser* tornava-se assim um fundamento (inicialmente para os gregos antigos e ademais em toda a tradição metafísica filosófica, o *ser é*). A tradição mantinha-se de modo a entificar, por assim dizer, o *ser*, o *ser* era fundamento. Ao passo que Heidegger sustenta que só se é possível pensar o *ser* através do *Dasein*, assim pensando o modo de *ser* do homem, cujo sentido é ser-aí, estar no mundo. De modo que, em Heidegger, o *ser não é*, agora este é pensado como **possibilidade**, não mais como fundamento (virada ontológica – ir ao *ser* pelos *entes* e não o contrário.).

Nas palavras de Hidegger temos que o "*ser* permanece como *ser*, destituído de fundo. Do *ser* permanece o fundamento, isto é como fundamento primeiramente fundamentador, de fora e separado. *Ser*: o sem-fundo".[7]

A busca pela interpretação do *ser* tem sua origem desde os filósofos clássicos. Para se encontrar uma interpretação a respeito do *ser*, originaram-se certos preconceitos que acabaram por levar ao esquecimento do *ser*. Inicialmente, a concepção de que o *ser* é o conceito mais universal e mais vazio, resistindo a qualquer tentativa de definição. Em seguida, de que o *ser* se articula de maneira conceitual segundo gênero e espécie, sendo que a "universalidade" do *ser* "transcende" toda a universalidade

[5] Deve ser pensado como a clareira que certifica ser e pensar e seu presentar-se recíproco.
[6] STEIN, 2001, p. 117
[7] HEIDEGGER *apud* MELLO, 2006, P. 115

genérica. Finalmente, de que o *ser* é um conceito evidente por si mesmo, uma vez que em todo conhecimento enunciado ou relacionamento com os *entes* e até mesmo no relacionamento consigo mesmo, faz-se uso de *ser*.

A essa visão Heidegger faz uma crítica, pois tal pensamento causou dificuldades para se fazer um estudo a respeito do *ser*. Como consequência, observou-se o esquecimento do *ser*, o qual Heidegger propõe resgatar.

Como a problemática se insere justamente na questão do sentido do *ser*, Heidegger esclarece que o *Dasein*, *ente* que somos, possibilita pensarmos o sentido do *ser*. Desse modo, quando o pensamos, há uma relação circular entre o pensado e o pensante, entre quem interroga (ente que somos) e o ser interrogado. Com isso:

> "pode-se dizer que o *Dasein* é o ente que compreende o ser, o que significa compreendê-lo em sua existência e entender a existência como possibilidade sua, de ser ou de não ser si mesmo, com a qual está concernido. Se o *Dasein* é um ente, é um ente que põe em jogo o seu próprio ser."[8]

Em *Ser e tempo,* fica claro que, para Heidegger, existir é interpretar-se, e este é questionar-se a todo instante, isso só torna-se possível por sermos *Dasein*. Os outros *entes* que habitam este mundo, os seres circundantes, são chamados por ele de seres intramundanos. O *Dasein* é aquele que, em virtude do seu próprio *ser*, tem a possibilidade de questionar. A essência do ser-aí é sua existência.

Segundo Heidegger, não há sujeito sem mundo, assim como não há homem sem *Dasein*. Estamos inseridos no mundo, de certa forma, fomos jogados no mundo, por isso para ele o *Dasein* é um *ser-no-mundo* (hermenêutica da faticidade). Como estamos enxertados no mundo, a existência não é só minha, há também a existência de um outro (*ser-em-comum)*, ser-no-mundo se refere também a ser com os outros. Segundo Heidegger:



> "este ser lançado é correlativo ao projeto estadeado no compreender, que integra o conceito mesmo de existência, inseparável de seu poder-ser, e a cada momento de existência traz compreensão de nós mesmos e do mundo. Projetar é interpretar-nos, a nós, aos outros e ao mundo".[9]

Heidegger clarifica que a interpretação é, indubitavelmente, o compreender adequados das possibilidades de projeção do poder-ser. O *Dasein* se vê como poder-ser. Segundo ele, a morte é o fim como possibilidade da impossibilidade. "Estamos diante do não ser como essência da existência".[10] O poder-ser nos leva à finitude, existimos finitamente.

Em *Ser e tempo*, Heidegger elucida a questão do *ser*: O *ser* é vir-à-presença. Para o *Dasein*, o *ser* é aquilo que mostra e clarifica sem se mostrar. Nesse desvelamento, o *ser* não é, mas acontece um 'dar-se'.

[8] HEIDEGGER, 2002, p. 13
[9] HEIDEGGER, 2002, p. 18
[10] HEIDEGGER, 2002, p. 22

A tarefa do *Dasein* fica totalmente orientada para a tarefa de guiar a elaboração sobre a questão do *ser*, a partir de uma analítica existencial, a qual não tem a pretensão de proporcionar uma ontologia completa a respeito do *Dasein*. Ela explicita o *ser* desse *ente*; o que lhe compete é liberar o horizonte para a mais originária das interpretações do *ser*. Nas palavras de Heidegger, *Dasein* "é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta".[11]

O fundamento ontológico originário da existencialidade da pre-sença é a temporalidade.

A temporalidade será demonstrada como o sentido desse *ente* que chamamos de *Dasein*, ou seja, o que se fará é uma investigação ontológica concreta no horizonte liberado pelo tempo com uma investigação sobre o sentido do *ser*.

Heidegger sustenta a tese da temporalidade do *ser*, que desacredita radicalmente a equivalência metafísica entre *ser* e eternidade a partir do futuro, isto é, da antecipação da morte, que se desdobra o sentido próprio da temporalidade de um *ser* finito. Trata-se assim do sentido propriamente temporal da existência enquanto modo de ser exclusivamente humano. Assim sendo, esta leitura de *Ser e tempo* tem como objetivo conectar o *Dasein* de Heidegger à proposta de uma metafísica da finitude.

O tempo heideggeriano atinge integralmente o ser-aí. Seu *ser* é constituído pelas quatro dimensões do tempo: presente, passado, futuro e sua relação (o tempo é quadridimensional). No presente, o ser-vem-à-presença no *ente*. No passado, o que não é mais presente nos envolve como ausente. No futuro, o vir-à-presença, está presente como ausência e este avança como possibilidades.



Nos três tempos, há a relação que as envolve concomitantemente. Assim como o *ser*, o tempo, segundo Heidegger, também não é, mas dá-se tempo. Nessa relação de *ser* e tempo, há o processo de apropriação, apropriação esta que manifesta no homem o *ser*. Essa apropriação é a *Alethéia*, o desvelamento. "O *Dasein* só retrovém (passado) advindo (futuro) a si; e porque retrovém ao advir, é que gera o presente. Aí temos o movimento extático – o fora de si em si e para si mesmo da existência que se chama de temporalidade".[12]

O *Dasein* é passado sem deixar de ser futuro. O presente comprime o passado, este antecipa o futuro. O futuro é uma antecipação, o passado é pensado como a retomada de uma vez que foi possível e o presente se equivale ao instante da decisão.

O sentido da pre-sença é dado pela temporalidade, ou seja, o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença sempre compreende e interpreta o seu ser.[13]

Percebe-se, então, que através da ontologia do ser, Heidegger pretende apresentar uma relação do ser humano com o mundo e com os outros, ao tentar explicar o *ser* a partir do *Dasein*. Tal iniciativa trouxe novas visões na busca do desvelamento do *ser*, uma vez que sua proposta de remexer nas ruínas deixadas pelos antigos através do método da fenomenologia proporcionou novo entendimento sobre a tão questionada pergunta sobre o sentido do *ser*.

[11] HEIDEGGER *apud* MELLO, 2006, p. 29
[12] HEIDEGGER, 2002, p. 25
[13] MELLO, 2006, p. 32

## Círculo hermenêutico

Expressão que aparece frequentemente na discussão hermenêutica atual, quer no âmbito filosófico quer no âmbito teológico. Refere à lógica interna da compreensão hermenêutica, isto é, à regra segundo a qual é necessário compreender o todo de um texto a partir das suas partes e estas a partir do todo. De acordo com Gadamer, esta é uma regra cuja origem remonta à antiga retórica e que penetrou na hermenêutica moderna através da problemática protestante das condições de legibilidade e inteligibilidade do texto bíblico. A esta ideia de círculo hermenêutico subjaz, de fato, a apropriação hermenêutica moderna da retórica clássica e com ela um pressuposto que devemos caracterizar do seguinte modo: compreender um texto é, antes de mais nada, poder-ser por ele interpelado, de tal modo que uma antecipação de sentido conduz sempre à nossa comprensão. Interpretar não é partir de um grau zero mas, pelo contrário, de uma pré-comprensão que envolve a nossa própria relação com o todo do texto, embora apenas se torne compreensão explícita quando, por sua vez, as partes que se definem a partir do todo definem este mesmo todo.

O processo de compreensão distingue-se de outros processos intelectivos, nomeadamente do explicativo, porque parte de um efeito da palavra (narração), procede segundo um movimento circular, aquele que vai da pré-compreensão do todo à compreensão das partes e da compreensão destas até ao sentido do todo. A compreensão hermenêutica alcança a sua justeza quando o seu primeiro critério é a concordância de todos os detalhes com o todo e isto significa que a falta de congruência acarreta necessariamente o fracasso da compreensão.



Devolver ao texto o acento justo sempre foi a missão da hermenêutica, que nunca pretendeu confundir a sua tarefa com a de uma pura detecção lógico-técnica do sentido, prescindindo de toda a verdade do dito. Daí todo o seu esforço em alargar, segundo o modelo de círculos concêntricos, a unidade do sentido comprendido, num vaivém contínuo do todo à parte e da parte ao todo, isto é, retificando sempre que é necessário a expectativa com que começa. O círculo hermenêutico distingue-se, assim, pela sua origem retórica do círculo vicioso em sentido lógico.

Será com Heidegger que a problemática hermenêutica do círculo da compreensão adquirirá todo um novo e importante significado, aquele que ainda hoje lhe damos.

Em *Ser e tempo,* o autor retoma a temática do círculo hermenêutico, reconhecendo expressamente nela não só a lei fundamental da comprensão hermenêutica como a estrutura básica de toda a possibilidade humana de intelecção. Quer isto dizer que, enquanto a teoria hermenêutica do séc. XIX detectava no círculo a estrutura da compreensão histórica e literária, concebendo-a sempre no quadro da relação formal entre a parte e o todo do texto e o seu reflexo subjetivo (a antecipação intuitiva do todo a que se segue a explicitação do detalhe), para Heidegger a estrutura circular da compreensão hermenêutica não pode, de maneira nenhuma, desembocar num ato puramente psicológico ou adivinhatório, que permita um acesso direto ao autor e a partir do qual se atinja uma plena

compreensão dos textos. Pelo contrário, o que agora acontece é o seguinte: toda a compreensão humana está determinada, de um modo permanente, pelo movimento de antecipação próprio do ser marcado por uma pré-compreensão. O círculo hermenêutico corresponde à estrutura existencial do existir humano no mundo, que é um ser simultaneamente encarnado, finito e inteligente, isto é, sempre já marcado por uma relação ao sentido.

Para Heidegger, e aqui reside a sua novidade, o círculo não descreve apenas a estrutura metodológica da compreensão hermenêutica, mas, pelo contrário, a própria natureza da inteligibilidade humana, isto é, o que sempre acontece quando o homem – já não sujeito onipotente, mas ser finito e histórico – compreende. E o que é que isto significa? Significa o seguinte: porque a existência humana é inteligente, uma compreensão originária acompanha-a sempre em toda e qualquer compreensão particular que realize. É esta a sua condição fática inultrapassável. E isto implica que uma tal compreensão – a estrutura ontológica básica do ato humano de ser – precede a própria dualidade metodológica clássica da compreensão dos textos e da explicação da natureza, sendo a própria condição de possibilidade de toda a interpretação.

Neste contexto, claramente não metodológico, aquele que quer compreender um texto antecipa sempre um esboço do conjunto, logo que lhe aparece um primeiro sentido no texto. A sua compreensão consiste no próprio aperfeiçoamento deste projeto prévio, sempre falível – porque finito – e sujeito à revisão por um ulterior aprofundamento do sentido. Interpretar é, assim, partir sempre de conceitos prévios que vão sendo substituídos por outros mais adequados. Heidegger sabe que, devido à sua finitude, quem tenta compreender expõe-se sempre ao erro das opiniões prévias que não se confirmam nas coisas. Logo a compreensão apenas se realiza verdadeiramente quando percebe que a sua primeira grande tarefa é proteger-se da arbitrariedade das opiniões particulares e dos hábitos de pensamento que passam despercebidos, em ordem a poder dirigir o olhar para as coisas mesmas. Uma consciência hermeneuticamente formada não pode entregar-se, de fato, desde o início, ao acaso das suas próprias opiniões prévias sobre o assunto. Deve, pelo contrário, estar disposta a que o texto lhe diga algo de novo. Mas esta alteridade só pode surgir quando ela própria põe em causa os pressupostos do intérprete, fazendo-os entrar em jogo. São, de fato, os pressupostos não percebidos aqueles que nos tornam surdos à novidade do texto.



Desenvolvendo esta nova caracterização ontológica do sentido do círculo hermenêutico, Gadamer, discípulo de Heidegger e autor da conhecida obra *Verdade e método,* vai ainda mais longe e caracteriza a pressuposição de sentido que acompanha toda a compreensão como "antecipação da perfeição". É que, segundo o autor, o homem só compreende o que constitui uma unidade acabada de sentido. Partimos deste pressuposto da perfeição sempre que lemos um texto. De outro modo nem sequer o líamos. E só quando este pressuposto acaba por não se sustentar no decurso da leitura, quando o texto não é compreensível, é que o criticamos, duvidando da sua transmissão e procurando refazer o sentido do texto.

Para o referido filósofo, isto significa, fundamentalmente, que o processo de compreensão não se reduz a uma misteriosa comunhão de almas mas, pelo contrário, é participação num sentido comunitário (o que hoje ainda me

interpela), que o próprio presente ajuda a reconfigurar de um modo novo, segundo um processo histórico de contínua formação. A antecipação da perfeição, que guia a nossa compreensão, não é também neste caso apenas uma expectativa formal – que pressuponha ser inerente ao texto uma unidade de sentido, que orienta a compreensão do leitor – mas está fundamentalmente determinada por expectativas de conteúdo. Pressupõe-se, antes de mais o seguinte: o texto fala verdade, pode dizer-nos algo de válido, entende mais do assunto que nos levou à leitura, do que nós próprios. O que significa, em última análise, que só quem tem uma pré-compreensão do assunto tratado no texto efetua, de fato, a sua leitura. Só quem confia no valor dos textos, porque tem expectativas marcadas pela abertura à alteridade (e não apenas pela imanência estreita da sua perspectiva singular), pode ser interpelado pela palavra e interpretar. A pré-compreensão, que deriva do ter que ver com o assunto abordado pelo texto, é assim a primeira de todas as condições hermenêuticas.

## A hermenêutica heideggeriana

Para Heidegger, existir é interpretar. Somos, enquanto ser-aí, interpretação e pertencer ao ser é o mesmo que compreender o ser. Essa compreensão que temos, *a priori*, do ser, Heidegger chama de ontologia fundamental. O sentido do ser para a ontologia fundamental não é algo dado, ela denota a recuperação da pergunta pelo ser esquecida pela tradição metafísica.



O homem só compreende porque já é pertencente ao ser, o ser o constitui. O *Dasein* é o único ente capaz de questionar, dialogar e assim ele se faz capaz de interpretar. Dessa forma, qualquer intuito e tentativa de interpretação deve estar mediada pela presença do ser (ser-aí). Daí o significado do termo *Dasein*, Heidegger o designa como sendo o lugar de manifestação do ser, onde a questão do ser surge (um ser no ser).

Se o *Dasein* é o único capaz de compreender é, exatamente por este ser marcado pela possibilidade do vir-a-ser, seu modo de ser no mundo, obviamente, é pura possibilidade.

> "O ser humano nunca pode dar-se a si mesmo um estatuto legitimador de sua possibilidade como efetividade. Ele é possibilidade como Heidegger o quer enquanto temporalidade em que predomina a futuridade, o poder-ser e não uma essência acabada. A fenomenologia hermenêutica quer se adequar como método a esse modo de ser determinado pelo modo de conhecer. A substância do homem é sua essência."[14]

Heidegger compreende a circularidade hermenêutica como compreensão do *Dasein* e compreensão do ser que se articulam concomitantemente. Esse círculo da compreensão remete à pergunta primeira: a questão do sentido do ser (a interpretação do quem do *Dasein* e o sentido do ser são circundantes).

[14] STEIN, 2000, p. 101

A pergunta pelo sentido do ser só se mostra sendo possível ser pensada de maneira circular. O que ocorre é que o ser-aí já possui uma pré-compreensão daquilo que vai interpretar. Assim, toda perspectiva que se tem à vista já é em si mesma uma compreensão e interpretação. Afirma Heidegger: "A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições".[15] A compreensão só subsiste a partir de uma pré-compreensão. A compreensão, para Heidegger, opera no interior de um conjunto de relações, de certa maneira, já interpretada, ela atua dentro de um círculo hermenêutico, inseparável da existência do ser-aí.

## Considerações finais

Podemos concluir que Martin Heidegger (e Hans-Georg Gadamer) inaugura um novo paradigma em que a hermenêutica é um método especial das ciências do espírito, ciência considerada por Dilthey[16] capaz de compreender o interior, mas um modo de compreendê-las através da interpretação dentro da tradição.

Em resumo, a hermenêutica busca fazer a relação da parte com o todo, avaliar os preconceitos, buscar o "acordo na coisa". Por isso, a fenomenologia-hermenêutica é uma das mais importantes abordagens da pesquisa, pois o conhecimento é dependente da compreensão subjetiva ou intersubjetiva dos fenômenos em suas diversas manifestações e contextos. E somente o sujeito pode compreender o fenômeno através do contexto histórico no qual ocorre.

Assim, a compreensão implica em o sujeito, com suas pré-compreensões, estabelecer um novo horizonte no presente, ou seja, dar um novo sentido, uma nova forma de ser em si mesmo.



## Referências bibliográficas

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos.* Trad. Ernildo Stein. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Ser e tempo*. Trad. Benedito Nunes. Coleção Passo a Passo. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. Coleção Os Pensadores. Abril Cultural. São Paulo, 1980.

_____. *Meditações cartesianas — Introdução à fenomenologia*. Madras Editora. São Paulo, 2001.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude? Estrutura e movimento da interpretação heideggeriana.* Rio Grande do Sul: Ed. Unijui, 2001.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipurcs, 2000.

[15] HEIDEGGER, 1996, p. 207

[16] Wilhelm Dilthey foi um filósofo hermenêutico, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão. Seus conceitos se originam da tradição literária e filosófica da Alemanha.

# A evolução da arrecadação de *royalties* do petróleo e seu impacto sobre o desenvolvimento econômico no município de Miguel Pereira/RJ

**Roberta Silva Ramires**[1]
**Geovani Nunes Dornelas**[2]

**Resumo**

O presente artigo tem por finalidade apresentar algumas considerações sobre a relevância dos *royalties* do petróleo e sua participação no orçamento do município de Miguel Pereira que obteve, através dos *royalties*, recursos que proporcionaram uma melhor qualidade de vida à população. Objetiva-se, ainda, demonstrar todos os melhoramentos que puderam ser realizados com a incrementação desta receita no orçamento, possibilitando acesso a bens e serviços à população deste município. Conclusivamente, reitera-se a importância efetiva dos *royalties* na receita do município de Miguel Pereira.

**Palavras-chave**: *Royalty*. Incremento. Receita. Agência Nacional de Petróleo. Investimentos.

**Abstract**

This article aims to present some considerations about the relevance of the royalties from oil and its contribution to the budget of the municipality of Miguel Pereira who obtained, through royalties, features that allow for a better quality of life for the population. It aims to also show all the improvements that might be undertaken with the increment of revenue in the budget, allowing access to goods and services to the population of this county. Conclusively, reiterates the importance of effective royalty revenue in the municipality of Miguel Pereira.

**Keywords**: Royalty. Increment. Recipe. National Petroleum Agency. Investments.

## Introdução

A evolução histórica de Miguel Pereira acha-se ligada à de Vassouras e Paty do Alferes e à expansão da cultura cafeeira no vale fluminense do Rio Paraíba do Sul. Inicialmente conhecida como "Barreiro" e, depois, "Estiva", a ocupação da área de Miguel Pereira teve origem nas primeiras explorações que visavam transpor a Serra do Mar, com a abertura do Caminho Novo do Tinguá por Garcia Rodrigues Paes. Os tropeiros que subiam o Rio das Mortes, em direção à Sacra Família do Tinguá, fixaram ponto de passagem em pequena várzea.

[1] Universidade Severino Sombra (Bacharel em Administração de Empresas).
[2] Mestre em Modelagem Matemática e Estatística Aplicada – Docente na Fundação Educacional Dom André Arcoverde, Centro Universitário Geraldo Di Biasi e Faculdade de Educação Tecnológica do Estado do Rio de Janeiro.

As lavouras de café expandiram-se por todo o território da vila, constituindo-se em fator de progresso e acentuada dinamização da economia local. Esse surto de desenvolvimento motivou a criação da freguesia de Nossa Senhora de Vassouras, em 1837, tendo como sede a Vila de Vassouras que, em 1857, foi transformada em cidade e sede do município.

Mesmo fazendo parte do município de Vassouras e sofrendo com o declínio econômico em face da libertação dos escravos, a região recebe alguns benefícios e o desenvolvimento urbano é impulsionado no início do século XX quando foi aberto ramal auxiliar da Estrada de Ferro Leopoldina que, partindo de Japeri, na Baixada Fluminense, atingia o Rio Paraíba, em Paraíba do Sul. O eixo ferroviário estimularia o nascimento de povoações que, em sua maioria, abrigavam os próprios trabalhadores da ferrovia. Este é o caso de Governador Portela, onde parte das áreas urbanas eram de propriedade da Rede Ferroviária Federal (RFFSA), subsistindo toda uma vila residencial destinada aos ferroviários. Quando da criação da linha auxiliar, Governador Portela era o ponto de entroncamento de um ramal secundário, hoje extinto, que se dirigia à Sacra Família do Tinguá, Vassouras e Valença. Esta característica é responsável pelo desenvolvimento da sede distrital que ocorreria no local, agora chamada de "Estiva" e, atualmente, Miguel Pereira.

A urbanização das áreas adjacentes à estação de "Estiva" teria lugar a partir da década de 1930, quando as qualidades do clima da região foram propagadas pelo médico Miguel Pereira, que, mais tarde, daria seu nome à cidade. Desde então, a ocupação urbana teria como vetor principal o turismo de veraneio, que atraía e ainda atrai a população da Região Metropolitana do Estado.



O acesso original pela ferrovia seria substituído na década de 50 por uma rodovia, cuja pavimentação posterior representou grande estímulo ao desenvolvimento urbano e turístico da área. Segundo a divisão administrativa de 1943, o município de Vassouras era formado por 11 distritos, dentre os quais os de Miguel Pereira e Governador Portela. Em 1955, tais distritos foram desmembrados de Vassouras, a fim de formar o município de Miguel Pereira, que assim conquista emancipação, por força da Lei nº 2.626, de 25 de outubro daquele ano, e é instalado em 26 de julho de 1956.

O presente artigo focaliza um breve histórico da arrecadação de *royalties*, pretendendo aqui enfatizar, especificamente, sobre sua importância na receita orçamentária para o desenvolvimento do município de Miguel Pereira.

De acordo com o censo de 2000, Miguel Pereira tinha uma população de 23.902. Sua população estimada em 2006 é de 28.195 pessoas.

## Repasse dos *royalties* para os municípos

Os *royalties* constituem-se em uma das formas mais antigas de pagamento de direitos sobre atividades econômicas. A palavra *royalty* vem do inglês "*royal*", que significa "da realeza" ou "relativo ao rei" e refere-se ao fluxo de pagamentos ao proprietário de um ativo não renovável que o cede para ser explorado, usado ou comercializado por terceiros (LEAL e SERRA, 2003).

Os *royalties* do petróleo são compensações financeiras pagas aos estados e municípios brasileiros, ao Comando da Marinha e ao Ministério da Ciência e Tecnologia pelos concessionários das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. Ao se introduzir a dimensão de escassez do petróleo e do gás, os *royalties* podem ser encarados como uma forma de apropriação pela sociedade de parcela da renda gerada pela exploração e produção desses recursos não renováveis. A partir da Lei nº 9478/97 verificou-se um extraordinário crescimento nas receitas de *royalties* e participações especiais resultantes de compensações financeiras, devidas pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural.

O pagamento de *royalties* sobre o petróleo foi estabelecido pela Lei nº. 2.004, de 03 de outubro de 1953, lei que criou a Petrobrás. Em agosto de 1998, por meio da Lei nº 9478/97, a metodologia utilizada para o cálculo dos *royalties* foi modificada. A partir daí, o pagamento dos *royalties*, que era até então feito diretamente aos beneficiários, passou a ser efetuado junto à Secretaria do Tesouro Nacional, que o repassa aos beneficiários através do Banco do Brasil.

Os *royalties* do petróleo são calculados mensalmente para cada campo produtor (área produtora de petróleo e/ou de gás natural a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório), através da aplicação da alíquota sobre o valor da produção do petróleo e de gás natural. O valor da produção, por sua vez, é obtido multiplicando-se o volume de petróleo produzido durante o mês pelo preço de referência relativo a esse mês – informação extraída no manual da Agência Nacional do Petróleo (ANP) de 2001.



Desde a mudança do regime de cobrança dos *royalties*, os montantes arrecadados produziram significativos impactos nas receitas orçamentárias dos municípios, de tal modo que os aumentos dos preços internacionais do petróleo traduzem-se em impactos positivos para o setor público.

Tendo em vista um novo cenário, o artigo tem por objetivo demonstrar o estudo sobre o impacto destes recursos nas receitas do município de Miguel Pereira, região no Estado do Rio de Janeiro e de que maneira estão contribuindo para o desenvolvimento econômico local.

Hoje o Estado do Rio de Janeiro e seus municípios foram beneficiados por fazer fronteira com a Bacia de Campos, por serem os maiores beneficiados com os *royalties,* já que o estado é o maior produtor de petróleo do país e possui as maiores reservas nacionais do produto.

No Brasil, os *royalties* do petróleo são interpretados como uma compensação no campo financeiro devido ao Estado pelas empresas que exploram e produzem petróleo e gás natural. Funcionam ainda como remuneração à sociedade pela exploração destes recursos, que são escassos e nãorenováveis.

Rememorando: os *royalties* são calculados mensalmente para cada campo produtor mediante a aplicação da alíquota sobre o valor da produção de petróleo

e de gás natural. O valor da produção é obtido multiplicando-se os volumes de petróleo e de gás natural produzidos no campo durante o mês, pelos preços de referência relativos àquele mês.

Assim:

*Royalties* = (alíquota) X (valor da produção).

*Valor da produção* = V (período) X PR (petróleo) + V (gás natural) X PR (gás natural)

Onde:

***Royalty*** é o valor dos *royalties* decorrentes da produção do campo no mês, em R$;

***Alíquota* é o percentual** que pode variar de um mínimo de 5% a um máximo de 10%;

***V (petróleo)*** é o volume da produção de petróleo do campo no mês, em $m^3$;

***V (gás natural)*** é o volume da produção de gás natural do campo no mês, em $m^3$;

***PR (petróleo)*** é o preço de referência do petróleo produzido no campo no mês, em $R$/m^3$;

***PR (gás natural)*** é o preço de referência do petróleo produzido no campo no mês, em $R$/m^3$.

A Agência Nacional de Petróleo (ANP) envia ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) as coordenadas geográficas, latitude e longitude, de um campo com a localização dos poços produtores e dos dutos. Os critérios de definição dos estados e municípios que abrigam os campos são estabelecidos pelo método das linhas ortogonais e paralelos definidos pelo IBGE por meio do Decreto n° 93.189/86.

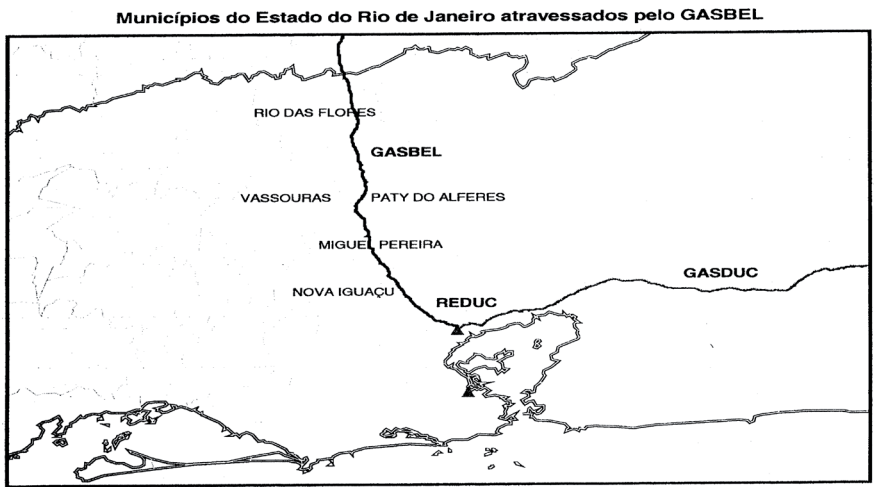


O Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) torna então públicos os coeficientes individuais de participação dos municípios, a partir das relações elaboradas pelo IBGE nos termos do art. 7º do Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1986, e daquelas elaboradas pela Petrobrás, referentes aos municípios onde se localizarem instalações de embarque ou desembarque de petróleo ou gás natural, operados pela mesma.

A empresa IV'INS prestadora de serviço fez um estudo que constatou que o território do município de Miguel Pereira é atravessado pelo gasoduto denominado GASBEL, operado pela Petrobrás (Transpetro S.A.), o qual está servindo exclusivamente como escoamento da produção petrolífera marítima proveniente da Bacia de Campos.

Os municípios e distritos cortados pelo gasoduto GASBEL, no trecho localizado entre a refinaria de Duque de Caxias/RJ (REDUC) e a fronteira do município de Rio das Flores/RJ com o Estado de Minas Gerais são: Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Miguel Pereira, Paty do Alferes, Vassouras e Rio das Flores, conforme ilustrado na figura 1.

**Figura 1 - Municípios e Distritos do Estado do Rio de Janeiro cortados pelo gasoduto GASBEL**




Fonte: ANAP-2008

Com base nesta informação e amparo da Lei nº 9.478/97 e Decreto nº 01/91, a empresa IV'INS apresentou sua proposta de serviços de assessoria à Prefeitura de Miguel Pereira, informando ainda que era a única empresa a realizar esse tipo de serviço.



Depois de vários estudos e pesquisas sobre o serviço ora apresentado, a Prefeitura achou por bem contratar seus serviços, pois constatou-se, através de estudos apresentados, os benefícios que esse recurso traria para a incrementação da receita. Sendo assim, a empresa IV'INS pleiteou junto à Agência Nacional do Petróleo (ANP) o enquadramento do município à Zona de Produção Secundária do Estado do Rio de Janeiro.

Antes deste estudo realizado e da contratação, Miguel Pereira pertencia à Zona de Produção Limítrofe, com coeficiente populacional (IBGE) de 0,4075%. Após assinatura do contrato com a empresa IV'INS, em dezembro de 2006, o município passou então a pertencer à Zona de Produção Secundária, com o coeficiente de rateio populacional (IBGE) de 0,8874% e, por fim, o índice atual é de 1,0277%, em virtude de seu enquadramento na Zona de Produção Principal.

O coeficiente de relato populacional do Município de Miguel Pereira passou de 0,8874% para 1,0277% em virtude do enquadramento do Município de Duque de Caxias na Zona de Produção Principal do Rio de Janeiro.

O município conseguiu obter êxito mediante a assinatura do contrato com IV'INS Modernização Empresarial S/C Ltda., e até o mês de julho de 2007, já havia recuperado o valor de R$ 2.488.332,00, objetivando recuperar ainda R$ 7.650.000,00.

O Quadro 1 demonstra como são realizados os cálculos.

## Quadro1 - Cálculo dos *royalties*

| Cálculo dos *Royalties* pelo Enquadramento Atual - Zona Secundária | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Município | Estado | Parcela de 5% do Estado do RJ (=30% aos Municípios) | Coeficiente Populacional (IBGE) | Parcela de 5% do Município de Miguel Pereira |
| Miguel Pereira | RJ | R$ 74.058.453,26 | 0,4075% | R$ 301.805,00 |
| Município | Estado | Parcela de 5% do Estado do RJ (=30% aos Municípios) | Coeficiente Populacional (IBGE) | Parcela de 5% do Município de Miguel Pereira |
| Miguel Pereira | RJ | R$ 74.058.453,26 | 1,0277% | R$ 761.805,60 |



Fonte: Empresa IV'INS -2007

O indicador para o custeio *per capita* em 2007:

– Antes do incremento:

Receita antes do incremento dos *royalties* = R$ 24.817.766,81 = R$ 912,59/HAB

População do município 27.195.

– Após incremento:

Receita após incremento dos *royalties* = R$ 45.241.688,75 = R$ 1.663,60/HAB

População do município 27.195.

Este indicador objetiva demonstrar, em tese, a relevância dos *royalties* para a composição da receita do município.

O PIB *per capita* é um outro indicador relevante no recebimento dos recursos dos *royalties*.

Assim, o PIB tem influência relevante no enquadramento do município à Zona de Produção que pertencerá.

O Quadro 2 demonstra o crescimento dos recursos no período compreendido entre 2003 e 2008.

**Quadro 2 - Crescimento de recursos gerados através da arrecadação dos *Royalties* no período de 2003 a 2008.**

| ACOMPANHAMENTO DOS ROYALTIES DO PERÍODO DE 2003 A 2008 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **MÊS** | **2003** | **2004** | **2005** | **2006** | **2007** | **2008** |
| **JAN** | 22.275,39 | 28.259,22 | 32.218,66 | 40.119,10 | 1.347.874,11 | 689.333,13 |
| **FEV** | 25.600,19 | 25.003,90 | 29.137,49 | 41.970,56 | 1.126.440,25 | 757.255,06 |
| **MAR** | 32.888,48 | 25.483,94 | 32.163,37 | 724.187,86 | 1.020.600,32 | 757.317,64 |
| **ABR** | 31.922,60 | 23.273,99 | 28.100,79 | 558.867,04 | 979.508,70 | 711.511,34 |
| **MAI** | 26.357,28 | 28.104,84 | 39.844,65 | 695.725,76 | 1.076.638,53 | 481.196,20 |
| **JUN** | 22.831,79 | 25.777,27 | 39.589,47 | 741.954,62 | 1.265.320,07 | 512058,06 |
| **JUL** | 22.831,79 | 30.550,61 | 38.977,39 | 716.254,17 | 1.017.008,56 | 576593,81 |
| **AGO** | 21.596,70 | 29.373,55 | 39.156,26 | 598.816,48 | 1.094.092,73 | 593.681,11 |
| **SET** | 25.576,94 | 31.442,83 | 43.038,78 | 69.858,01 | 1.475.700,54 | 649.013,03 |
| **OUT** | 27.976,04 | 34.096,66 | 45.933,45 | 519.382,97 | 338.535,72 | 599.008,96 |
| **NOV** | 23.401,99 | 34.369,66 | 44.888,14 | 550.836,39 | 2.496.190,16 | 563.180,90 |
| **DEZ** | 18.836,25 | 39.672,93 | 42.760,36 | 1.347.776,14 | 660.446,39 | 492.082,43 |
| **TOTAL** | **302.095,44** | **355.409,40** | **455.808,81** | **7.234.471,19** | **13.898.356,08** | **7.382.232,67** |

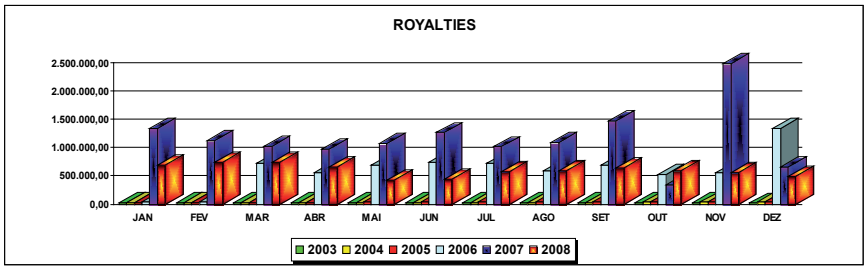
Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira -2008



O gráfico 1 ilustra os resultados do recebimento dos recursos do exercício de 2003 até 2008**.**

Verifica-se que, em novembro de 2007, a transferência do recurso foi a de maior resultado**.**

**Gráfico 1 - Recebimento de recursos dos *Royalties* no período de 2003 a 2008.**




Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira-2008

Foi possível projetar o orçamento anual, ou seja, a Lei Orçamentária Anual (LDO), de acordo com as projeções feitas no Quadro 3.

**Quadro 3 - Projeção dos royalties no período de 2008 a 2011**

| Projeção dos *royalties* no período de 2008 a 2011 | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | **2008** | **2009** | **2010** | **2011** |
| **VALOR** | 13.201.393,69 | 13.794.969,60 | 14.367.460,85 | 14.985.261,62 |

Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira-2008

Para o cálculo dos *royalties,* utilizou-se um método incremental tendo por base as variações dessa receita nos últimos cinco anos, além de uma previsão inflacionária anual variando de 4% a 5% e um crescimento do PIB variando entre 4% a 4,11%, indicadores estes provisionados pelos órgãos de estudos econômicos do Governo Federal. Ressalte-se que a receita projetada é uma das de maior peso para a formação da receita do município.

## Metodologia

A metodologia consiste em comparar os efeitos da distribuição de *royalties* antes e depois da mudança do desenquadramento do Município de Miguel Pereira/RJ.



As informações para análise serão disponibilizadas junto à Secretaria de Fazenda de Miguel de Pereira/RJ. Para a realização desse trabalho realizaremos cálculos do método de incremento, tendo como base a arrecadação dos últimos cinco anos do município em relação à distribuição dos royalties, possibilitando realizar um levantamento relativo aos *royalties* e participações especiais, bem como informações socioeconômicas do município beneficiado pelo aumento das indenizações petrolíferas.

## Resultados

Após toda análise e estudos realizados, foi possível verificar a evolução do município com os recursos obtidos e investidos. Antes do incremento dos *royalties* do petróleo, o município tinha grande dificuldade em arcar com os compromissos assumidos pelo prefeito durante o período de sua campanha eleitoral. Empossado em 1º de janeiro de 2005 encontrou, então, uma prefeitura com uma dívida elevada que acarretou na impossibilidade do crescimento da cidade.

O município é importante propulsor da economia, visto que lhe cabe promover o desenvolvimento local e o fomento econômico. A responsabilidade com o bem público é atingir a eficiência preconizada na Constituição, o que significa servir à população, atendendo às

necessidades e contribuindo para a melhoria da qualidade de vida em todos os sentidos: saúde, cultura, lazer, educação e assistência social e segurança.

A arrecadação do Município de Miguel Pereira atingiu:

No exercício de 2005, antes da mudança do enquadramento dos *royalties* do petróleo, o orçamento foi fixado em R$ 24.817.766,81. No exercício de 2006, a receita orçamentária atingiu um montante de R$ 34.916.793,05, um crescimento de 40,62% com a incorporação dos *royalties* ao orçamento do município.

Este valor vem crescendo ano após ano: no exercício de 2007, o município já recebeu R$ 49.631.262,82. Como podemos verificar, houve uma evolução orçamentária no primeiro momento de 42,1415% e, no exercício de 2008, arrecadou-se o valor de R$ 43.991.817,64 com um pequeno declínio de 11,3627%. Os *royalties* do petróleo permitiram à Prefeitura de Miguel Pereira incrementar a receita de suas secretarias.

Os recursos advindos dos *royalties* do petróleo ajudaram ao município de Miguel Pereira a realizar uma série de ações que vão determinar, a curto e médio prazo, benefícios significativos para a vida do município em termos socioeconômicos, tais como:

A retirada da área chamada "lixão" no município, exatamente na entrada da cidade (subida da Serra), causando péssima impressão aos visitantes e prejudicando os moradores, que são obrigados a conviver com o desagradável "amontoado de lixo" que, dentre outros prejuízos, libera gases de todos os tipos de resíduos. Para isso foi adquirida uma área de 117.000m² para implantação e operação do aterro sanitário municipal; que porá fim a um problema que assola o município há 25 anos; aquisição da última área nobre existente no centro da cidade onde será realizado um projeto de urbanização com a construção de um Centro Cultural, bem como áreas verdes destinadas ao lazer, além da abertura de uma rua, recurso fundamental para melhores condições de trânsito nesta região; realização de programas de melhoramentos no sistema de saneamento básico.



As suas receitas foram importantes para alocar recursos nas contrapartidas, de diversos convênios da União para atender aos seguintes programas: abertura e recuperação de estradas vicinais; renovação da frota operacional; recuperação de equipamentos; programas de Assistência Social aos jovens e adultos; pavimentação em diversos logradouros públicos e melhoria no sistema de saneamento básico, conforme mostrado no Quadro 4 e no Gráfico 2.

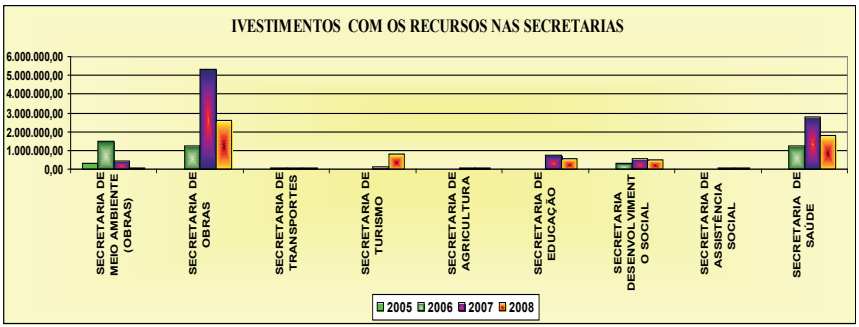
## Quadro 4 - Distribuição do investimento dos *Royalties*.

| Investimentos que só foram possíveis incrementar com os recursos dos *royalties* | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | **2005** | **2006** | **2007** | **2008** |
| **Secretaria de Meio Ambiente (obras)*** | 318.787,65 | 1.494.397,79 | 421.420,00 | 73.674,56 |
| **Secretaria de Obras** | 0,00 | 1.242.997,99 | 5.331.015,11 | 2.598.718,98 |
| **Secretaria de Transportes** | 0,00 | 36.037,14 | 45.210,77 | 40.658,10 |
| **Secretaria de Turismo** | 0,00 | 0,00 | 127.584,83 | 832.249,61 |
| **Secretaria de Agricultura** | 0,00 | 20.729,25 | 45.645,29 | 39.100,00 |
| **Secretaria de Educação** | 0,00 | 0,00 | 770.786,95 | 526.952,85 |
| **Secretaria de Desenvolvimento Social** | 0,00 | 290.380,06 | 537.941,89 | 502.656,88 |
| **Secretaria de Assistência Social** | 0,00 | 3.000,00 | 47.000,00 | 36.000,00 |
| **Secretaria de Saúde** | 0,00 | 1.238.785,16 | 2.808.927,69 | 1.793.458,18 |
| **Total** | **318.787,65** | **4.326.327,39** | **10.135.532,53** | **6.443.469,16** |

Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira-2008

## Gráfico 2 - Recursos investidos nas secretarias da Prefeitura de Miguel Pereira.






Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira-2008

Outro fato importante foi o súbito crescimento destas receitas em um curto espaço de tempo entre 2005 e 2008.

No que se refere à aplicação dos recursos dos *royalties*, a única restrição é a de que os seus *recursos* não sejam utilizados em pagamento de pessoal e quitação de dívidas, salvo àquelas realizadas com a União. Atualmente, cabe ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro a indispensável tarefa de fiscalização da arrecadação e destino deste dinheiro, visto que as proibições legais para o uso destes recursos não são suficientemente especificadas.

A Secretaria de Meio Ambiente, anteriormente, estava alocada junto com a Secretaria de Obras.

Devido à importância que o meio ambiente requer atualmente, o Chefe do Poder Executivo achou por bem individualizar, criando a Secretaria do Meio Ambiente em junho de 2006.

Os resultados obtidos mostraram que o crescimento dos *royalties* beneficiou o orçamento municipal, possibilitando ampliar os gastos em saúde, assistência social, desenvolvimento social, educação, e, portanto, melhorar as condições de vida da população. E foi verificado investimento na direção da diversificação produtiva, fundamental para um desenvolvimento sustentável no município.

## Considerações finais

As tabelas ora apresentadas possibilitaram evidenciar os efeitos positivos na receita orçamentária do Município de Miguel Pereira decorrente da mudança de desenquadramento.

Através de números conclui-se que os *royalties* e participações especiais estão possibilitando maiores investimentos na infraestrutura da cidade, da mesma forma que estão sendo utilizados para fornecer, ao Governo Municipal, recursos necessários para suprir a incessante demanda por serviços públicos.

A arrecadação dos recursos provenientes dos *royalties* e os originários das receitas tributárias (receitas próprias) veio enfatizar que o prefeito vislumbrou que poderia incrementar as receitas municipais.

Os *royalties*, de maneira direta ou indireta, promoveram o aumento do nível de investimentos e vêm contribuindo para um ajuste das contas públicas, pois passaram a complementar gastos sociais, juntamente com outros recursos, que são importantes para a melhoria na qualidade de oferta dos serviços na área social, especialmente para educação e cultura. Assim, pode-se afirmar que os recursos dos *royalties* contribuíram para promover o desenvolvimento socioeconômico de Miguel Pereira.



Cabe ressaltar que a diversificação produtiva é um dos objetivos implícitos da distribuição de *royalties*, uma vez que estes são baseados num recurso não renovável. Torna-se, assim, necessário o planejamento de alternativas de fortalecimento e diversificação produtiva da região.

É fato que a movimentação financeira gerada pelo setor petrolífero resulta, através dos *royalties*, em crescimento econômico e, consequentemente, em desenvolvimento para o município. Entretanto, sendo as atividades produtivas deste setor autolimitadas em virtude de o petróleo e seus derivados terem como característica a finitude, evidencia-se como grande desafio a transformação de um recurso esgotável em benefícios duradouros à população.

Numa perspectiva preventiva, torna-se necessária à conversão dos *royalties* em investimentos que funcionem como alternativas econômicas sustentáveis para o município nas próximas décadas. Para tanto, a responsabilidade não deve ser considerada exclusiva dos órgãos oficiais e sim compartilhada por todos os setores da sociedade. O Poder Público faz parte de uma engrenagem

econômica que precisa ser articulada, neste caso, pela Prefeitura, sociedade e setor privado, na qual cada um exercerá sua função neste processo. À Prefeitura cabe garantir planejamento adequado e diretrizes claras em resposta às demandas da população e, desta forma, inserir o setor privado no processo futuro de autosustentabilidade.

A construção de uma sociedade cujo desenvolvimento esteja aliado à sustentabilidade, certamente, fará com que o impacto da interrupção do subsídio dos *royalties*, por efeito do esgotamento dos recursos petrolíferos, acarrete no menor prejuízo a curto, médio e longo prazo, à comunidade.

Em outras palavras, serão necessárias ações concretas para a promoção de um projeto de sustentabilidade e de diversificação da base produtiva local, de modo a prevenir os declínios econômicos decorrentes da exaustão das reservas de hidrocarbonetos. Considerando-se o fato de que estas receitas são finitas, visto que o petróleo é um recurso natural esgotável, daí eleva-se a importância e a necessidade de uma eficiente aplicação presente dos recursos.

Cabe assim planejar o futuro da cidade, incorporando os setores sociais, econômicos e políticos que a compõem, o que significa compatibilizar as variadas dimensões dos desenvolvimentos econômico, social, institucional, político e ambiental de forma a construir um compromisso entre cidadãos e governos na direção de um projeto que inclua todos.



A crise econômica que o mundo atravessa devido à bolha financeira realizada no país considerado de primeiro mundo, os Estados Unidos da América, e com o desenquadramento da Zona de Produção Secundária do Estado do Rio de Janeiro, em consequência de uma Ação Ordinária movida pelos municípios de Conceição de Macacu, Duque de Caxias, Guapimirim, Silva Jardim e Magé, os quais julgaram ilegal a inclusão do município na Zona de Produção Secundária, onde lograram êxito em seus intentos.

Por isso, estamos amargando há mais de 12 meses um decréscimo em nossas receitas conforme o Quadro 5:

## Quadro 5 - Decréscimo da receita do Município de Miguel Pereira

| Ano / Rúbrica | Valor | *Royalties* |
|---|---|---|
| **2005** | 455.808,81 | 28,25% |
| **2006** | 7.234.471,19 | 1487,17% |
| **2007** | 13.898.356,08 | 92,11% |
| **2008** | 7.382.231,62 | -46,88% |

Fonte: Prefeitura Municipal de Miguel Pereira-2008

Os recursos dos *royalties* do petróleo até o dia 31 de dezembro de 2008 montam um valor de R$ 7.382.231,67. Este saldo em 31 de dezembro de 2007, era de R$ 13.898.356,08 é essa alarmante diferença tende a se agravar.

Por tudo acima relatado e evidenciado em nosso quadro, a perda efetivamente realizada não nos afetou com grande intensidade, pois tínhamos um planejamento que nos permitiu arcar com os compromissos assumidos.

Isto se deu devido a uma estrutura onde foi primordial a nossa confecção tanto da LDO e a LOA, bem como a elaboração da memória de cálculo que serviu de estudo para projeção da receita, onde está estabelecido na Lei do Orçamento que estipula contingenciamento das despesas para adequar as suas receitas, conforme estabelece a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Volto a afirmar, que sem um planejamento adequado, hoje estaríamos sofrendo com a redução da receita.

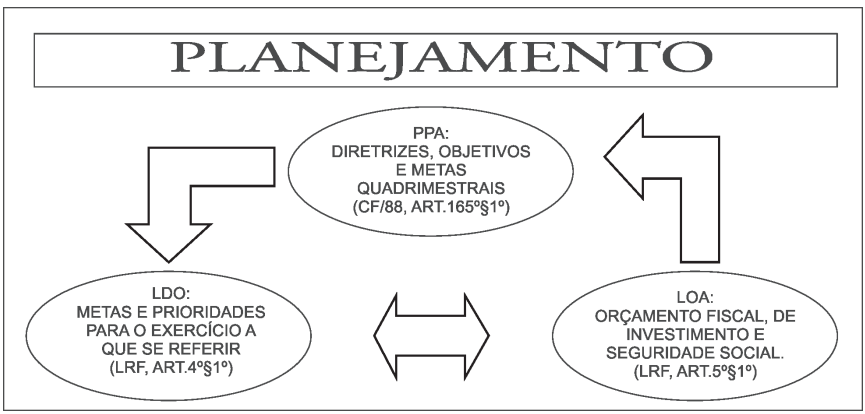
Um bom planejamento é necessário para que o município defina de forma clara o futuro desejado ou aonde se quer chegar (o "norte estratégico"), como fazer para chegar lá ("os caminhos") e, por fim, com que recursos se pode contar ("o ambiente").

As gestões do sistema de planejamento público são: PPA, LDO e a LOA, que são imprescindíveis para planejamento governamental.

E primordial não deixar de cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), cujos eixos principais são: planejamento, transparência, controle e responsabilidade, conforme ilustrado na Figura 2.

**Figura 2 - Eixos principais da Lei da Responsabilidade Fiscal**






Fonte: ANDRADE, N. A. Contabilidade Pública na Gestão Municipal - Novos métodos após a LC nº101/00 e as classificações contábeis advindas da SOF e STN.

Como já exarado anteriormente, volto a afirmar que estamos a todo vapor nos programas sociais, de saúde, educação e meio ambiente.

O prefeito, de forma a suprir a perda do recurso dos *royalties*, começou a buscar meios de fomentar a receita.

Regulamentou a Lei Geral da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte. Essa lei foi fundamental, pois possibilitou diminuir a informalidade e, com isso, aumentou nossa receita.

O município de Miguel Pereira foi o primeiro município do Estado do Rio de Janeiro a regulamentar a Lei, atitude que lhe deu o prêmio "Prefeito Empreendedor de 2009", concedido pelo SEBRAE.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, N. A. *Contabilidade Pública na Gestão Municipal* - Novos Métodos após a LC nº101/00 e as Classificações Contábeis Advindas da SOF e STN.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo e do Gás Natural 2006*. Rio de Janeiro: ANP, 2006.

*Decreto nº 01, de 11 de janeiro de 1991*. Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

*Decreto nº 93.189,29 de agosto de 1986*. Regulamenta a Lei nº 7.525, de julho de 1996, que dispõe sobre a indenização a ser paga.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

JR. TOLEDO, FLÁVIO C. e ROSSI. C. SÉRGIO. *A Lei nº 4.320 no Contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal*.

LEAL, J. A.; SERRA, R. *Uma investigação sobre os critérios de repartição dos royalties*.

PIQUET, R. Petrolíferos. In: *Petróleo, royalties e região*. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

*Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo do Petróleo.

*Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953*. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo, define atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e institui a Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro S. A.

Prefeitura Municipal de Miguel Pereira. *Prestação de Contas Simplificada, exercício de 2008*. Rio de Janeiro.

TCE-RJ. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. *Estudos socioeconômicos 2005*. Rio de Janeiro: TCE-RJ, 2006.

# A dignidade da pessoa humana no direito comparado e na Constituição Federal de 1988

**Rafael Henrique de Oliveira Liguori**[1]

**Resumo**

Neste estudo abordou-se o princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque do discurso transnacional e como este foi sendo, gradativamente, dentro de uma cronologia adequada, positivado no direito comparado, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, seja de forma implícita ou expressa, em seus textos constitucionais. Além disso, realizou-se a abordagem de diversos julgados de cortes constitucionais estrangeiras, que contribuíram, com toda certeza, para o fortalecimento e a concretização da ideia de dignidade da pessoa humana até chegarmos ao seu estabelecimento como princípio fundamental da nação brasileira, na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direito comparado. Constituição Federal.

**Abstract**

In this study we dealt with the Principle of Human Dignity under the transnational focus of discourse and how it was gradually, within an appropriate timeline, positivism in comparative law, especially after World War II, either express or implied, in their constitutions. In addition, there was the approach of several justices of the Constitutional Courts abroad, which contributed, certainly, for the strengthening and implementation of the idea of human dignity, until we get to its establishment as a fundamental principle of the Brazilian nation, the Constitution of 1988.

**Keywords:** Dignity of the Person. Comparative Law. Constitution.

## Introdução

O presente artigo tem por finalidade apresentar de maneira singela e objetiva a crescente positivação do princípio da dignidade da pessoa humana no direito comparado, seja de forma implícita ou expressa, nos textos constitucionais.

Para tanto, foi realizada uma minuciosa busca, em diversas cartas constitucionais, a fim de ratificar a consagração do mencionado princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como a abordagem de diversos julgados de cortes constitucionais estrangeiras, com o fim precípuo de apontar e ilustrar o quanto a produção jurisprudencial é importante e como esta veio a contribuir para o fortalecimento e concretização da ideia de dignidade da pessoa humana.

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença; pesquisador do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

# A dignidade da pessoa humana no direito comparado e na Constituição Federal de 1988

Percebemos que a noção de dignidade da pessoa humana começa realmente a ganhar força normativa a partir do século XX e somente no final da segunda década deste é que a referida noção começa a fazer parte de alguns documentos jurídicos. Podemos citar como exemplos as constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919),[2] a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6, nº 3) e a Constituição da Irlanda de 1937 (Preâmbulo).[3] Porém, somente no segundo pós-guerra, diante das diversas barbáries cometidas pelos regimes totalitários, em especial pelos nazistas, viu-se a necessidade da positivação deste tema nos textos constitucionais.

Nesse contexto, percebe-se que os países da Europa Ocidental, cenário principal do teatro de operações da Segunda Guerra Mundial, principalmente após a consagração do tema pela Declaração Universal da ONU de 1948, começam a inserir em seus textos constitucionais a concepção de dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, em termos práticos e seguindo uma cronologia dos acontecimentos, temos, num primeiro instante, a Constituição da Itália de 1947, que se consolidou como fundamento da democracia italiana, num momento de fundamental importância para a nação, pois há pouco mais de dois anos acabara de sair de um regime totalitário e de uma guerra devastadora, acompanhando o que se pode dizer de um renascimento daquele país. A Carta Constitucional italiana inseriu a dignidade da pessoa humana nos seus princípios fundamentais, dispondo em seu artigo 3º[4] que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais".[5]



Seguindo o desenvolvimento, em 1949, temos a promulgação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, momento ímpar no curso histórico do desenvolvimento do tema da dignidade humana, pois aquela que

[2] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em: 01 de agosto de 2011. Sobre o tema, também aponta SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 76, que o art. 151, inciso I, da Constituição de Weimar, dispunha que "o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência digna".

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 76.

[4] Conforme a versão em italiano: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, direligione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali". Disponível em: <http://www.comune.fi.it/costituzione/italiano.pdf > Acesso em 19 de julho de 2011.

[5] Constituição da República Italiana em português. Disponível em: < http://www.província.milano.it/export/sites/default/ diritticittadini/documenti/portoghese.pdf >. Acesso em 19 de julho de 2011.

havia sido a "cabeça pensante" das potências do eixo na Segunda Guerra, pouco tempo depois, viria a inserir o tema em seu texto constitucional, com "*status*" de direito fundamental, em seu artigo 1º, intitulado: "Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais", estabelecendo que:

> **(1)** A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público;
>
> **(2)** O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.[6]

Ainda sobre a Constituição Alemã, Konrad Hesse[7] aponta que "o artigo de entrada da Lei fundamental normatiza o princípio supremo, absoluto e, na maneira da sua realização indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade humana e a obrigação do poder estatal de respeitá-la e protegê-la".

A Constituição Francesa de 1958 não faz menção expressamente em seu texto ao princípio da dignidade da pessoa humana, porém, o mesmo encontra-se implícito, tendo em vista a tradição francesa na proteção dos direitos individuais, desde a emblemática Declaração de 1789, que ainda hoje faz parte da Constituição Francesa[8], encontrando assim, sua sustentação na democracia e nos ideais de liberdade e fraternidade. Além disso, o referido tema foi assunto de interesse do Conselho Constitucional Francês, que em sede de hermenêutica, em conhecida decisão (nº 94-343/344 DC) de 27 de julho de 1994, declarou a constitucionalidade de uma legislação que tratava sobre o respeito ao corpo humano, reconhecendo "que a proteção da dignidade da pessoa humana contra toda e qualquer forma de degradação é um princípio de valor constitucional", conferindo-lhe caráter de princípio implícito.[9]



Temos também a Constituição Portuguesa, promulgada em 1976, momento histórico que marcou a restituição ao povo de seus direitos e liberdades fundamentais, pois aquela nação há pouco tempo havia se libertado de um longo período ditatorial. Assim, dentre seus princípios fundamentais, em seu artigo 1º, fala que "Portugal é

---

[6] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Gundgesetz*) em português. Disponível em: < http://www.brasil. diplo.de/contentblob/3160404/Daten >. Acesso em 19 de julho de 2011.

[7] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha,* 1998, p. 109-10 (apud BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 131).

[8] Conforme aponta a Constituição Francesa, em seu Preâmbulo: "o povo francês proclama solenemente a sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional, tal como foram definidos pela Declaração de 1789", Versão em português. Disponível em: < http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc >. Acesso em 20 de julho de 2011.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.

uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".[10]

Na Espanha, a Constituição de 1978 em seu Título I, intitulado: "Dos Direitos e Deveres Fundamentais", em seu artigo 10.1[11], estabelece que "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social".[12]

A Constituição dos Estados Unidos, do mesmo modo que a francesa, também não apresenta qualquer menção expressa referente à dignidade humana em seu texto, porém, a Suprema Corte Americana vem, constantemente, em sua jurisprudência, invocando sua força jurídica e argumentativa em diversas decisões de grande importância.[13]

No Brasil, tivemos o tema positivado de forma expressa[14] somente na Constituição Federal de 1988, no Título I, em seu artigo 1º, inciso III, surgindo como princípio fundamental do Estado, com a finalidade de consolidar a ideia de proteção e promoção do ser humano e sua dignidade. Importante ressaltar, ainda, que a dignidade humana também foi inserida em outros pontos de nossa Constituição, como, por exemplo, no artigo 170, *caput*, ao dispor que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna; no artigo 226, § 6º, quando funda o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; no artigo 227, *caput*, quando assegura às crianças e aos adolescentes o direito à dignidade; e no artigo 230, quando consigna que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar os idosos, defendendo sua dignidade.[15]



Posteriormente, a Constituição da Federação da Rússia de 1993, em seu artigo 12-1, dispôs que "a dignidade da pessoa humana é protegida pelo Estado.

[10] Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: < http://www.tribunal constitucional.pt/tc/crp.html >. Acesso em 22 de julho de 2011.

[11] Conforme a versão em espanhol: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Disponível em: < http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/constitucionCASTELLANO.pdf > Acesso em 23 de julho de 2011.

[12] COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmara P. F. Mohr. *Da dignidade da pessoa humana*. Vol. 3, nº 3 (2007): ETIC. Disponível em: < http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1441/1377 >. Acesso em 20 de junho de 2011.

[13] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

[14] Porém, conforme aponta MARTINS, F. J. B. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003 (apud FURLAN, A. C. et. al. *Dignidade da pessoa humana*. UNOPAR Cient., Ciêc., Jurid. Empres., Londrina, v. 8, mar. 2007. Disponível em: <http://http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/36699 >. Acesso em 02 de agosto de 2011), existiram referências à dignidade humana em momentos anteriores, podendo ser encontradas nas Constituições de 1934 (art. 115), de 1946 (art. 145), de 1967 (art. 157, II) e até mesmo no preâmbulo do AI 5 (1968).

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75-76.

Nada pode justificar seu abatimento". Do mesmo modo, diversas nações do leste europeu, com o advento da queda do socialismo, vieram a positivar em seus textos constitucionais o referido tema.[16]

Podemos citar, ainda, a Bélgica, que, em 1994, por meio de uma emenda constitucional, inseriu em seu artigo 23 que "cada um tem o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade da pessoa humana".[17]

Além de todos os exemplos citados, temos ainda muitas outras nações que positivaram em suas cartas constitucionais a dignidade da pessoa humana. Vejamos: a do Canadá (em seu Preâmbulo), da Irlanda (Preâmbulo), da Grécia (artigo 2º, inciso I), da Colômbia (artigo 1º), da África do Sul (artigos 1º, 10º e 39º), de Israel, da Suécia, entre diversas outras.[18]

Seguindo no mesmo contexto do desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana no plano do direito comparado, porém agora voltando o foco para a produção jurisprudencial, poderemos observar alguns exemplos que afirmam a ratificação pelos Tribunais Constitucionais de alguns países do tema expresso em suas cartas constitucionais, no que tange à aplicação, à proteção e à promoção da dignidade humana.

Assim, começaremos a referida observação partindo da produção jurisprudencial resultante da atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), que possui inúmeras decisões sobre o tema e com muitas delas funcionando como fonte em precedentes e argumentações em diversas jurisdições. Como exemplo, temos casos como: a declaração de inconstitucionalidade da tentativa de não mais considerar o aborto como crime, que, em decisão no ano de 1975 (BVerfGE 39:1), o TCFA entendeu que "o direito à vida e os deveres de proteção que o Estado tem em relação a tal direito impõe a criminalização do aborto"; posteriormente ocorreu a flexibilização desta própria manifestação quando uma lei "teve sua arguição de inconstitucionalidade rejeitada, assim, tornando o aborto não punível até o terceiro mês de gestação, desde que a mulher cumprisse alguns requisitos, antes de tomar a decisão de realmente praticar o referido ato"; a não permissão para o abate de aeronaves sequestradas por terroristas, em decisão (BVerfG, 1 BvR 357/05) prolatada no ano de 2006, que "considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro da Defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria usado contra vidas humanas".[19]



[16] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 78.

[17] COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmara P. F. Mohr. *Da dignidade da pessoa humana*. Vol. 3, nº 3 (2007): ETIC. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1441/1377 >. Acesso em 20 de junho de 2011.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 76-7 e 79.

[19] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011.

Podemos observar ainda, de acordo com o trecho retirado de uma decisão do TCFA,[20] que ao falar do que se pode dizer de uma dimensão cultural da dignidade da pessoa humana apontou que "não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana é algo irrenunciável, mas o reconhecimento daquilo que é exigido pelo postulado que impõe a sua observância e respeito não pode ser desvinculado da evolução histórica. (...) Por tal razão, o julgamento sobre o que corresponde à dignidade da pessoa humana, repousa necessariamente sobre o estado vigente do conhecimento e compreensão e não possui uma pretensão de validade indeterminada".

Dentre as inúmeras manifestações do Tribunal Constitucional Alemão, é possível verificar um entendimento no sentido de que "a dignidade da pessoa humana está vinculada ao valor social e pretensão de respeito do ser humano, que não poderá ser reduzido à condição de objeto do Estado ou submetido a tratamento que comprometa a sua qualidade de sujeito".[21] Porém, é importante ressaltar que a própria Corte já "tem relativizado a fórmula do 'homem-objeto', reconhecendo que a mesma é insuficiente para apreender todas as violações e assegurar, por si só, a proteção eficiente da dignidade da pessoa humana".[22]

Da mesma forma, nos Estados Unidos da América, ainda em menor grau, atenuada por outros fundamentos e sob intensa polêmica, a dignidade humana vem sendo constantemente empregada na argumentação jurídica dos tribunais em decisões importantes, apesar de não haver qualquer menção expressa na Constituição Americana. Citando exemplos em que a dignidade da pessoa humana foi invocada pela Suprema Corte, temos a decisão sobre a constitucionalidade da pena de morte, na qual ficou determinado que "os objetivos sociais de retribuição e prevenção superavam as preocupações com a dignidade".[23] Porém, apenas considerou atentatória contra a dignidade a execução de deficientes mentais[24] e de menores de dezessete anos.[25] Ainda com referência ao tema da pena de morte, é importante ressaltar que é notável o número de Estados americanos que adotam tal prática, em sede de pena criminal. Porém, determinadas técnicas utilizadas para execução têm sido consideradas pela Suprema Corte inconstitucionais, fundamentando-se na proibição do



[20] Conforme BVerfGE vol.45, p. 229, do TCFA (apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57).

[21] Conforme BVerfGE 96, p. 399, do TCFA (apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 70-1).

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 71

[23] Conforme decisão Gregg v. Georgia. 428 U.S. 153 (1976) (apud BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso. com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011).

[24] Conforme decisão Atkins v. Virginia. 536 U.S. 304 (2002) (*apud* BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.).

[25] Conforme decisão Roper v. Simmons. 543 U.S. 551 (2005) (*apud* BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.).

emprego de penas cruéis e degradantes. Assim, em recente decisão em face de um recurso interposto por réu condenado à pena de morte, a Corte reconheceu que a execução por meio de enforcamento consiste em atentado à dignidade da pessoa humana, isso pelo fato de causar sofrimento desnecessário, se comparado com outros meios de execução.[26]

Importante ressaltar, ainda, a existência de ampla controvérsia a respeito da violação da dignidade humana quando da aplicação da pena de morte, existindo na doutrina americana correntes que se opõem totalmente à aplicação da referida pena e não apenas quanto ao modo de execução desta, conforme explicitado no caso supramencionado.[27]

Nesse sentido, de acordo com Eklund,[28] em uma avaliação da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde a autora entende que a aplicação da pena de morte, além de ofensa ao direito à vida, também implica em violação à dignidade da pessoa. Para tanto, apresenta argumentos que justificam seu posicionamento, entre eles temos o seguinte: ao decretar a pena de morte, impõe-se ao condenado a convivência com uma expectativa de morte iminente, gerando uma inaceitável tortura psicológica; a referida pena implica também numa violação à integridade corporal do indivíduo e no direito à livre disposição sobre seu próprio corpo; e, por fim, entende que, quando da execução da pena, o Estado toma do réu sua autonomia pessoal, deixando de considerá-lo como pessoa, com valor próprio, e que não somente a dignidade do executado é violada, mas a de todos que estão envolvidos no processo, tendo em vista que este, por sua natureza, já é considerado desumano e indigno.



Ainda com relação às decisões proferidas pela Suprema Corte Americana, foi considerada inconstitucional a tentativa de criminalização de relações sexuais homoafetivas, tema que conferiu maior expressão ao tema da dignidade da pessoa humana.[29]

Na França, conforme mencionado, a dignidade da pessoa humana foi admitida como princípio de caráter implícito e, somente no ano de 1994[30], houve o seu reconhecimento jurisprudencial por parte do Conselho Constitucional, tendo por fundamento o teor do Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946,

[26] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 68-69.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 69.

[28] EKLUND, A. K. *The death penalty in Montana: a violation of the constitutional right to individual dignity, in: Montana Law Review vol. 65 (2004), p. 135 e ss.* (apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 69).

[29] Conforme decisão Lawrence v. Texas. 539 U.S. 558 (2003) (*apud* BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso. com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011).

[30] Vide decisão nº 94-343/344 DC, de 27 jul. 94 do Conselho Constitucional Francês, conforme apontado por: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.

que a considerou como um princípio de caráter constitucional. A partir deste momento, é possível verificar, reiteradamente, em diversas manifestações do referido Conselho,[31] a intenção de salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, podemos ainda fazer referência a algumas decisões do Conselho Constitucional, como, por exemplo, a emblemática decisão que proibiu a realização do popular "arremesso de anão",[32] atividade de entretenimento que consistia no arremesso de um anão, como se um projétil fosse, de um lado ao outro do estabelecimento, existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris.

Desse modo, a administração pública municipal, da comunidade francesa de Morsang-sur-Orge, ao tomar ciência do evento, investida do seu poder de polícia, proibiu a realização da referida atividade. Em primeira instância, a administração pública alegou que os anões estavam sendo tratados como meros objetos, além de desprezados, pois estavam sendo explorados por suas deficiências. Em oposição, em sede de recurso para o tribunal administrativo, a casa noturna alegou que os atos eram praticados de forma consciente e voluntária por parte dos anões, portanto, não violando a dignidade destes, tendo em vista que a referida atividade ainda lhes permitia a saída do desemprego e a sua inserção na sociedade.

Porém, o Conselho de Estado, em última instância, decidiu que realmente houve a violação, proferindo que: "o respeito à dignidade da pessoa é um dos componentes da ordem pública; e que a autoridade municipal investida do poder de polícia que lhe compete, pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, determinar a interdição de uma atração que seja atentatória à dignidade da pessoa humana".



Temos ainda em sede de jurisprudência francesa, o caso do chamado "*Acórdão Perruche"*, em que a Corte de Cassação decidiu e reconheceu o "direito de não nascer", ao confirmar o direito de uma criança nascida com deficiência a reclamar como autora (representada por seus genitores), em ação judicial de reparação de danos proposta contra o médico que realizou o pré-natal em sua genitora.

Nesse sentido, a Corte com fundamento na autonomia do ser humano, no exercício de sua condição de sujeito de direitos, baseando-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assegurou e confirmou o direito à indenização pelo fato da criança ter nascido cega, surda e com transtorno

[31] Conforme apontado pelo Conselho Constitucional na decisão nº 98.408 DC, de 21 jan. 99, temos que: "*Considérant que le peuble Français a, par le préambule de la Constitution de 1958, proclamé solennellement 'son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été definis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignite de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est um principe de valeur constitutionnelle".* (*apud* BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 131).

[32] Conforme decisão do Conselho de Estado Francês, no caso *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 out. 1995 (*apud* BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011).

mental severo, proveniente de um erro de diagnóstico durante a fase do pré-natal. Considerou-se que o médico, numa quebra do dever de cuidado e do dever de informação, deixou de detectar o risco de anomalia fetal grave quando da realização do exame de rubéola. Com isso, concluiu-se que devido ao erro médico, a mãe foi impedida de realizar a interrupção da gestação voluntariamente, provocando dano à genitora e principalmente à criança, que veio a ser concebida com os referidos problemas.[33]

Já em Portugal, a dignidade da pessoa humana vem devidamente positivada na Constituição, em seus princípios fundamentais, sendo reiteradamente apontada a decisão do Tribunal Constitucional Português que, em sede de alegação de inconstitucionalidade, versando sobre penhora de pensão a título de execução, tendo como polos do conflito, de um lado, o direito a percepção de uma pensão condigna por parte do pensionista e do outro, o direito do credor em receber o pagamento da dívida, proferiu parecer no sentido de que, em prol do respeito à dignidade da pessoa, se for o caso, o credor pode ter seu direito sacrificado na medida do necessário, ou até mesmo na sua totalidade.[34]

Na esteira do posicionamento anterior, o Tribunal entendeu em outra sentença que em razão da seguridade social ou da dignidade da pessoa humana faz-se necessário o reconhecimento do direito a uma "subsistência condigna (um mínimo para sobrevivência)". Dessa forma, a norma constante do artigo 824, números 1 e 2, do Código de Processo Civil Português, foi declarada inconstitucional, pois possibilitava a apreensão de bens do devedor para pagamento de execução, por meio de penhora de até um terço do montante percebido, a título de aposentadoria ou outro benefício social, sendo que o valor não poderia ser superior ao do salário mínimo em vigor.



Neste caso, tendo em vista o conflito de direitos, a Corte Constitucional decidiu em favor do prevalecimento do "valor supremo da dignidade da pessoa humana – vetor axiológico estrutural da própria Constituição", apontando o salário mínimo (pensão ou benefício social) como uma remuneração que é básica por natureza e que tem por objetivo a promoção da dignidade da pessoa (o "mínimo para uma sobrevivência digna"), motivo pelo qual, com a sua redução, haveria um sacrifício excessivo e desproporcional do direito do devedor.[35]

---

[33] Conforme Acórdão nº 457 da Corte de Cassação Francesa, de 17 de novembro de 2000 (apud: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso. com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011; e GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer.* Dissertação de Mestrado. Disponível em < http://dspace.c3sl.ufpf.br/dspace/bitstream/1884/1/nao_nascer_FINAL.pdf >. Acesso em 20 de agosto de 2011).

[34] Conforme proferido no Acórdão nº 349/91 (apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 137-8).

[35] Conforme entendimento proferido no Acórdão nº 318/99 e adotado também em decisões posteriores – Acórdãos nº 96/04, de 11 de fevereiro de 2004 e nº 62/02, de 06 de fevereiro de 2001 – (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 138).

Em outra decisão, a Corte Portuguesa manifestou-se quanto ao direito fundamental à habitação. Entendido como o direito de ter uma "moradia condigna", por se tratar de um direito baseado na dignidade da pessoa humana e que depende das decisões tomadas pelo Estado, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, condicionadas à disponibilidade de recursos, implica sempre em um mínimo que o Estado deve satisfazer, inclusive impondo restrições ao proprietário privado. Nesse sentido, o tribunal se posicionou apontando que "na condição de um direito fundamental social a prestações, cuida-se de um direito sob 'reserva do possível', correspondendo, em primeira linha, 'a um fim político de realização gradual'".[36]

Na Espanha, além de reconhecida expressamente no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana é invocada em diversas manifestações do Tribunal Constitucional daquele país, como, por exemplo, na que afirma ser a dignidade "um valor espiritual e moral inerente ao ser humano, que se manifesta de forma singular, na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, levando consigo a pretensão do respeito por parte dos demais".[37]

Em outra decisão de grande vulto, o Tribunal Constitucional da Espanha ratifica a ideia de primazia da dignidade, ao reconhecer que "a dignidade da pessoa humana representa um mínimo invulnerável que toda ordem jurídica deve assegurar". Porém, ainda nesse contexto, a Corte ressalta que nem todos os direitos fundamentais são considerados como inerentes à dignidade, e que, portanto, nem todos os que são considerados fundamentais necessariamente são condições indispensáveis para que a dignidade da pessoa não seja violada.[38]



A Corte Espanhola, em sede de reconhecimento e proteção da identidade pessoal, no que tange ao respeito à intimidade, à honra, à imagem, entre outros direitos de personalidade, reconhece a estreita ligação destes com a dignidade. E, nesse sentido, proferiu decisões[39], afirmando que tais direitos de personalidade derivam diretamente da dignidade da pessoa humana.

Em outro julgamento, faz-se necessário registrar a posição tomada pelo Tribunal Espanhol, agora em sede de matéria trabalhista, ao apontar que seria sem

[36] Conforme aponta o Acórdão nº 151/92, de 08 de abril de 92 (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 117).

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55.

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 93.

[39] Conforme apontam as sentenças nº 98/2000 e nº 14/2003. Na primeira, ao tratar de ofensa aos direitos de honra e imagem de um detento que, no transcurso de uma investigação, teve sua fotografia (pertencente aos arquivos da polícia) divulgada, o Tribunal afirma que "o direito à honra e à própria imagem derivam diretamente da dignidade da pessoa humana". Já na segunda, novamente pronunciando-se sobre o tema, porém dessa vez, tratando sobre violação da intimidade, com relação ao segredo de justiça num processo que envolvia um menor de idade, a Corte ratificou seu entendimento, ao afirmar que "o direito à intimidade, que assegura ao indivíduo um âmbito reservado de sua vida, encontra-se estreitamente vinculado à própria personalidade e deriva sem dúvida alguma da dignidade da pessoa humana" (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 104).

cabimento demitir um funcionário por um motivo deste, qual seja, ter trabalhado em outra empresa quando no gozo de suas férias.[40]

Em última análise, o Tribunal Espanhol pronunciou-se, ainda, com relação aos direitos que os estrangeiros desfrutam quando em território espanhol. Nesse sentido, fundamentando-se em precedentes da própria Corte, ratificou o entendimento de que "os estrangeiros possuem, em condições iguais aos espanhóis, os mesmos direitos inerentes à pessoa como tal e que resultam imprescindíveis para garantia da dignidade da pessoa humana".[41]

Ainda sobre jurisprudência espanhola temos outras decisões, nas quais o Tribunal Constitucional aponta a dignidade da pessoa humana como: "valor jurídico fundamental da Constituição";[42] "princípio-guia do Estado de Direito";[43] e "valor básico fundamentador dos direitos humanos".[44]

No Brasil, a dignidade da pessoa humana vem positivada como princípio fundamental da Nação, instituída expressamente no Texto Constitucional de 1988. Tal consagração no plano das normas implica em uma responsabilidade diuturna por parte do Estado no sentido de proteção, promoção e, ainda, de respeito por parte deste e de todos os indivíduos integrantes da sociedade.

Com isso, de uma maneira geral, a noção de dignidade da pessoa humana tem sido utilizada em nossa produção jurisprudencial, reiteradamente, em diversas manifestações. Sendo mais empregada a título de suplementação argumentativa, funcionando não como um subsídio a outro fundamento, considerado como principal no caso em questão, mas sim como um fundamento essencial, principalmente quando vinculada aos direitos fundamentais, que possuem relação de dependência recíproca com a dignidade, ou ainda, como forma de enriquecimento na fundamentação das decisões.[45]



Todavia, tal fato vem ocorrendo devido à elevada abrangência e ao detalhamento que nosso texto constitucional apresenta. Assim, quando da análise dos casos concretos, que, não raro, em outras nações suscitariam a necessidade

[40] Conforme aponta a sentença nº 190/2003, de 27 de março de 2003 (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 99). Ainda no campo do Direito do Trabalho, a Corte Constitucional Espanhola também entendeu ser sem cabimento a demissão de uma empregada pelo motivo desta estar grávida, apontando que o referido ato configurava discriminação em razão do sexo da empregada, que implicava em violação à dignidade da pessoa humana (Sentença nº 17/2003, de 30 de janeiro de 2003 – *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 99).

[41] Conforme aponta a Sentença nº 95/2000, de 10 de abril de 2000 (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 117).

[42] Conforme aponta a Sentença nº 53/1985 (*apud* PELLOSI, Maria Teresa. *Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1232 >. Acesso em: 01 jul. 2011).

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 82.

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 82.

[45] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011.

de utilização de "princípios mais abstratos", como o da dignidade, por aqui já se encontram prescritos em normas dotadas de maior grau de concretude, de maior "densidade jurídica". Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, por vezes, apenas é utilizada pelos tribunais em caráter de reforço.[46]

Nesse contexto, talvez este princípio tivesse melhor aplicabilidade no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, tendo em vista serem os maiores responsáveis por medidas que visam à proteção e promoção da dignidade. Porém, nada impede que a mesma seja utilizada de forma autônoma nos casos concretos, a fim de embasar as decisões judiciais.[47]

Além disso, cada vez se torna mais comum, nas decisões dos nossos tribunais, a presença da dignidade da pessoa humana, sendo utilizada como um critério hermenêutico, ou seja, como alicerce para solução de casos controversos, notoriamente quando da interpretação de normas infraconstitucionais.[48]

Em linhas gerais, no constitucionalismo pátrio, conforme aponta Luís Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana encontrará maior aplicabilidade em situações de "ambiguidade de linguagem; lacuna normativa; colisão entre norma constitucional e direito fundamental; e nas de desacordo moral razoável".[49]

Assim, numa referência às decisões judiciais pátrias, nas quais o tema da dignidade da pessoa humana é invocado, poderíamos mencionar inúmeros julgados, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A título de exemplificação, temos o princípio da dignidade da pessoa humana invocado contra o excesso de prazo em prisão preventiva; livramento condicional; uso de algemas; crime de racismo; tortura; união homoafetiva; pesquisa com células-tronco embrionárias; interrupção de gestação de fetos anencéfalos; e, ainda, temas polêmicos como do direito à saúde, principalmente, no que tange a procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).[50]



Em atenção aos exemplos supramencionados, resolvemos abordar a questão do uso de algemas, que foi analisada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, constando de um caso emblemático. Neste caso, a defesa contestou a sentença condenatória por homicídio qualificado exarada pelo Tribunal do Júri local. Para tanto, alegou, em sede de *Habeas Corpus,* que o condenado teria permanecido algemado durante todo o tempo do julgamento, causando-lhe constrangimento ilegal e, que, tal fato poderia ter influenciado na decisão dos jurados.

---

[46] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

[47] NOVELINO, Marcelo. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: < http://www.editora metodo.com.br/marcelonovelino/ >. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95-6.

[49] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201012 >. Acesso em 01 de agosto de 2011.

[50] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

Ao analisar o caso, a Corte entendeu que a fundamentação apontada para manter o réu preso, por parte do Tribunal do Júri era ineficiente, portanto, acolheu os argumentos apresentados pela defesa e anulou o julgamento ora realizado e, ainda, determinou que fosse realizado novo julgamento. O ministro relator afirmou que utilização das algemas sem comprovada necessidade, no caso em questão, pode realmente, ter conduzido o pensamento dos jurados leigos a terem uma impressão equivocada sobre o réu. Foi consignado pela corte o entendimento que o uso de algemas "é uma prática aviltante que pode chegar a equivaler à tortura, por violar a integridade física e psíquica do réu".

A partir desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal vislumbrou a necessidade de se editar uma súmula vinculante,[51] a fim de esclarecer que o uso de algemas deve ocorrer somente em casos excepcionais. Houve, ainda, o entendimento que o uso desnecessário das algemas viola o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como outros direitos e garantias individuais.

## Conclusão

O presente estudo procurou analisar o tema da dignidade da pessoa humana com foco voltado para o discurso transnacional, apontando como o referido tema teve sua importância elevada gradativamente no âmbito do direito constitucional, com o passar dos tempos, vindo a se tornar um dos mais importantes princípios do constitucionalismo contemporâneo.



Desta forma, observamos que diversas cartas constitucionais, principalmente a partir do segundo pós-guerra, começam a incluir a proteção da dignidade da pessoa humana em seus textos de forma expressa. Além disso, observou-se que mesmo naquelas nações onde não se encontra qualquer menção de maneira expressa sobre o referido tema, as cortes constitucionais desses países, por meio de sua produção jurisprudencial, têm invocado constantemente a força jurídica e argumentativa do referido princípio na resolução de casos importantes.

Por fim, cabe ressaltar que ideia de proteção da dignidade da pessoa humana permanece em contínuo processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento e que ao ser positivada na Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos do Estado, estabeleceu responsabilidades, concretizações e delimitações constantes dos valores e condutas a serem tutelados pelo Estado.

[51] Súmula Vinculante 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

# Referências bibliográficas

ALEMANHA. Constituição (1949). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (*Gundgesetz*). Versão em Português. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob /3160404/Daten>. Acesso em 19 de julho de 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso. com.br/?m=201012>. Acesso em 01 de agosto de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum RT* – 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmara P. F. Mohr. *Da dignidade da pessoa humana.* Vol. 3, nº 3 (2007): ETIC. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/ index.php /ETIC/ article/view/1441/1377>. Acesso em 20 de junho de 2011.

ESPANHA. Constituição (1978). *Constituição Espanhola.* Versão em espanhol. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/constitucionCASTELLANO. pdf >. Acesso em 23 de julho de 2011.

FRANÇA. Constituição (1958). *Constituição Francesa.* Versão em Português. Disponível em: <http://www.artnet.com.br/ ~lgm/constfran.doc >. Acesso em 20 de julho de 2011.

FURLAN, A. C. et. al. *Dignidade da pessoa humana*. UNOPAR Cient., Ciêc., Jurid. Empres., Londrina, v. 8, mar. 2007. Disponível em: <http:// http://bdjur.stj.gov.br/ xmlui/ handle/2011/36699>. Acesso em 02 de agosto de 2011.

GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer.* Dissertação de Mestrado. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpf.br/dspace/bitstream/1884/1/nao_nascer_ FINAL.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2011).

ITÁLIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana.* Versão em Português. Disponível em: <http://www.província.milano.it/export/sites/default/diritticittadini/documenti/portoghese.pdf >. Acesso em 19 de julho de 2011.

ITÁLIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana.* Versão em Italiano. Disponível em: <http://www.comune.fi.it/costituzione/italiano.pdf> Acesso em 19 de julho de 2011.

NOVELINO, Marcelo. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://www.editorametodo.com.br/marcelonovelino/>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

PELLOSI, Maria Teresa. *Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle /1232>. Acesso em 01 de julho de 2011.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa.* VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

# Da Emenda Constitucional n. 66/2010 e a polêmica quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro[1]

**Isabele Soares de Castro[2]**

**Resumo**

O presente trabalho traz uma análise da nova redação dada ao texto do § 6º do art. 226, da Carta Maior, a fim de que se conclua se tal alteração levou ou não à extinção da separação judicial. Deste modo, são confrontadas as principais teses sustentadas pela doutrina, bem como recentes jurisprudências acerca do tema.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional 66/10. Divórcio. Extinção. Separação judicial.

**Abstract**

This paper presents an analysis of the new wording to the text of § 6 of art. 226, the Carta Maior, so it is clear whether or not this change led to the extinction of judicial separation. Thus, the main theses are faced sustained by the doctrine, as well as recent case law on the subject.

**Keywords**: Constitutional Amendment 66/10. Divorce. Dissolution. Judicial separation.

## Introdução

O presente artigo pretende abordar restritamente a polêmica originada com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 quanto à subsistência da separação no ordenamento jurídico.

Com o advento da Emenda, suprimiu-se o requisito anteriormente vigente para se pleitear o divórcio, sendo: o lapso temporal por mais de um ano, em caso de separação judicial, ou por mais de dois anos, no caso de separação de fato. A justificativa do respectivo Projeto de Emenda Constitucional fazia referência a uma intenção de se extinguir totalmente os processos de separação judicial.

Assim, houve doutrinadores que entenderam que a reforma em questão teria revogado completamente os dispositivos legais que tratavam, até então, da separação

[1] Artigo Científico apresentado para a conclusão de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito de Valença, do Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde.

[2] CASTRO, Isabele Soares de. Formanda da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, no Curso de Direito, da turma de 2012. Contato: isabelecastro_direito@hotmail.com.

judicial. De outro lado, há os que entendem que o instituto da separação continua no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de aplicação facultativa aos cônjuges.

Fato que é demonstrado através das frequentes divergências trazidas pelos operadores do direito, como o do Enunciado nº 504 da V Jornada do Direito de Família, que fixa como prevalecente o entendimento acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento. No entanto, o assunto não deixou de ser polêmico, o que pode ser comprovado pelas fontes jurisprudenciais, que prezam, na sua maioria, pela extinção da separação do texto legal.

Portanto, visa ao presente, sem a pretensão de esgotar o tema, apontar os principais efeitos da Emenda do Divórcio, bem como analisar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais trazidas por ela. Sendo destacados os benefícios do texto constitucional, bem como os impactos causados na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o estudo calcado em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, basicamente.

## Da separação e do divórcio

### Os vínculos surgidos com o casamento

Surgem com o casamento a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, institutos de grande relevância social e, por conseguinte, jurídica. Tais institutos jurídicos, cada qual com a sua peculiaridade, regulam a vida dos consortes quanto aos direitos e deveres de cada um, tanto no aspecto social quanto no patrimonial no sentido de regular o regime de bens.



O primeiro vínculo a ser apresentado refere-se aos deveres e obrigações conjugais, estabelecido no art. 1.566 do Código Civil Brasileiro, onde os cônjuges são codevedores da fidelidade recíproca, com direito à vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, a qual se configura no sustento, guarda e educação da prole e respeito e consideração pelo outro. Assim, estamos diante da sociedade conjugal, que, como falado anteriormente, regula prioritariamente as obrigações de cunho pessoal do casal.

Já o vínculo matrimonial é materializado quando os consortes se unem, conforme menciona a parte inicial do artigo 1.565 do CC, que diz: "pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes...". Contrariamente ao que dispõe o art. mencionado, já existem decisões no Brasil, relacionadas à realização de casamento de casais homoafetivos no cartório, fato que demonstra a evolução social.[3]

[3] Porto Alegre foi palco, no dia 9 de dezembro, do primeiro casamento homoafetivo direto do Brasil no cartório. Com o parecer favorável do Ministério Público, os noivos não precisaram recorrer à Justiça para concretizarem a união. A cerimônia seguiu os mesmos trâmites de uma união entre heterossexuais. De acordo com o registrador substituto do Cartório do Registro Civil da 4ª Zona das Pessoas Naturais de Porto Alegre, Felipe Daniel Carneiro, a maioria dos cartórios ainda se nega a habilitar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, por julgarem inconstitucional. Porém, ele considera que, "depois do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos, todos devem ter os mesmos direitos". Felipe defende que não precisa existir uma legislação especifica para regulamentar esses casos, uma vez que a jurisprudência já entende que é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo. "Nós já vínhamos sendo abordados por vários casais, mas ainda não tínhamos

Assim se constata que o vínculo matrimonial surge com o casamento, no qual fica estabelecida a comunhão plena de vida, diante do disposto no art. 1.511 do Código Civil.

Vale citar o pensamento de Ferreira Pinto, que distingue perfeitamente os dois institutos em comento:

> "O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o registro matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se pode confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal." (FERREIRA, 2005, p. 137)

## Modos de extinção dos vínculos conjugais

Cabe apontar os casos apresentados no art. 1.571 do Código Civil, que cuida especificadamente da dissolução da sociedade conjugal, senão vejamos: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela anulação do casamento; c) pela separação judicial ou extrajudicial; e, d) pelo divórcio.

A separação é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, conforme preceitua o art. 1.576, quando os cônjuges ficam desobrigados no que se refere à coabitação, fidelidade e regime de bens, mantendo-se as demais obrigações, tais como mútua assistência (cuidados pessoais recíprocos), manutenção dos filhos e o vínculo do casamento.



Já o parágrafo único do art. 1.571 menciona que o vínculo matrimonial, ou seja, o casamento civil válido, só se extingue pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se o mesmo em caso de cônjuge ausente, o que não ocorria no Código de 1916, no qual a presunção do óbito do ausente impedia que o outro convolasse novas núpcias.

O divórcio, conforme preceitua o art. 1.571 do Código Civil, é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, ocasionando como consequência a extinção de todas as obrigações conjugais.

---

nenhuma orientação das corregedorias. Quando percebi que muitos desembargadores estavam decidindo pelo casamento homoafetivo, decidimos habilitar esses casos. Considero que, se todos são iguais, não é necessário haver uma lei específica e seria discriminação a não habilitação desse casamento". Mais um avanço – Para a advogada Maria Berenice Dias, presidente da Comissão de Diversidade Sexual da OAB e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), esse casamento é mais um avanço para o reconhecimento da igualdade de direitos. "Até agora os casamentos homoafetivos precisavam passar pelo juiz. É significativo e de vanguarda esse caso em que houve apenas a manifestação do Ministério Público", afirma. Outros casais do mesmo sexo já se casaram no país, no entanto, foi preciso acionar o Judiciário. O primeiro casamento aconteceu em São Paulo, no dia 27 de junho de 2011, com o aval do juiz Fernando Henrique Pinto. Outros Estados como Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Distrito Federal também já tiveram decisões nesse sentido. *In:* DIREITO DAS FAMÍLIAS. *País tem casamento gay direto no cartório.* Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/search?updated-min=2011-01-01T00:00:00-02:00&updated-max=2012-01-01T00:00:00-02:00&max-results=50>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

Portanto, é de extrema necessidade identificar que a separação judicial extingue tão somente com a sociedade conjugal, e o divórcio (não se esquecendo das outras causas apontadas no art. 1.571 do CC) com o vínculo matrimonial que une o casal.

## Da separação

Como dito, a separação visa por fim à sociedade conjugal. Todavia, a doutrina discrimina algumas espécies ou modalidades de separação, que merecem breves comentários.

### Modalidades da separação

A primeira a ser destacada é a separação falência. Trata-se de forma voluntária de dissolução da relação conjugal, quando não há causa específica que justifique a vontade de por fim ao vínculo. Simplesmente decorre da manifestação de vontade dos consortes. Pode-se dizer que ocorre com o "fim do amor". Nesta exige-se que o casamento tenha existência há, no mínimo, um ano, conforme dispõe o art. 1.574.

Ao contrário, a separação sanção, prevista no art. 1.572, ocorre quando um dos cônjuges comete algum fato que coloque o outro em situação desabonadora ou "quebre" uma de suas obrigações conjugais. Aqui existe um motivo para o rompimento. E assim sendo, não há que se falar em prazo de existência do casamento para se obter o desfazimento da sociedade. Havendo o motivo, o cônjuge infrator será punido com o rompimento do enlace e sofrerá a imposição das sanções previstas na lei para seu ato.



A terceira modalidade, denominada de separação remédio, aplica-se quando um dos cônjuges é acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, de cura improvável e que já dure pelo menos dois anos, conforme consta no art. 1.572, § 2º do CC.

### Dos efeitos da separação

A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens, conforme o art. 1.576 do CC.

Não obstante, o cônjuge que é declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que requerido pelo inocente, como preconiza o art. 1.578, bem como o direito aos alimentos, na forma estabelecida no art. 1.704, ambos do CC.

Cessa-se, ainda, o direito sucessório entre os cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro (art. 1.830), conforme o regime de bens acolhido.

Por fim, não é permitido aos cônjuges convolarem novas núpcias, eis que ainda guardam vínculo matrimonial um com o outro.

## Do divórcio

O divórcio põe termo ao vínculo matrimonial, possibilitando aos ex-cônjuges a convolação de novas núpcias.

Merecendo destaque as suas duas modalidades, sendo a primeira batizada de divórcio conversão ou indireto. Aqui, decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. Aplica-se também esta previsão no caso de decisão de medida cautelar de separação de corpos, com base no exposto no art. 1.580 do Código Civil, o que foi modificado com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, não existindo mais no ordenamento jurídico a necessidade do cumprimento do lapso temporal para se perquirir o divórcio.

Já o divórcio consensual direto ou extraordinário decorre do mútuo consentimento dos cônjuges e somente era possível se estes estivessem separados há mais de dois anos, o que não é mais necessário doravante à promulgação da Emenda do Divórcio, que supriu o lapso temporal antes exigido para pleitear a extinção do vínculo matrimonial.

### Efeitos do divórcio

Conforme preconiza em sua obra a ilustre Maria Helena Diniz, a sentença do divórcio, que homologa ou decreta, possui eficácia *ex nunc,* não suprimindo ou alcançando os efeitos produzidos pelo casamento antes da sentença declaratória. (DINIZ, 2007, p. 346)

Com ele ocorre a dissolução do vínculo matrimonial civil, bem como dos deveres conjugais; dissolve, ainda, o regime de bens, não sendo necessária a partilha destes para se obtê-lo, conforme o art. 1.581 do CC[4].



Um dos efeitos principais do divórcio é a possibilidade de se contrair novas núpcias, não se admitindo a reconciliação. Assim, caso queiram restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento.

## Formas de obtenção da separação e do divórcio

Tanto a separação quanto o divórcio podem ser obtidos na esfera judicial, nas modalidades consensual ou litigiosa, bem como extrajudicialmente, contudo, apenas de forma consensual.

A separação ou divórcio judicial serão manejados quando há menores e, ou incapazes envolvidos, mesmo que haja consenso entre os cônjuges; e ainda, quando não há um consenso entre as partes, sendo caracterizado, portanto, o divórcio ou separação na modalidade litigiosa, obtidos mediante sentença judicial.

Uma das mais comuns e requeridas atualmente é a modalidade do divórcio e da separação extrajudicial consensual, ambos são realizados por escritura pública, sendo somente permitido ao casal que não possua filhos portadores de incapacidade ou menores e desde que proposto no prazo legal e haja interesse de ambos os consortes. Nos dois casos, não se faz necessária a homologação judicial, já que a escritura constitui título hábil tanto para o registro civil, quanto para o registro imobiliário, diante a inteligência do art. 1.124-A, §§ 1º a 3º, acrescentados pela Lei nº 11.441/2007 do CPC.

[4] Art. 1.581 do CC – O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

## Da evolução histórica do divórcio

Desde tempos remotos, os povos primitivos, com exceção de alguns, admitiam a dissolubilidade do vínculo matrimonial. O Antigo Testamento do povo hebreu e o Código de Hamurabi facultavam o divórcio aos cônjuges. Contrariamente, o Código de Manu somente o permitia quando a mulher se mostrava estéril durante oito anos de casada.

Na Grécia Antiga, a esterilidade também era causa para aplicação do divórcio.

Na Roma Antiga, o casamento era união para a vida toda e o divórcio era apenas consequência natural pelo fato de ser o vínculo matrimonial sustentado pela *affectio maritalis*. Quando esta não fazia mais parte da união, permitia-se a separação (*divortium)*. Salienta-se que mesmo o casamento sacramental solene veio a dissolver-se nesta civilização.

Na Idade Média, somente com o Concílio de Trento (1545 a 1553), a Igreja Católica se consolidou, afastando-o em definitivo, tendo em vista que os membros da igreja proclamavam que o matrimônio era algo indissolúvel. Somente perante a igreja a separação de corpos, denominada *divortium quo ad thorum et habitationem*, era possível. Ela preservava a natureza sacramental do casamento, ocasionando pela sociedade grandes movimentos divorcistas, muitos deles desenvolvidos em países protestantes. Nota-se que diversas eram as causas adotadas no movimento: abandono, ausência de afeto, adultério, entre outras.



No direito dos povos modernos prevalecia o divórcio com raras exceções, sendo que os sistemas jurídicos ocidentais passaram a aceitá-lo. Citemos como exemplo a Itália, um dos países mais resistentes, promulgou lei instituindo–o apenas em 1970, em clima de grande tensão.

Historicamente, o casamento era indissolúvel. Durante décadas o Brasil participou de movimentos antidivorcistas, estes estruturados pela Igreja Católica. O legislador, com receio de que o divórcio surgisse pelo voto da maioria absoluta no Congresso, inseriu na Constituição do ano de 1934 o princípio da indissolubilidade, que percorreu várias constituições.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de julho de 1977, o divórcio fora recepcionado, ao ser alterado o § 1º, do art. 175, apresentando a dissolução matrimonial nos casos previstos em lei. O que ocasionou grande alvoroço social e religioso. Ressaltava o 2º §, que este era apenas permitido quando houvesse separação judicial por mais de três anos.

Assim, pode ser claramente constatado que o divórcio, especificamente no Brasil, foi fonte de várias controvérsias; e foi neste clima que a "Lei do Divórcio" (6.515/77) foi votada e discutida, estando de um lado os divorcistas e do outro a Igreja Católica. Cabe relembrar que no texto original desta Lei, com receio de evitar a epidemia divorcista, constava em seu art. 38, que o direito de pedir o divórcio era só uma vez. Assim, se um homem divorciado se casasse novamente com uma mulher solteira ou viúva, ele não poderia mais requerê-lo, salvo se existisse motivo para tal.

Tais prazos foram reduzidos pelo art. 226, §6º, da Carta Maior de 1988, o qual o divórcio direto era concedido quando o casal havia se separado judicialmente após um ano e, o indireto, quando os interessados haviam se separado de fato por dois anos.

Com o advento do Código Civil de 2002, seguindo a linha de orientação da Lei nº 6.515, adotou-se a teoria do divórcio remédio[5], sem prejuízo aos que abraçassem a separação pura e simples. Tal sistema é equiparado ao francês, que também admite a separação de corpos e o divórcio.

Outra modificação relacionada ao divórcio de grande impacto foi promovida pela Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, na qual os dispositivos da Lei nº 5.869/73 do CPC passaram a possibilitar a realização do inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Assim, diante do dispositivo do art. 1.1244-A do CPC:

> "A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento."

Sem dúvidas, desde os primórdios, o divórcio vem sendo causa de grande polêmica, oriunda das modificações causadoras de ostensiva mudança social. Neste contexto, presenciamos nas experientes indagações do mestre Caio Mário, o seguinte: "A própria filosofia do divórcio mudou, da apuração da culpa para a contagem do tempo". (PEREIRA, 1998, p. 258)



É neste raciocínio que chegamos ao ponto crucial do presente estudo, a tão falada Emenda Constitucional nº 66/2010.

## Da Emenda Constitucional nº 66/2010

Introitamente é essencial destacar que a Emenda nº 66/2010 fora idealizada por juristas representantes do instituto de direito de família, sendo de iniciativa do deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), posteriormente exposta pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

A referida emenda tem como objetivo a realização do divórcio imediato, sem prazos e sem discussão de culpa acerca de quem deu causa à dissolução, modificando assim o texto do § 6º do art. 226 da Carta Magna.

Para isso foi suprimido o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência da separação de fato por mais de dois anos para a concessão do divórcio, requisito este que pairava no texto do artigo alterado pela emenda, o que se verifica a seguir:

[5] Aplica-se quando um dos cônjuges é acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, de cura improvável e que já dure pelo menos dois anos, conforme consta no art. 1.572, § 2º do CC.

> "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos."

Pelo ordenamento jurídico atual tornou-se perfeitamente possível que um casal contraia núpcias em um dia e se divorcie no outro ou então nos minutos seguintes.

Senão vejamos o teor do texto do parágrafo 6º do art. 226 da CF após a promulgação da Emenda do Divórcio: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Percebe-se que o dispositivo tornou-se silente quanto à existência do instituto da separação judicial, trazendo para o ordenamento duas modificações de impacto, quais sejam, 1) omissão quanto ao fim ou permanência da separação judicial; e 2) extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo conjugal. O que gerou simultaneamente perante diversos segmentos, críticas e elogios, suscitando, por conseguinte, uma série de debates jurídicos, principalmente com relação à subsistência da separação no ordenamento jurídico.

## Da polêmica quanto à subsistência da separação

A grande problemática da aprovação da emenda consiste na dúvida acerca da constância (ou não) da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, já que o texto responsável pela modificação do parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal é sucinto, não abrangendo, portanto, tal polêmica.



## Dos que defendem a extinção da separação judicial

Para uma grande parte da doutrina jurídica e das fontes jurisprudenciais, a separação teria sito extinta do ordenamento pátrio, como brevemente anota César de Oliveira: "Esta modalidade não existe mais, é impossível de pedi-la, e aquelas que estão em andamento podem ser convertidas diretamente para o divórcio, independentemente do período." (2012, p. 02)

No mesmo sentido, seguem as lições de Maria Helena Diniz:

> "Ao se dar nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada é mais preciso para implementar a nova sistemática." (2007, p. 348)

A justificativa para o fim da separação é que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico acerca da dissolução matrimonial não vinha acompanhando a evolução social, não existindo, portanto, quaisquer razões para o prolongamento do sofrimento do casal quanto à espera do lapso temporal para, oficialmente, por fim à relação falida.

Ainda, prevê a jurisprudência abaixo transcrita que o instituto do divórcio trata-se de um direito potestativo, como abaixo exposto, não existindo mais nenhum elemento subjetivo ou objetivo para a sua aplicação, apenas o estado civil de casado e a vontade dos cônjuges de por fim na relação matrimonial, evitando com isso, o intervencionismo estatal e da igreja, visando à desburocratização e a vontade dos cônjuges, como demonstra a apelação comentada por Maria Berenice Dias.

> "DES. RENATA COTTA – Julgamento: 16/07/2012 – TERCEIRA CÂMARA CIVEL APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PLEITO MINISTERIAL DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PARA A PROLE COMUM. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL ATÉ A RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES ATINENTES AOS MENORES. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Com a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, o § 6º, do art. 226, da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, restou suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos, motivo pelo qual toda e qualquer discussão acerca do lapso temporal para o divórcio restou não recepcionada pela nova disposição constitucional. Isso significa que qualquer pessoa casada poderá ingressar com pedido de divórcio consensual ou litigioso, independentemente do tempo de separação judicial ou de fato. Decerto, o divórcio é um direito potestativo, não mais existindo qualquer requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão (a não ser o estado civil de casado e a vontade de um dos cônjuges de se separar), não se justificando, pois, seja mantida para sua eficácia uma mera chancela do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, tomando-se o tempo de juízes e servidores, assim como do Ministério Público, os quais devem cuidar de questões em que, de fato, há necessidade de intervenção estatal para solução de conflitos. Não é por outro motivo que a própria lei já consagra as hipóteses de divórcio extrajudicial. Por isso, tanto para a separação, quanto para o divórcio, a tendência deve ser sempre a sua facilitação, e não o contrário. Em síntese: com a entrada em vigor da nova emenda, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou, como dito, de qualquer outra causa específica da separação. Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto, como simples fundamento para o divórcio. Diante de todo o exposto, irrelevante a realização da audiência de conciliação aventada pelo Parquet (...)[6].
> (...)
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. PARTILHA. CITAÇÃO POR EDITAL. O divórcio Caso em que se mostra desnecessário o pleno esgotamento das vias ordinárias para proceder-se à citação da parte ré em ação de divórcio **O direito ao divórcio tem natureza potestativa**. E em face às recentes mudanças trazidas pela EC 66, não há mais exigência de



[6] DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Julgamento: 16/07/2012 – Terceira Câmara Cível Apelação. Direito de Família.* Disponível em <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

> prazo de separação para sua concessão. Nesse passo, a impugnação ao pedido de divórcio resta esvaziada, de forma que se mostra desproporcional exigir que a parte postulante do divórcio permaneça no estado de casada até que se ultime a busca pela citação real da parte ré. Diante disso, cabível a citação do réu por edital quando não localizado para ser citado pelos meios ordinários. A partilha. Contudo, no que diz com a citação para a ação de partilha, tratando-se de direito patrimonial, descabe a citação ficta, sem antes se esgotar todos os meios de localização do réu. Nesse contexto, é cabível a citação por edital para a ação de divórcio devendo a parte prosseguir na tentativa de citação do réu para a partilha através dos meios ordinários.[7]
> (...)
> 0374116-18.2008.8.19.0001 – APELACÃO
> DES. NAGIB SLAIBI – Julgamento: 25/08/2010 – SEXTA CÂMARA CÍVEL. Direito Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão, contradição e obscuridade. Descabimento. Direito de Família. Ação de Conversão de separação em divórcio. Procedência do pedido. Recurso. Alegação de descumprimento do acordo. Irrelevância. Para a decretação do divórcio é irrelevante o descumprimento do acordo que deverá ser executado pelas vias próprias. Emenda Constitucional nº 66/2010. Fim dos requisitos para decretação do divórcio. Provimento do apelo. Felizmente este verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na mantença do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim." (DIAS, 2012)



Neste sentido entende Sylvia Maria Mendonça do Amaral:

> A separação judicial foi mantida, após o Brasil ter se tornado um país divorcista, por uma questão meramente psicológica. Por ser um país basicamente católico houve, à época dos estudos a respeito a aprovação do divórcio, uma intensa pressão de representantes da igreja e seus fiéis que se mostravam radicalmente contrários a uma figura jurídica que pudesse dissolver o matrimônio. Assim, sob tais pressões, foi mantida a figura da separação como um degrau se chegasse ao divórcio. Seria como se o divórcio estivesse longe dos casais separados. Mas nossa sociedade evoluiu, os costumes são outros e o divórcio é quase sempre buscado, seja para que se estabeleça um novo casamento, seja para colocar um "ponto final" no matrimônio por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal. (...). (2012, p. 01)

O argumento de quase todos os estudiosos que são favoráveis à Emenda nº 66/10 é que o fim da separação conjugal gira em torno do princípio da celeridade e economia processual, bem como da desburocratização processual.

[7] DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Recurso parcialmente provido. em monocrática***.** Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

De acordo com o próprio autor da Emenda, a exigência de duas ações distintas prejudicaria o casal, no sentido de que as despesas para pleiteá-las seria maior, bem como o prolongamento do sofrimento de ambos ao aguardar o lapso temporal exigido antes da promulgação do referido texto.

Assim, também entende José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo: "Além de desburocratizar a desconstituição do enlace matrimonial, a mudança vai gerar grande economia para o brasileiro, que não mais terá que gastar por duas vezes com despesas processuais, cartorárias e honorários de advogado (...)." (2012, p. 02)

Tal entendimento equivale à desburocratização acerca da dissolução matrimonial, sendo prezado pelos adeptos, como dito anteriormente, a celeridade processual e econômica quanto ao pagamento das custas processuais e honorários do advogado.

Os simpatizantes da emenda destacam e direcionam a significativa mudança à dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional, argumentando que o divórcio é infinitamente mais vantajoso do que a separação, já que no prisma jurídico desfaz o vínculo matrimonial, possibilitando a convolação de novas núpcias e, sob o viés psicológico evita à duplicidade de processos, e em decorrência disto, os gastos desnecessários e o transtorno sofrido pelo casal quando havia necessidade de se aguardar o lapso temporal para por fim ao vínculo matrimonial.

Nesta ótica, estamos diante da desburocratização jurídica acerca da dissolução do vínculo matrimonial, possibilitando de maneira imediata e eficaz que casais se libertem da relação falida.



Seguindo este raciocínio, destaca Pablo Stolze Gagliano:

> "O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios direitos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida." (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 278)

Portanto, os que prezam pelo fim da separação concluem, em consequência do exposto, que estão revogados os art. 1.572 a 1.578, do Código Civil, que tratam das formas da separação judicial, bem como seus efeitos, ocorrendo o mesmo com o art. 1.580, que trata da conversão da separação em divórcio e do divórcio direto.

Sendo assim, o divórcio é caracterizado por eles como única possibilidade de dissolução voluntária do casamento, não havendo mais condições ou a necessidade do cumprimento de prazo para por fim à relação matrimonial.

## Dos que prezam pela subsistência da separação judicial no ordenamento jurídico

Em contrapartida, há os que defendem a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, podendo a qualquer tempo ser exercida pelos cônjuges, não sendo de titularidade do Estado retirar o direito dos casais de se separarem.

Uma das inúmeras justificativas para tal corrente protetora da separação judicial é que o casamento sofrerá grande banalização. O que é referenciado pelo vice-presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Dom Luiz Soares Vieira. Para ele, ao facilitar o fim do casamento e, por conseguinte, extirpar a separação do ordenamento jurídico seria banalizar a questão.

Indagam que a norma constitucional nada expôs sobre a extinção da separação judicial do ordenamento, sendo silente quanto ao tema. Neste sentido, outra polêmica surge acerca dos conflitos conjugais, os quais deverão ser resolvidos açodadamente pelo divórcio, ou deverão os cônjuges manter-se em estado de separação de fato até que, passado o estresse momentâneo do conflito, resolvam se devem por fim definitivo ao casamento ou não. Tendo em vista que o divórcio não admite a reconciliação do casal, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar novamente.

Nesta mesma concepção, indaga Gustavo Gonçalves Cardozo:

> "Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redarguir que serão esses casos poucos ou menos raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade das minorias." (2012, p. 02)



Vale ressaltar que tal posicionamento tem se mostrado prevalecente, como se denota o enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil: "Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial". (JFJUS, 2012)

Pondera o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, integrante da 7ª Câmara Cível, que a separação, enquanto não abolida formalmente pelo legislador, poderá ser pleiteada por todas as pessoas que não queiram se divorciar por motivos pessoais e religiosos, já que há religiões que não admitem a dissolução do matrimônio.

Neste contexto, há quem considera que a emenda não extirpou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, que continua regulando tanto a dissolução do vínculo matrimonial como da sociedade conjugal.

## Breves considerações acerca dos processos de separação em andamento sob vigência da EC n° 66/2010

Com o advento da Emenda nº 66/2010, outro fato de grande controvérsia e relevância jurídica chamou a atenção dos juristas, já que antes da promulgação da norma constitucional já existiam vários processos de separação em trâmite.

Neste sentido, há quem sustente que tais demandas devem ser extintas, sem julgamento do mérito, por superveniente impossibilidade jurídica do pedido, conforme preconiza o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

De outro lado, há quem entenda que o procedimento de separação era utilizado apenas por exigência legal, e que, na verdade, a intenção dos cônjuges

que o requeriam era, desde o início, pôr fim ao casamento, sendo assim, no momento em que deixa de existir o processo de separação, o juiz deve transformá-lo em ação de divórcio.

Para esse entendimento, o juiz daria apenas ciência às partes da conversão, sendo que o silêncio destes seria tido como concordância tácita à decretação do divórcio. Na hipótese de as partes virem a manifestar-se em sentido contrário é que haveria a extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido.

Para Stolze e Pamplona Filho, o juiz deverá oportunizar a parte autora, em caso de separação litigiosa, ou as partes interessadas, em caso de jurisdição voluntária, concedendo prazo para que o pedido realizado seja adaptado à Emenda Constitucional nº 66/2010, convertendo-o em requerimento de divórcio. (2010, p. 283)

Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do Código de Processo Civil, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, o que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Deste modo posiciona-se Dimas de Carvalho:

> "A melhor solução nas ações de separação em andamento, em razão da norma constitucional modificadora, é intimar as partes, concedendo prazo para adequarem o pedido com o requerimento de divórcio, conduta que vem sendo adotada em diversas varas de família, até mesmo por economia processual, evitando-se o ajuizamento de novas ações de divórcio." (2010, p. 341)



Parte da doutrina alega que faz mais sentido oportunizar as partes a possibilidade de requererem a ação de divórcio, através de adequação do pedido, para não remanescer dúvidas acerca da vontade dos consortes em dissolver o vínculo conjugal. Tal solução seria mais adequada também do que extinguir de ofício os processos de separação em trâmite, até mesmo por uma questão de economia e celeridade processual.

Caso as partes intimadas para a modificação do pedido no prazo determinado pelo juiz não se manifestem é que se faz necessária a extinção do processo sem resolução de mérito, devido à impossibilidade jurídica do pedido, posto que não se pode mais falar no instituto da separação no nosso ordenamento jurídico.

## Comentários e jurisprudência do TJRJ sobre o divórcio face à Emenda Constitucional nº 66/2010

Os Tribunais de Justiça, especificamente o do Rio de Janeiro, vêm se posicionando no sentido do término da separação judicial, o que fica demonstrado com os diversos acórdãos neste contexto, existindo atualmente escassos entendimentos no sentido de que a separação continua presente no ordenamento jurídico.

> "0002282-97.2003.8.19.0067 – APELAÇÃO – DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE – Julgamento: 27/08/2010 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. Determinação para que fosse apresentada a declaração de duas testemunhas acerca do lapso temporal da separação. Paralisação por cinco anos. Extinção por abandono. Meta 2. O art. 226 § 6º da CRFB, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, não traz mais nenhum requisito temporal para a decretação do divórcio, que poderá ser obtido a qualquer tempo. Assim, as exigências não mais subsistem para a concessão do divórcio. Anulação da sentença para prosseguimento do feito."[8]

Os acórdãos, em sua maioria, são fundamentados acerca do fim da menção à separação judicial na Constituição Federal, onde dá ensejo à supressão deste instituto mesmo não havendo expressa revogação da legislação ordinária.

Demonstram ainda que o novo texto constitucional não vislumbra prejuízo às partes quanto ao fato de converterem o pedido de separação em divórcio se a ação de separação estiver em curso, desde que as partes sejam intimadas para concordarem em convolar o pedido de separação em divórcio direto. Caso não desejem, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, pois a separação não tem mais cabimento em razão da supressão mencionada. Ainda, nenhuma norma constitucional faz referência a ela.



Prevê o Tribunal que as partes que não desejarem a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio terão a opção da separação cautelar de corpos que assegurará o fim do regime de bens. Contudo, mesmo que não haja a separação de corpos, as partes poderão comprovar a separação de fato que irá produzir os mesmos efeitos.

Havendo bens a serem partilhados, os ex-consortes poderão, depois de decretado o divórcio, pleiteá-la em separado. No caso de alimentos poderá perquiri-los através de ação própria, o mesmo ocorre quando uma das partes deseja requerer indenização em razão de algum transtorno ocasionado pela outra, já que não cabe neste posicionamento a discussão da culpa para decretação do divórcio.

Faz parte do posicionamento majoritário deste Tribunal que a próxima inovação quanto à dissolução do casamento ocorrerá quando o divórcio perder seu caráter judicial e adquirir aspecto meramente administrativo, no qual a citação para que o outro se manifeste quanto ao pedido de dissolução matrimonial terá caráter de notificação, não permitido neste caso a peça contestatória com a intenção de protelar o pedido do divórcio.

Deste modo verifica-se a tendência do Tribunal de Justiça no sentido de perpetuar o entendimento de que a separação judicial foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro.

---

[8] DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Provimento do recurso. Decisão Monocrática:* 27/08/2010. Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

## Considerações finais

Este trabalho foi realizado com base na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, no texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, a qual culminou no surgimento da polêmica acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional, para os cônjuges perquirirem o divórcio era necessário cumprir o lapso temporal de 1 (um) ano, no caso de separação judicial, ou então o prazo de 2 (dois) anos em caso de separação de corpos.

Com o advento da Emenda, foi suprimido do texto citado previamente o lapso temporal anteriormente exigido, fazendo constar que o casamento poderá ser dissolvido pelo divórcio. Fato que gerou uma série de debates jurídicos, já que a nova redação é silente quanto à permanência ou fim da separação judicial do ordenamento.

Neste sentido, há os que defendem a permanência do instituto no texto legal, tendo em vista que a norma constitucional nada expôs sobre a extinção da separação, sendo omissa quanto ao tema. Para eles, extirpar o instituto seria provocar no casamento a banalização matrimonial, de modo que os conflitos conjugais seriam resolvidos açodadamente pelo divórcio, tendo em vista que tal instituto não admite a reconciliação do casal, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar novamente.

De outro lado, há os que prezam pela extirpação da separação do ordenamento jurídico. Para esta corrente, o divórcio é mais vantajoso que a simples medida da separação judicial, sobre o prisma psicológico. Evita-se com ele a duplicidade de processos e, por conseguinte, a *strepitusfori,* ou seja, o desgaste emocional das partes envolvidas, que agora não precisam mais cumprir o lapso temporal para por fim na relação falida. Sob o víes econômico, o fim da separação é salutar, já que com isso evitam-se gastos judiciais desnecessários.



No mesmo ponto de vista, os tribunais, especificamente, o do Estado do Rio de Janeiro, vêm se posicionando no sentido do término da separação judicial, o que é fundamentado com base no fim da expressão *à separação judicial* no texto constitucional. Na concepção dos tribunais, o novo texto não vislumbra o prejuízo das partes quanto ao fato de converterem o pedido da separação em divórcio se a ação de separação estiver em curso, desde que as partes sejam intimadas para concordarem em convolar o pedido de separação em divórcio. Caso não desejem o processo será extinto sem resolução do mérito, já que para eles o instituto da separação foi retirado do ordenamento.

Diante o exposto, constata-se que a polêmica persiste, haja vista não prevalecer majoritariamente nenhuma das correntes expostas, tanto que, recentemente, para suavizar tal debate jurídico, foi editado o enunciado 504 da V Jornada do Direito de Família, o qual se posicionou pela manutenção da separação no texto legal. Embora o citado enunciado não seja norma jurídica que possa por fim à polêmica, há que se concluir que este surgiu a partir do estudo e interpretação da norma, criando, por conseguinte, um "norte" a fim de eliminar tal discussão. Certo é que muitos julgadores seguirão este posicionamento diante do caso concreto.

Por fim, no nosso entendimento acerca do tema, a Emenda Constitucional veio ao encontro dos anseios da sociedade, poupando o cidadão comum de submeter-se num momento frágil a dois processos judiciais e, ainda, de expor a sua intimidade e sua vida privada, quando não há necessidade. De fato, obrigar os casais que já não se amam a cumprirem o lapso temporal à época exigido para se requerer o divórcio é algo pasmoso. Portanto, não há sentido algum estabelecer requisitos prévios sem os quais não é possível a dissolução do vínculo matrimonial, fazendo sustentar uma relação que não mais subsiste.

## Referência bibliográfica

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *O fim da separação judicial e o divórcio direto.* Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opinião/mat/2007/11/23/327284485.asp>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

CARDOZO, Gustavo Gonçalves. *A emenda do divórcio: singelas reflexões.* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11.698/2008*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!* Porto Alegre: Editora Magister. Data de inserção: 09/07/2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro:* Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva; 2007.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *País tem casamento gay direto no cartório.* Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/search?updated-min=2011-01-01T00:00:00-02:00&updated-max=2012-01-01T00:00:00-02:00&max-results=50>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Recurso Parcialmente Provido. Em Monocrática.* Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Provimento do recurso. Decisão Monocrática: 27/08/2010*. Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Julgamento: 16/07/2012 - Terceira Câmara Cível Apelação. Direito De Família.* Disponível em<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Enciclopédia Saraiva de Direito:* Divórcio no Brasil. Vol. 29. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio.* São Paulo: Saraiva, 2010.

JFJUS. *Enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil.* Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto., CARDOZO, Gustavo Gonçalves. *A emenda do divórcio: singelas reflexões.* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

OLIVEIRA, César de. *Nova lei do divórcio acaba com a separação judicial.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possiblidade-separação-judicial>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Nova Lei do divórcio não protege a família.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

# Relações de trabalho '*versus*' relações de consumo e a competência da Justiça do Trabalho à luz da EC nº 45/2004

**Aline Vaz dos Reis**[1]

**Resumo**

Este artigo tem por objeto analisar a nova abrangência da Competência da Justiça do Trabalho, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Tem por objetivo destacar a abrangência da Emenda Constitucional nº 45/2004 e suas influências na Justiça Especializada face ao alongamento desta competência, em relação à celeridade processual, evidenciando, especificamente, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, comparando a relação de trabalho com a relação de consumo. Como diferenciar uma relação de trabalho de uma relação de consumo? Verificando ainda a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, que é mais ampla do que a primeira. Utiliza-se pesquisa bibliográfica, através de obras doutrinárias e em sites jurídicos, bem como copiosa jurisprudência. Finalmente, demonstra-se as vantagens da Emenda para o mundo jurídico, que veio como forma de adaptação, renovação e evolução diante das mudanças e necessidades sociais.

**Palavras-chave:** Relação de trabalho. Relação de emprego. Relação de consumo. Competência. Justiça do Trabalho.

**Abstract**

This article has as its object analyze the new scope of Competence of labor Justice, established by Constitutional Amendment 45/2004. Has the aim to highlight the breadth of the Constitutional Amendment 45/2004 and its influences on Justice Specialized face to the stretching this competence, in relation to speed up the proceedings; highlighting, specifically, the extension of the competence of Justice of the Work, to prosecute and judge the actions from the Employment Relationship. By analyzing the relationship of work versus the ratio of consumption. As to differentiate a working relationship of a relationship of consumption. In Analysing the distinction between working relationship and the relationship of employment, which is more extensive than the first. We Use bibliographic research, through works espoused and in legal sites; as well as, copious jurisprudence. Finally, it shows the advantages of the Amendment to the legal world, which came as a form of adaptation, renewal and evolution before the changes and social needs.

**Keywords:** Employment relationship. Employment relationship. Consumer relationship. Competencia. Labour justice.

[1] Bacharelanda da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

## Introdução

O objetivo deste trabalho é verificar se após a EC nº 45/2004[2], que modificou o texto do art. 114 da CRFB/88[3] e ampliou a competência da Justiça do Trabalho, passou a mesma a apreciar ações em que um médico ou um advogado demande em face de um cliente ou, ainda, que um cliente demande em face de uma oficina de automóveis, porque defeituoso o serviço prestado.

É a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar relações de trabalho e relações de consumo?

Com o advento do CDC[4] (Lei nº 8.078, de 11/09/1990), varias dúvidas surgiram ao longo dos anos em face dos conflitos provenientes de relação de trabalho, que, na verdade, seria relação de consumo.

A proposta original da mencionada EC nº 45/2004 tinha como medida extrema a extinção da Justiça do Trabalho, que seria incorporada pela Justiça Federal. Posteriormente, esta ameaça foi afastada e a competência da Justiça do Trabalho foi mantida para julgar as ações oriundas da relação de emprego, acrescentando, para tanto, o inciso IX do art. 114 da CRFB/88, ampliando, assim, a competência para abranger as relações de trabalho (alteração do inciso I, com a substituição da expressão relação de emprego por relação de trabalho).

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho ocorreu no campo de competência material e, sendo a Justiça do Trabalho uma justiça especializada, compete a ela processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, conforme a nova redação do art. 114 da CRFB/88.



A Justiça do Trabalho tem sua competência definida constitucionalmente e é considerada uma atividade judiciária especial.

## A relação de trabalho

Com o advento da EC nº 45/2004 uma das mais relevantes alterações refere-se ao sentido e alcance da expressão "relação de trabalho", constante no art. 114, I, da CRFB/88, com a finalidade de fixar a competência da Justiça do Trabalho.

Antes da EC nº 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho era em razão das pessoas, referindo-se as figuras de empregado e empregador ou trabalhador e empregador. Hoje essa competência é fixada exclusivamente em razão da matéria. Desta forma pouco importando se a parte em litígio é empregador ou empregado, mas, sim, se o litígio origina-se de uma relação de trabalho, que é gênero, cuja espécie é a relação de emprego.

Com a EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho deixou de julgar apenas as ações referentes à relação de emprego e passou a julgar também as ações oriundas da relação de trabalho.

---

[2] EC 45/2004 – Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

[3] CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[4] CDC – Código de Defesa do Consumidor.

Antes da EC nº 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho subdividia-se em: específica, que dirimia conflitos decorrentes da relação de emprego; derivada, que, mediante lei, poderia apreciar conflitos decorrentes de outras relações de trabalho, como, por exemplo, o trabalhador avulso portuário, pequeno empreiteiro (art. nº 652, a, III e V da CLT), temporário (Lei 6019/74), e competência para cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Excluindo o representante comercial (Lei nº 4886/65), o trabalhador autônomo (incluindo profissional liberal), o trabalhador eventual, o cooperado, dentre outros trabalhadores, que deveriam solucionar as suas lides na Justiça Comum.

> "A EC nº 45/2004 com a nova redação do inciso I, do art. 114 da CRFB/88, fixou em definitivo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho. Os limites desta competência estão no conceito de relação de trabalho".[5]

Ressalte-se que é importante entender que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações que envolvam os servidores públicos regidos pela CLT. Quanto aos servidores públicos estatutários, a Justiça do Trabalho é incompetente para processar e julgar suas ações. Faz-se, então, necessário distinguir relação de trabalho de relação de emprego.

A relação de trabalho é toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho, como a relação de trabalho autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio, etc. A relação de trabalho existe pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não) e o tomador do serviço.



Segundo Mauricio Goldinho Delgado, "relação de trabalho são todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em trabalho humano."[6]

A relação de emprego surge de um contrato de trabalho, sendo este um negócio jurídico estabelecido entre empregado e empregador. Suas características básicas são a subordinação jurídica do trabalhador ao poder de comando do empregador, a não eventualidade na prestação do serviço, a remuneração pelos serviços prestados e a pessoalidade do trabalhador, sempre pessoa física, na prestação do serviço (CLT, arts. 2º e 3º).

É possível dizer que toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego.

Vale notar que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para as demandas oriundas da relação de trabalho, não as de emprego, deve estar centrada no fator "trabalho" e pela sua afinidade com a relação de emprego.

---

[5] RAMOS, Augusto César. A EC/45 e a Nova Competência da Justiça do Trabalho. Relação de Trabalho. *Jus Navigandi*, Terezina, ano 10, n 935, 24 jan. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7841>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

[6] DELGADO, Maurício Godinho *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista*. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf> Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

## Correntes doutrinarias acerca da expressão "relação de trabalho"

Na tentativa de fixar o sentido e o alcance da expressão relação de trabalho, bem como tentar responder qual é a competência da Justiça do Trabalho e qual é a competência da Justiça Comum surgiram algumas correntes doutrinárias.

A corrente restritiva ou fechada sustenta que a expressão "relação de trabalho" corresponde à "relação de emprego", consoante redação anterior do art. 114 da CRFB/88 (dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores). A fundamentação está na interpretação sistemática do art. 7º da CRFB/88 que utiliza-se das expressões "relação de trabalho e trabalhador" e, ainda, qual seria a razão do inciso IX do art. 114 da CRFB/88?

Esta corrente busca preservar a competência material da Justiça do Trabalho aos moldes anteriores à EC nº 45/2004. A competência da Justiça do Trabalho seria, tão-somente, para julgar as lides decorrentes da relação de emprego, uma vez que este é sinônimo de relação de trabalho.

A crítica que se faz a esta corrente é a de que escapa à razoabilidade, uma vez que a sua modificação vem nos dizer o que o texto constitucional sempre disse. De outra forma, o referido inciso IX trataria de competência derivada da Justiça do Trabalho, o que em uma leitura precipitada poderia entender ser este dispositivo inútil, pois diz o que dispõe o inciso I. No entanto, o inciso IX não contraria a regra geral do inciso I do art. 114 da CRFB/88 (norma constitucional de eficácia plena). O constituinte derivado permite, assim, ampliar ainda mais a competência da Justiça do Trabalho, possibilitando, por exemplo, apreciação de causas cujo pressuposto fático-jurídico é a relação de trabalho (ações que envolvam trabalhadores e empresas de previdência privada). Não sendo possível, ainda, dizer que relação de trabalho e relação de emprego são sinônimos, mas são relações do tipo gênero-espécie, onde o termo mais genérico abarca uma de suas espécies que é a relação de emprego.



A corrente ampliativa ou aberta defende a ampliação total da competência da Justiça do Trabalho independentemente de lei ordinária e, assim, desconsiderando o inciso IX, do art. 114 da CRFB/88, por considerá-lo inútil. Aceitando, assim, a interpretação do art. 114, I, da CRFB/88 com plenitude, não operando exclusões onde o legislador não o fez. Desta forma, todos os vínculos que tenham por base uma prestação de atividade humana estão sob o amparo especializado trabalhista. O seu fundamento está no fato de que para se caracterizar competência da Justiça do Trabalho basta que haja trabalho humano em benefício de outrem, desta forma a Justiça do Trabalho seria competente para dirimir conflitos que envolvam relação de emprego e de trabalho *lato sensu*, assim incluídas as relações de consumo, pois esta é sempre uma relação jurídica secundária a uma relação prévia, que é a relação de trabalho. Abrange toda e qualquer relação jurídica em que haja prestação pessoal de serviços.

A crítica a esta corrente é de que não haveria limites a essa competência, uma vez que tudo na sociedade decorre de trabalho, transformando, assim, a Justiça do Trabalho antes Especializada, em Comum.

A corrente intermediária reconhece a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, alcançando, além das relações fundadas no contrato de emprego, aquelas oriundas de atividade de trabalho humano. Intermediária por que exclui da nova competência as relações estatutárias e aquelas regidas pelo CDC.

Corrente que tem prevalecido na doutrina, distinguindo relação de trabalho de relação de consumo. Na relação de consumo, o destinatário, que é o consumidor, não adquire o serviço de outrem visando o lucro. Já na relação de trabalho, o tomador dos serviços tem fins lucrativos, exercendo atividade empresarial ou negocial.

Acontece que na relação estatutária, cujo vínculo entre o tomador do serviço (administração pública) e o prestador do serviço (servidor público) é meramente institucional, a redação do novo art. 114, I, da CRFB/88, não opera tal exclusão, de modo que não cabe ao legislador infraconstitucional e muito menos ao intérprete fazê-lo. Somente uma nova emenda constitucional poderá afastar as lides de natureza estatutária da competência da Justiça do Trabalho.

Assim a Justiça do Trabalho é competente para dirimir conflitos que decorram da relação de trabalho, mas não de consumo. Embora seja esta a corrente mais razoável ao interpretar a expressão "relação de trabalho", deve-se fazer uma ponderação à mesma acerca da questão da diarista, trabalhador eventual, que tem legitimado seu acesso à Justiça do Trabalho, mas na hipótese de prestar serviços à pessoa da família, destinatário final, sem fins lucrativos, terá de reivindicar esses direitos sonegados na Justiça Comum. O que foge à lógica e ao bom senso uma vez que a relação entre a diarista e o tomador do serviço caracteriza uma relação de trabalho, atraindo, assim, a incidência do art. 114, I, da CRFB/88.



Existe também uma corrente que considera a dependência econômica do prestador do serviço em relação ao tomador. Esta corrente sustenta que a expressão "relação de trabalho" abrange todos aqueles trabalhadores que dependem economicamente do tomador dos serviços, embora não exista qualquer relação jurídica entre eles. Esse tipo de relação de trabalho é muito comum nos dias de hoje quando, ao invés de subordinação, temos a parassubordinação.

A crítica que deve ser feita é que a dependência econômica não é requisito para caracterizar relação de trabalho ou relação de emprego, pois em algumas situações o trabalhador/prestador de serviços é economicamente superior ao seu empregador/tomador dos serviços. A dependência que poderia ensejar vínculo de emprego não é a econômica, mas sim a dependência em relação aos meios de produção, que em regra pertencem ao empregador.

Uma outra corrente é aquela que propugna que relação de trabalho é uma relação de trato sucessivo. Essa corrente defende que para caracterizar a relação de trabalho deve-se verificar o caráter obrigacional continuado, de trato sucessivo, o adimplemento da obrigação não ocorre num só momento, mas num lapso temporal. Desta forma relação de trabalho é o cumprimento de uma obrigação periodicamente dilatada ou diferida no tempo e não instantânea. Situações que se esgotam de imediato, num só momento, caracterizam relação de consumo e não de trabalho e eventuais litígios devem ser dirimidos na Justiça Comum.

Conclui-se pelo exposto que a expressão "relação de trabalho" consiste numa modalidade de exploração da força de trabalho de um ser humano por outrem num sistema capitalista de produção e destinado a geração de riqueza.

## Requisitos da relação de trabalho

Existência de um trabalhador, que deve ser, obrigatoriamente, pessoa física, figurando em um dos polos da relação de trabalho, excluindo assim a pessoa jurídica, pois para que a competência seja da Justiça do Trabalho o objeto do contrato tem que ser o trabalho humano. No entanto, deve-se ter cautela quanto à possibilidade de fraudes que podem ocorrer na terceirização dos serviços, cooperativas de trabalho e, mais recentemente, na contratação de "pessoas jurídicas", que em verdade é uma pessoa física atuando no plano unipessoal.

A relação de trabalho difere da relação de emprego por não exigir a pessoalidade. A pessoalidade não é um requisito necessário na relação de trabalho. Aqui a pessoalidade é bastante mitigada como, por exemplo, num contrato de prestação de serviço em que um empregado pode substituir o outro desde que haja concordância do contratante. Por esse motivo são considerados como relação de trabalho o autônomo, os cooperados, os avulsos, os eventuais, etc. Ao contrário da relação de emprego em que a pessoalidade é requisito essencial.

A habitualidade também não é imprescindível para caracterizar a relação de trabalho. O trabalho deve ser repetitivo, mas não necessariamente contínuo, porém deve ser inerente à atividade da empresa. Desta forma, a habitualidade se caracteriza com a verificação do trabalho repetitivo inserido na atividade da empresa. Na relação de emprego, a habitualidade é requisito essencial.



A onerosidade também não é essencial para caracterizar a relação de trabalho, como, por exemplo, o trabalho voluntário, regulado pela Lei nº 9.608/98, é uma modalidade legal de trabalho não oneroso e está inserida na competência da Justiça do Trabalho, pois este trabalhador pode pleitear, por exemplo, indenização por dano moral e/ou patrimonial, ou mesmo ser vítima de acidente de trabalho, etc.

A subordinação que, na relação de emprego é essencial, na relação de trabalho já não é. Não existe obrigatoriamente à subordinação do trabalhador ao tomador do serviço.

A alteridade também não é requisito imprescindível para caracterizar a relação de trabalho. A alteridade ocorre quando uma pessoa natural trabalha, ou seja, se subordina a outra, empregador, que adquire os frutos de seu trabalho, originando, assim, uma relação de emprego. Na relação de trabalho, o procedimento é o mesmo, o tomador dos serviços se beneficia economicamente da força de trabalho do trabalhador, adquirindo os frutos do seu trabalho e os vendendo.

## Espécies da relação de trabalho

A relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho. Antes da EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho, conforme disposto no art. 114 da CRFB/88, analisava, em regra, apenas os litígios decorrentes da relação de emprego e, em

caráter excepcional, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, quando havia expressa autorização constitucional para ampliação da competência material por meio de lei ordinária.

> JUSTA CAUSA – QUEBRA DE FIDÚCIA – COMPROVAÇÃO – A resolução do vínculo laboral, a par de representar a maior penalidade que pode ser imposta ao trabalhador, na medida em que gera reflexos pecuniários imediatos e profissionais futuros, contraria os princípios da boa-fé, dos quais deflui o dever de execução leal das obrigações assumidas, e o da continuidade da relação de emprego, em que se presume o interesse do empregado na manutenção do vínculo empregatício, eis que fonte de sua subsistência. Nesse diapasão, erigiram as Cortes Trabalhistas, de modo uníssono, entendimento segundo o qual a razão determinante da ruptura justificada do contrato de trabalho deve ser comprovado de modo cabal e inconteste pelo empregador, sob pena de se presumir injusta a dispensa, e devidas as verbas pecuniárias decorrentes. Incorrendo o reclamante em mau procedimento e tendo praticado ato de indisciplina, a inexistência de sanções anteriores não inibe a aplicação da pena capital, pois rompida a fidúcia pelo cometimento de falta grave. Provada, robustamente, a ocorrência dos fatos desencadeadores da justa causa, correta a sua aplicação. Nego provimento ao recurso operário. (TRT 10ª R. – RO 3469/2001 – 3ª T. – Relª Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro – DJU 18.01.2002)[7]



O empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outrem serviços não eventuais, subordinados e assalariados. Em outras palavras, é toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT).

Na relação de trabalho autônomo, existe a figura do trabalhador autônomo. Antes da EC nº 45/2004, as lides oriundas de uma relação de trabalho autônomo eram competência da Justiça Comum.

Com o advento da EC nº 45/2004, por força do inciso I, do art. 114 da CRFB/88, passaram a ser competência da Justiça do Trabalho as lides oriundas da relação de trabalho autônomo.

No entanto, é importante distinguir se a lide teve origem numa relação de trabalho autônomo ou numa relação de consumo, pois esta última é competência da Justiça Comum.

> "COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO." A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do

[7] TRT 10ª R. – RO 3469/2001 – 3ª T. – Relª Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro – DJU 18.01.2002

> advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que fosse, porque a relação consumerista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo art. 114 da CF (Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho 23/11/2007).[8]

O trabalhador autônomo apresenta as mesmas características do empregado com exceção de uma, que é a subordinação. Uma outra forma de saber se o trabalhador é autônomo é se verificar quem suporta os riscos da atividade. Se estes forem suportados pelo trabalhador, ele será autônomo. Um exemplo de trabalho autônomo é a empreitada, locação de mão de obra, atualmente, prestação de serviços.

A relação de trabalho eventual nos termos do art. 3º da CLT exige como característica de relação de emprego a não eventualidade. Desta forma o trabalho eventual antes da EC nº 45/2004 não era tutelado pelo Direito Material, pois o texto original do art. 114 da CRFB/88 não previa expressamente a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as lides oriundas dessa relação.

O trabalho eventual é aquele em que o trabalhador é admitido na empresa para um determinado evento ou pode ser aquele serviço desenvolvido numa empresa, mas que não apresenta nenhuma relação com seus fins normais ou, ainda, aquele trabalhador ocasional, esporádico, que trabalha de vez em quando ou, também, aquele que não se fixa uma fonte de trabalho, fixação jurídica, como, por exemplo, a diarista.



Outra espécie de relação de trabalho é a do empregado doméstico. Antes do advento da EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho já era competente para dirimir os conflitos oriundos da relação que tinha como parte o empregado doméstico, não se verificando, assim, nenhuma mudança após a referida Emenda.

> DOMÉSTICO – CONFIGURAÇÃO – DOMÉSTICO – VÍNCULO DE EMPREGO – TRABALHO EM POUCOS DIAS DA SEMANA – Exclusividade não é requisito do contrato de trabalho. A defesa menciona que a reclamante trabalhou como diarista de 1996 a julho de 2000, prestando serviços em média três vezes por semana. Havia continuidade na prestação de serviços, o que era feito três vezes por semana, como foi confessado na defesa. A Lei nº 5.859 não exige que o trabalho do doméstico seja diário, mas que seja contínuo, como ocorre no caso dos autos. (TRT 2ª R. – RS 20010427788 – (20020005983) – 3ª T. – Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins – DOESP 15.01.2002)[9]

[8] Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho 23/11/2007

[9] TRT 2ª R. – RS 20010427788 – (20020005983) – 3ª T. – Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins – DOESP 15.01.2002

Empregado doméstico é qualquer pessoa física que presta serviços contínuos a um ou mais empregadores, em suas residências, de forma não eventual, contínua, subordinada, individual e mediante remuneração, sem fins lucrativos. (Lei nº 5589/72).

Quanto à relação de trabalho avulso, antes da EC nº 45/2004, não era competência da Justiça do Trabalho dirimir conflitos oriundos desta espécie de relação de trabalho. Após a Emenda, pela interpretação do art. 114, I, da CRFB/88, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho avulso (competência originária), que também está previsto na CLT, em seu art. 643.

> "Art. 643 – Os dissídios oriundos das relações de empregados e empregadores, bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho."[10]

O trabalho avulso é aquele que "tem como característica a intermediação do sindicato do trabalhador na colocação de mão de obra, a curta duração do serviço prestado a um beneficiado e a remuneração paga basicamente em forma de rateio procedido pelo sindicato. O art. 7º, XXXIV, da CRFB/88, o igualou ao empregado com vínculo empregatício."[11]



A relação de trabalho rural é mais uma espécie da relação de trabalho que após a EC nº 45/2004 passou a ser competência da Justiça do Trabalho processar e julgar os conflitos oriundos desta relação.

> "TRABALHADOR RURAL – CARACTERIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. A pessoa humana que, por longos anos, presta serviço à empresa que se dedica ao plantio, cultivo e colheita de rami, e o faz através de pseudo contrato de parceria firmado com terceiros notoriamente desprovidos de idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade empresarial, é indubitavelmente seu empregado, daí a prescrição aplicável ser a do artigo 10 da Lei nº 5.889/73. PIS – NÃO CADASTRAMENTO – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Se o empregado não teve o seu nome incluído na RAIS, em determinado período do seu contrato de trabalho, resulta que não lhe foi dada a oportunidade de ser aquinhoado com os depósitos do PIS, porque não cadastrado no referido plano. Logo, compete ao reclamado indenizar o reclamante pelo prejuízo sofrido (art. 159 do Código Civil). Havendo, pois, o descumprimento de obrigação pelo empregador para com o empregado, na

[10] Vide art. 643 da Consolidação das Leis do Trabalho

[11] Disponível em http//www.centraljuridica.com/doutrina/24/direito_do_trabalho/empregado.html. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

> vigência do contrato de trabalho, emerge a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a matéria, conforme entendimento pacificado neste Tribunal (Enunciado nº 300 do TST), bem como no antigo TFR (Súmula nº 82). Recurso de revista não provido. SEGURO-DESEMPREGO – INDENIZAÇÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A falta de entrega de guias de seguro-desemprego (art. 9º da Resolução Codefat nº 64, de 28/7/94 c/art. 19 da Lei nº 7.998 de 11/1/90), pelo empregador, após a rescisão contratual, para que se viabilize a percepção do benefício pelo empregado, sem dúvida alguma, guarda íntima e indissolúvel ligação com o contrato de trabalho, daí a competência material do Judiciário Trabalhista para conhecer e decidir conflito que envolva o descumprimento de referida obrigação de fazer, ao teor do que dispõe o art. 114 da Carta Constitucional. O seguro-desemprego, assegurado pela Lei nº 7.998/90, tem por finalidade, conforme dispõe o artigo 2º da citada lei, prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive, a indireta. É direito cujo exercício só se concretiza mediante a apresentação de guias fornecidas pelo empregador. Se sua percepção pelo empregado é obstada pelo empregador, que deixa de cumprir com sua obrigação de fornecer as guias, causando-lhe prejuízos irreparáveis, dada a natureza alimentar do benefício, deve o inadimplente responder por perdas e danos, à luz do que preceitua o artigo 159 do Código Civil. Recurso de revista não provido. (TST 4ª Turma – RR-365749/1997 – Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França – 22 de agosto de 2001)[12]



O trabalhador rural é aquele que presta serviços em propriedade rural, continuadamente e mediante subordinação ao empregador, assim entendida, toda pessoa que exerce atividade agroeconômica. A duração do contrato de trabalho rural pode ser determinada ou indeterminada. A CRFB/88 equiparou totalmente os direitos do empregado rural aos do empregado urbano. O trabalhador da indústria situada em propriedade rural é considerado industriário e regido pela CLT e não pela Lei do Trabalhador Rural.

## Relação de consumo

Este é o tema mais complexo, envolvendo a "nova competência da Justiça do Trabalho", pois há uma discussão doutrinária intensa acerca da caracterização da relação de consumo como trabalhista.

Sendo, assim, imprescindível estudar a prestação de serviço consumerista e a relação jurídica por ela formada, a partir de seus elementos.

A relação de consumo é uma relação obrigacional que, em regra, envolve dois sujeitos ativo (o fornecedor) e passivo (o consumidor), conforme entendimento de João Baptista de Almeida:

[12] TST 4ª Turma – RR-365749/1997 – Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França – 22 de agosto de 2001.

> "As relações de consumo são bilaterais, onde figuram o fornecedor – que pode ser fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo"[13].

A relação de consumo é regulada pelo CDC, que define tanto os sujeitos jurídicos da relação quanto os seus objetos.

O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que, individual ou coletivamente, adquire ou utiliza como destinatário final, ou seja, em benefício próprio ou de outrem, bens ou serviços. (Art. 2º, CDC)

Todas aquelas pessoas que de alguma forma participaram da relação de consumo, ainda que sejam indetermináveis, serão equiparadas a consumidor. (Art. 2º, Parágrafo Único, CDC)

O fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que tenha participado no desenvolvimento das atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização e de forma habitual vem oferecer esses produtos ou serviços no mercado. (Art. 3º, CDC)

O Art. 3º, § 1º, do CDC, considera que o produto pode ser qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Enquanto que o § 2º do mesmo artigo, conceitua serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante uma remuneração, bem como as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, exceto aquelas decorrentes de relação trabalhista.



Tanto fornecedor quanto consumidor estabelecem, no mercado de consumo, vínculos obrigacionais cujos objetos podem ser produto ou serviço. Produto é qualquer bem que decorre da atividade do fornecedor.

Na relação de consumo o interesse do consumidor não está alicerçado na atividade de trabalho humano e, sim, no bem obtido a partir dela, segundo entendimento de Alexandre Ramos:

> "Resta claro que nem todas as relações de consumo estarão sob a competência da Justiça do Trabalho. Ficam, de plano, excluídas da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo cuja atividade seja de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos."[14]

---

[13] ALMEIDA, João Baptista de. *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista*. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

[14] RAMOS, Alexandre Luiz. *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Desta forma, temos a caracterização da relação de consumo embasada na prestação de serviço. Assim, defende-se o deslocamento das lides oriundas de tal vínculo para apreciação da Justiça do Trabalho, em virtude da redação conferida à Carta Magna pela EC nº 45/2004.

Assim, serviço é qualquer atividade prestada no mercado de consumo, na qual, de um lado, há o fornecedor que a oferece, a partir de uma remuneração, e, de outro, o consumidor, que a usufrui. Serviço é, tipicamente, atividade. Esta é ação humana tendo em vista uma finalidade.

Deve-se, então, distinguir o consumidor do tomador de serviços aplicando o art. 2º do CDC. O tomador de serviço, para os fins da relação de trabalho, é a pessoa física ou jurídica que utiliza os serviços prestados por um trabalhador autônomo não como destinatário final, mas sim como intermediário. Uma vez que o princípio do direito do trabalho e do direito processual do trabalho é a proteção do trabalhador, prestador do serviço e não tomador do serviço, enquanto o princípio das relações de consumo é a proteção do consumidor. Desta forma, é incompatível proteger o consumidor, tomador de serviços, em detrimento do prestador do serviço, trabalhador.

Sendo, assim, um dos focos centrais da discussão acerca da competência da Justiça do Trabalho é definir se a relação de consumo pode ou não ser excluída do conhecimento da lide pela Justiça Especializada. Para tanto, utilizam-se os doutrinadores da exegese do art. 3º, §2º, do CDC, bem como do argumento de que a fragilidade do prestador de serviço, que é pressuposto de exigência para existência de uma Justiça do Trabalho Especializada, estaria comprometida no caso de haver um consumidor na mesma relação jurídica, também considerado hipossuficiente pela lei.



Aqueles que corroboram com a tese de que a relação de consumo não afasta a competência da Justiça Trabalhista afirmam que esta relação jurídica não é hábil a excluir outra relação, a relação de trabalho travada entre as partes, sendo que esta ao mesmo momento que traz a competência para a Justiça do Trabalho pode, se cumpridos os requisitos do Código de Defesa do Consumidor, também gerar a relação de consumo. Ou seja, a relação de trabalho seria pressuposta à relação de consumo, a qual, existindo, ou não, não afastaria da Especializada o conhecimento da lide, enquanto que os adeptos da outra corrente entendem que a relação de consumo exclui a competência da Justiça do Trabalho.

## Relação de trabalho "*versus*" relação de consumo

Aqui, em especial, a relação de trabalho autônomo será amplamente debatida, a fim de determinar se aquela relação é realmente uma relação de trabalho autônomo ou uma relação de consumo e, consequentemente, se a competência para processar e julgar o conflito é da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum, pois, com a EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as lides oriundas de trabalho autônomo por força do art. 114, I, da CRFB/88.

No entanto, as relações oriundas das relações de consumo não são da competência da Justiça do Trabalho. Podemos dizer que quando o trabalhador autônomo se apresentar como fornecedor de serviços e, como tal, pretender receber honorários de seu cliente, a competência para a demanda será da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho, pois a matéria diz respeito à relação de consumo e não à de trabalho.

Relação de trabalho e relação de consumo são inconfundíveis, o que pode ser verificado através da seguinte situação: um médico que labora em uma clínica médica especializada, como trabalhador autônomo, recebendo honorários desta e prestando serviços ao paciente. Existem duas relações distintas: uma entre o médico, que é pessoa física, e a clínica, que é empresa tomadora de serviços, configurando uma relação de trabalho, e sendo a competência da Justiça do Trabalho; e outra entre o médico, que é pessoa física e fornecedor de serviços, e o paciente, consumidor de serviços, originando uma relação de consumo; sendo o paciente a pessoa física que utiliza o serviço como destinatário final, e a competência é da Justiça Comum.

Dependendo da qualidade do destinatário do serviço, a relação pode ser relação de consumo se aquela pessoa que está adquirindo ou utilizando o serviço for o destinatário final. A Justiça do Trabalho, então, não será competente.

Se o tomador do serviço não for o destinatário final, haverá relação de trabalho, sendo competente a Justiça do Trabalho. Geralmente, o cliente pessoa física é o destinatário final, então a relação é de consumo e o cliente empresa, pessoa jurídica, é o tomador do serviço, configurando uma relação de trabalho.



O traço delineador da relação de consumo e que a distingue da relação de trabalho é o fato de que nelas a prestação de serviços se esgota no próprio tomador, não estando inserida em qualquer sistema de produção. Se os serviços são prestados diretamente para o destinatário final, que não incrementa a cadeia produtiva, não se caracteriza relação de trabalho, e, sim, relação de consumo.

Na relação de consumo, o destinatário final, consumidor, não adquire serviços de outrem para vendê-los a outras pessoas e com isso obter lucro. Assim, a prestação de serviço com fundamento em relação de trabalho exclui a relação de consumo, e esta àquela. Desta forma, o fornecedor de serviços é aquela pessoa que oferta seus serviços ao mercado consumidor de modo "ostensivo", com um mínimo de organização e estrutura logística.

O destinatário final é a pessoa que contrata a prestação de serviços para atender à necessidade própria, em seu benefício exclusivo e não com o fim de lucrar economicamente com esses serviços.

A distinção entre relação de trabalho e relação de consumo pode ser verificada a partir de três enfoques:

Deve-se saber se aquele que contrata os serviços de uma pessoa física, o faz com fins de obter lucro para o seu empreendimento ou negócio, relação de trabalho, ou se o contrato dos serviços limitou-se à satisfação pessoal do contratante, na qualidade de destinatário final, relação de consumo;

Um outro enfoque de distinção é verificar se o contratado é um fornecedor de serviços ao público em geral ou, ao contrário, guarda um estreito grau de dependência econômica com aquele que o contratou e que com ele celebrou a relação de trabalho.

Por último, deve-se verificar se o serviço contratado caracterizou um trabalho com caráter obrigacional continuado, de trato sucessivo, diferido ou dilatado no tempo, ou se foi uma obrigação de cumprimento instantâneo que se exauriu em um só momento.

Existem duas teorias acerca do entendimento de destinatário final:

Os seguintes requisitos devem estar presentes para determinar quem é consumidor, segundo o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: o requisito objetivo refere-se à pessoa natural ou jurídica que adquire ou utiliza produtos e serviços; e o requisito subjetivo determina que a pessoa que adquire ou utiliza o produto ou serviço deve ser o destinatário final.

## Critérios para interpretação da expressão "destinatário final" – Teoria finalista e teoria maximalista

Para aqueles que defendem a teoria finalista, o conceito de consumidor é o ponto central da tutela especial, que tem como única função sua proteção no mercado. Para os adeptos desta corrente, a interpretação de "destinatário final" deve ser restrita, abrangendo como consumidores apenas aqueles que adquirem um produto ou serviço para uso próprio ou da família. É o consumidor não profissional, que não utiliza o produto ou serviço como insumo para outra atividade econômica. Salvo se estes se tratarem de bens ou serviços absolutamente indispensáveis para o exercício de determinada atividade econômica.



De outro lado, estão os adeptos da corrente maximalista, que entendem que o destinatário final seria o destinatário fático, aquele para quem é prestado o serviço ou aquele que adquire o bem, independentemente da utilização deste para consumo ou insumo. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor regularia o mercado de consumo, abrangendo tanto o consumidor profissional quanto o não profissional.

Em outras palavras, para a corrente finalista, há relação de consumo quando uma das partes utiliza um produto ou serviço para satisfação de necessidades pessoais, sem reinserir, em nenhum momento, esse produto ou serviço em outra atividade econômica. Têm-se, assim, como sujeitos da relação: o fornecedor e o consumidor.

Enquanto que, para a corrente maximalista, há relação de consumo em todas as relações de aquisição de produtos ou serviços. Com exceção apenas àquelas absolutamente indispensáveis para o exercício de determinada atividade econômica.

Assim é a observação de Claudia Lima Marques acerca das duas teorias: a dos finalistas e a dos maximalistas.

"Para os finalistas, não bastaria a interpretação meramente teleológica ou que se prenda à destinação final do serviço ou do produto. Consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva".

> "Esta interpretação", conclui, "restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável".
> Quanto aos maximalistas, "veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional".
> O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome."[15]

Então, "relação de trabalho", conforme art. 114, I, da CRFB/88, deve ser entendida como a que se toma o trabalho de alguém como fator de produção para agregar valor a um bem, considerado este de forma ampla. O trabalho aqui é fator de produção. Entretanto, se na ponta dessa relação jurídica estiver um consumidor, o trabalho torna-se bem de consumo, invertendo-se toda a sistemática de produção do hipossuficiente.



Assim, conclui-se que, se há relação de consumo, não há relação de trabalho, logo a competência para processar e julgar os litígios oriundos desta relação não será da Justiça do Trabalho.

Desta forma, a teoria finalista é a que melhor se encaixa para a fixação da Justiça do Trabalho. Porque ao restringir o que seja relação de consumo, amplia-se a competência da Justiça Especializada para conhecer as lides envolvendo relações cujo objeto é a prestação de serviços para inserção em atividade produtiva, ainda que de forma mediata.

A grande controvérsia resultante da aplicação da EC nº 45/2004 está na distinção entre relação de trabalho e relação de consumo, sendo esta regida pelo CDC, aprovado pela Lei nº 8078/90, sendo os respectivos litígios dirimidos pela Justiça Comum. Tratando-se, porém, de relação de trabalho, a competência após a vigência da EC nº 45/2004 é da Justiça do Trabalho.

---

[15] MARQUES, Claudia Lima. *APUD* GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery e DENARI, Zelmo. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ps. 34-35.

## A prestação de serviço consumerista como uma relação jurídica híbrida

Com o advento do CDC, o legislador preocupado com que as prestações de serviço consumeristas não fossem confundidas com as relações de caráter trabalhista fez constar a seguinte redação do art. 3º, § 2º, do CDC.

**"Art. 3º (...)**

**§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."**

Após a EC nº 45/2004, com a nova redação do art. 114, I, da CRFB/88 e consequente ampliação da competência material da Justiça do Trabalho para julgamento das lides oriundas da "relação de trabalho", o enfoque interpretativo deve ser outro.

A prestação de serviço consumerista, antes de ser caracterizada como tal, é uma verdadeira relação de trabalho, na qual um trabalho humano é dispensado em prol da execução de um serviço a ser consumido por outro, mediante uma retribuição. Assim, a prestação de serviço consumerista, que tem como substrato uma relação de trabalho, é uma relação jurídica híbrida.

Existem relações de consumo que não são híbridas e que não se subsumem ao novo regramento constitucional das relações de trabalho.



Uma prestação de serviço consumerista como relação jurídica híbrida seria a de um profissional liberal – dentista em seu consultório particular – que oferece no mercado de consumo seus serviços a um determinado consumidor. Este sendo o destinatário final da prestação do serviço contratado, ao adquirir tal serviço, faz nascer uma relação na qual de um lado haverá um trabalhador, fornecedor, e, do outro, um tomador, consumidor. Assim, surge uma relação jurídica que será, simultaneamente, relação de consumo e relação de trabalho.

Desta forma, a relação trabalhista é verdadeiro substrato da prestação de serviço consumerista, pois esta somente existe quando preexistente uma efetiva atividade de trabalho humano, assim é o entendimento de Taísa Maria Macena de Lima:

> "Essa estrutura exige uma apreciação integrada da relação jurídica para a solução judicial dos conflitos dela decorrentes. Por isso, a tese de bipartir os conflitos, levando para a Justiça Comum os de natureza consumerista e, para a Justiça do Trabalho, os de natureza trabalhista, além de não encontrar respaldo no texto constitucional, dificultaria a tutela jurisdicional. O magistrado sempre teria uma visão fragmentada, incompleta da realidade, abstraindo elementos fáticos relevantes para o fenômeno litigioso."[16]

[16] LIMA, Taisa Maria Macena de. *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista*. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

## Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das lides oriundas da prestação de serviço consumerista

A discussão acerca da nova competência da Justiça do Trabalho é muito complexa quando o tema é "relação de trabalho '*versus*' relação de consumo", existindo, para tanto, duas doutrinas distintas. A primeira, conservadora, defende a não inserção da prestação de serviço consumerista no âmbito juslaboral. A outra corrente, ampliativa, pugna pela inclusão de tal relação sob a competência justrabalhista.

Inicialmente, não há como se negar que numa prestação de serviço, ainda que da seara consumerista, há verdadeira realização de trabalho, de sorte que o serviço não poderia ser executado sem despender força laboral. Todavia, o enfoque correto para se entender, conclusivamente, pela ampliação da competência juslaborativa e suas abrangências às prestações de serviço da seara do consumo, é diametralmente o inverso. Como a alteração se deu no corpo da Constituição Federal, mais precisamente no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, com a nova redação conferida ao seu art. 114, deve-se analisar a partir daí.

Desta forma, deve-se comprovar que o serviço consumerista está consubstanciado em uma relação de trabalho, e não que a relação de trabalho seja um serviço. Não se discute, assim, que as relações de caráter trabalhista são serviços para fim de se subsumirem ao direito material consumero. Ao contrário, pugna-se pelo reconhecimento da prestação de serviço consumerista como uma relação fundada no trabalho e, portanto, merecedora das vantagens oferecidas pelo direito processual trabalhista no domínio da competência juslaboral.



Sendo assim, a melhor exegese é a que afirma a possibilidade de apreciação das lides decorrentes da relação de trabalho fundada na prestação de serviço consumerista pela Justiça do Trabalho, implicando todos os seus princípios e peculiaridades, e, logicamente, a aplicação do direito material de consumo, isto é o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A prestação de serviço da relação de consumo sempre teve como pressuposto uma relação de trabalho, na lição de Teixeira Filho:

> "... se uma pessoa física prestar serviços (fornecedor), em caráter pessoal e oneroso, a outra pessoa física ou jurídica (consumidora), a solução da controvérsia daí emanada tende a ingressar na competência da Justiça do Trabalho, pois já se viu que uma relação de consumo pode conter subjacente uma relação de trabalho."[17]

[17] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista*. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

No entanto, a superveniência da EC nº 45/2004 fez com que todas as relações fundadas no labor humano fossem reunidas sob a incumbência de uma única Justiça, que é a Justiça do Trabalho, assim é o entendimento de Teixeira Filho:

"São da competência da Justiça do Trabalho todas as ações que tenham por fundamento relações de trabalho, sendo irrelevante a duração da prestação de serviços ou a aplicação dos direitos civil e do consumidor."[18]

Assim, deve-se concluir que pela atual redação do Inciso I, do art. 114 da CRFB/88, todas as relações de consumo fundadas na prestação de serviço, realizadas por pessoa natural, têm os seus conflitos apreciados e julgados pela Justiça do Trabalho, de sorte que, somente por meio de uma nova emenda constitucional, essa interpretação poderá ser alterada.

## Considerações finais

Com o advento da EC nº 45/2004, que alterou o art. 114 da CRFB/88, houve a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, atribuindo poderes a mesma para dirimir conflitos decorrentes da relação de trabalho e não somente de emprego, como era a redação anterior.

Após a EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a julgar todos os dissídios oriundos da relação de trabalho.



A relação de trabalho tem sentido e alcance mais amplo e caráter genérico, que engloba, além da relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, avulso, eventual, que são espécies da relação de trabalho. Com isso, a Justiça do Trabalho passou a ser uma Justiça Especializada.

Assim, portanto, passou a ser importante distinguir a relação de trabalho da relação de consumo, a fim de determinar se é competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum a solução para aquele conflito, uma vez que existem prestações de serviços consumeristas que têm como substrato uma relação de trabalho, na qual é possível observar a existência de uma relação jurídica híbrida, e com isso faz-se necessário observar quem é o consumidor, o tomador e o prestador do serviço nessa relação jurídica.

Quando o consumidor, que é o destinatário final, não adquire o serviço de outrem visando o lucro, a matéria em questão envolve uma relação de consumo e a competência para solucionar o litígio será da Justiça Comum. Ao contrário da relação de trabalho, na qual o tomador dos serviços tem fins lucrativos e a competência para dirimir o litígio será da Justiça do Trabalho.

---

[18] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *APUD* CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista.* Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudiane_cunha_da_conceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

# Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – CLT*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro/RJ, 1º de mai. 1943. 8. ed. São Paulo, SP. Saraiva. 2009.

BRASIL. *Decreto nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 de set. 1990. 8. ed. São Paulo, SP. Saraiva. 2009.

BRITO JUNIOR, William de Almeida. A nova competência da Justiça do Trabalho ditada pela EC 45/2004. *Central jurídica.* Empregado. Disponível em <http://www.centraljuridica.com/doutrina/24/direito_do_trabalho/empregado.html> Acesso em: 24 de fevereiro de 2010.

CONCEIÇÃO, Claudiane Cunha da. *A Justiça do Trabalho e sua competência para o julgamento das ações oriundas da prestação de serviço consumerista*. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/claudianecunhadaconceicao.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery e DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 9. ed. Rio de Janeiro, RJ. Forense Universitária. 2007.

LISBOA, Daniel. *O conceito de usuário final para a determinação da competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em <http://www.amatra12.org.br/controller? command=imprensa. LoadArtigo&idArtigo=6> Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

RAMOS, Augusto César. A Emenda Constitucional nº45 e a nova competência da Justiça do Trabalho. Relação de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 935, 24 jan. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7841>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

SANTOS, Luis Carlos Mello dos. Relação de Trabalho na Emenda Constitucional nº 45. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em <http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6902>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

# Obsolescência programada e consumo sustentável: algumas notas sobre um importante debate

**Rafael Henrique Renner**[1]

**Resumo**

O presente artigo objetiva analisar o conceito de obsolescência programada e obsolescência planejada e caracterizá-la como mecanismo que viola os direitos do consumidor bem como o meio ambiente, sendo uma conduta contrária ao consumo sustentável. Busca-se, também, um breve panorama da jurisprudência pátria acerca do tema.

**Palavras-chave:** Direitos do consumidor. Consumo sustentável. Obsolescência programada.

**Abstract**

This article analises the concept of buil-in obsolescense and planned obsolescense and characterize it as a way of violating consumption rights and the environment, as a conduct that is opposal to sustainable consumation. There´s also an overview about the brazilian decisions about this theme.

**Keywords**: Consumption rights. Sustainable consumption. built-in obsolescense.

## Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, no seu artigo 5º, XXXII, a proteção dos direitos do consumidor e, no capítulo a respeito da ordem econômica, determinou que a ordem econômica brasileira também deve respeitar a proteção ao meio ambiente. Da mesma forma, o art. 225, da CRFB, que inaugura o capítulo destinado ao meio ambiente, garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação aos direitos do consumidor, sobreveio a Lei nº 8.078/90, que criou um microssistema[2] das relações de consumo. O objetivo foi reconhecer que o consumidor encontra-se na posição de vulnerável nas relações jurídicas das quais faz parte e, dessa forma, não possui condições de negociar, paritariamente, as cláusulas do contrato. Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor não se

[1] Mestre em Direito Civil pela UERJ; Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito na UNISUAM.

[2] Expressão cunhada por Natalino Irti. Trata-se de *"un picolo mondo di norme, da cui l'interprete può ormai ricavare principi generali ed incui ormai scoprire una logica autonoma"*. Irti, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, ano 3, vol. 10, p. 31, out/dez 1979. Sobre o tema, veja Tepedino, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Tepedino, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8 e ss.

descuidou de regular as práticas comerciais abusivas, especialmente na fase pré-contratual, mormente no que diz respeito à propaganda, que acaba induzindo, muitas vezes, o consumidor ao desnecessário e excessivo consumo.

Dentre as técnicas que podem ser utilizadas para a indução ao consumo está a denominada obsolescência programada, prática esta que já vem sendo utilizada desde a década de 20 do século passado, após a Grande Depressão, como uma forma de estimular o consumo, o que também ficou conhecido como descartalização[3], eis que, com a diminuição da vida útil dos produtos, fez com que se garantissem níveis elevados de consumo através da insatisfação dos consumidores.

Passa-se à análise do referido instituto e as suas implicações com os direitos do consumidor e do consumo sustentável[4], o qual se mostra umbilicalmente relacionado com a proteção ao meio ambiente.

## Obsolescência programada e direitos do consumidor

Todo e qualquer produto é elaborado e projetado para possuir um prazo razoável de durabilidade. Porém, para estimular o consumo e o descarte de produtos, é possível que, intencionalmente, os produtos sejam criados para durar um prazo muito inferior ao que efetivamente se esperaria que este durasse.

Dentro de uma perspectiva de um consumo massificado e do fetichismo que certos objetos causam naqueles que os possuem, o descarte de produtos que apresentam defeito ou que possuem um substituto mais moderno leva os consumidores a se desfazerem destes produtos para adquirir outros substitutos.



Essa análise é bem empreendida por Zygmunt Bauman:

> Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando 'velho' a 'defasado', impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtém com a intenção de consumir.[5]

[3] PAZ, Antonio Carlos. *Obsolescência programada na ótica consumerista*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/. Acesso em 06 de abril de 2013.

[4] Sobre a interrelação entre o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente sustentável, decorrente do paradigma da pós-modernidade, da qual se possui o consumo sustentável, se esclarece que "(...) a atitude esperada do cidadão/consumidor brasileiro é, uma vez correta e adequadamente orientado pelo Estado e informado pelo fornecedor, evitar e denunciar práticas atentatórias ao meio ambiente ou à biodiversidade, dar a correta destinação dos produtos pós-consumo e fiscalizar a atuação dos fornecedores na produção (no que diz respeito à matéria-prima utilizada, a mão de obra empregada, etc.)." EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. Informação para o pós-consumo: consoante a Lei 12.305/2010. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 17, vol. 66, p. 225, abr/jun, 2012.

[5] BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.* Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 31.

Dentro dessa concepção é que se encontra a obsolescência programada.

Por obsolescência programada entende-se o processo artificial de redução da durabilidade de um determinado produto, com o objetivo de induzir a substituição do produto em um prazo muito inferior do que o esperado, de modo a provocar o descarte deste e a compra de um substituto. Nessa senda, os produtos rapidamente se tornam ultrapassados e os consumidores são estimulados a adquirir outros, descartando os anteriores.

Nesse sentido, explicam Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e Maria Madalena de Oliveira Rodrigues:

> "A obsolescência programada consiste na 'redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, consequentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam'. Tal redução da durabilidade não se resume apenas a uma menor duração de um produto, mas também a perda ou redução de sua utilidade depois de determinado período de tempo."[6]

Além da obsolescência planejada, também existe a programada, que consiste na perda de utilidade de um bem que se encontra em perfeito estado de funcionamento mas que, diante do surgimento de um produto tecnologicamente mais avançado, acaba perdendo a sua funcionalidade. E, com o intuito de forçar a substituição do produto, as peças de reposição acabam sendo retiradas do mercado, o que dificulta ou impossibilita o seu conserto[7].

A diferença entre a obsolescência programada e a planejada é que, na primeira, o bem para de funcionar e, na segunda, o bem continua funcionando perfeitamente, mas se encontra obsoleto diante do advento de novo produto tecnologicamente melhor[8].



Dessa forma, o consumidor é sempre estimulado a consumir de forma frequente, violando, assim, o que expressamente dispõe o art. 6º, nos seus incisos II, III e IV, do CDC.

---

[6] CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx. Acesso em 05 de abril de 2013.

[7] PAZ, Antonio Carlos. Obsolescência programada na ótica consumerista. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5867. Acesso em 07 de abril de 2013.

[8] Veja-se o recente lançamento, pela Apple, do Ipad 4, que foi lançado em prazo inferior a um ano desde o último lançamento. De acordo com a notícia: "(...) A empresa é acusada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI) de realizar o que se configura como "obsolescência programada" e, caso perca o processo, a Apple poderá ter de ressarcir usuários que compraram o iPad de terceira geração, que foi substituído em menos de um ano pelo iPad 4. Como aponta o *Jornal do Comércio-RS*, a empresa não trouxe inovações suficientes para um novo produto. Segundo a acusação, as novidades presentes no iPad 4 (novo processador, novo conector e câmera melhor) poderiam estar presentes no tablet da terceira geração. Ao jornal, o advogado do IBDI, Sergio Palomares, afirma que a Apple também iludiu seus consumidores. "Eles achavam que estavam comprando um equipamento de ponta, sem saber que já era uma versão obsoleta", afirma. A Apple ainda não comentou o assunto." Disponível em http://olhardigital.uol.com.br/produtos/mobilidade/noticias/apple-devera-responder-na-justica-por-obsolescencia-programada-do-ipad. Acesso em 05 de abril de 2013.

Com efeito, são garantidos ao consumidor a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (inciso II), bem como a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (inciso III) e a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais (inciso IV).

O Código de Defesa do Consumidor também possui regras específicas acerca da garantia de qualidade e durabilidade dos produtos.

O artigo 18 da Lei nº 8.078/90 torna responsáveis os fornecedores dos produtos por todos os vícios de qualidade que tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

O prazo para exigir o conserto ou a substituição do bem é de 30 dias, caso se trata de produtos não duráveis, ou de 90 dias, sendo produtos duráveis.

Muitas vezes, porém, ocorre que os valores cobrados para o conserto dos produtos, quando já não se encontra mais vigente a garantia legal prevista pelo art. 26 do CDC, é tão elevado que não compensa realizar o conserto, de modo que o descarte do produto acaba sendo uma saída inevitável, reiniciando-se o círculo de consumo.



Não é somente este o fator que leva ao descarte do produto, mas também a baixa qualidade dos produtos (que os tornam mais acessíveis e facilmente descartáveis), a complexidade destes (o que dificulta a sua reparação), a falta de proximidade entre os fornecedores e os consumidores (o que afeta o pós-venda dos produtos), o baixo preço dos novos produtos (o que não estimula o seu conserto), o fetichismo pela busca de novos objetos, mais modernos e funcionais[9].

Por conseguinte, a abusividade da conduta praticada pelo fornecedor está na frustração do próprio consumidor, que de boa-fé adquire um produto que deve ser durável mas, pouco tempo após a sua aquisição e normalmente depois do prazo de garantia legal, passa a apresentar defeito, seja não funcionando ou funcionando mal e, diante das dificuldades na realização do conserto (seja porque não há peças de reposição, ou as mesmas são mais caras que um novo aparelho, ou mesmo porque há dificuldade no acesso à assistência técnica), o consumidor acaba por descartar o objeto.

## A obsolescência programada e a jurisprudência pátria

Analisando-se alguns julgados acerca das questões que envolvem a obsolescência programada, pode-se constatar que ainda não existe uma orientação segura da jurisprudência, embora haja uma tendência em estender a obrigação de substituir o bem que não mais é útil para os fins a que se destina mesmo que já expirado o prazo legal para a reclamação pelos vícios surgidos.

[9] ARAGÃO, Maria Alexandre de Sousa. *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 588-591, *apud* PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 17, vol. 65, p. 162, jan/mar 2012.

A maior dificuldade, ao que parece, está na análise da vida útil do bem, o que daria direito ao consumidor de pleitear o conserto ou substituição do produto, mesmo que expirado o prazo legal para tanto.

Há decisões que, na esteira do art. 26, §3º, do CDC contam o prazo para reclamação do defeito em se tratando de vício oculto a partir do aparecimento do defeito.

É neste sentido a seguinte decisão[10]:

> "APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE NOTEBOOK. DEFEITO NA PLACA DE MEMÓRIA. VÍCIO OCULTO. GARANTIA LEGAL. PRAZO NÃO EXPIRADO. SUBSTITUIÇÃO DO BEM. POSSIBILIDADE. Demonstrada a configuração de vício oculto no notebook adquirido pela autora, o termo inicial da garantia legal (90 dias - art. 26, II, do CDC) inicia com a descoberta do defeito (art. 26, §3º, do mesmo diploma legal), e não da data da entrega efetiva do produto. Em se tratando de um microcomputador portátil, inadmissível que apresente problemas em curto espaço de uso. Evidente, assim, a responsabilidade da ré em solucionar o problema do produto da demandante, com a sua substituição por outro equipamento de características semelhantes, nos exatos termos do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, devendo a apelada restituir o produto defeituoso à requerida no ato da entrega do novo notebook. Sentença parcialmente reformada. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. MERO DISSABOR. Ainda que a pessoa jurídica seja passível de sofrer lesão de natureza moral, quando abalada em sua honra objetiva, na esteira da Súmula 227 do STJ, o direito deve reservar-se à tutela de fatos graves, que atinjam bens jurídicos relevantes, sob pena de se levar à banalização do instituto com a constante reparação de diminutos desentendimentos do cotidiano. Hipótese em que não restou comprovado que o ato ilícito praticado pela ré acarretou a necessária APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70046931457, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 16/02/2012)"[11]



[10] Da mesma forma: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. DEFEITO OCULTO. PRAZO DE GARANTIA. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO DEFEITUOSO COM REEMBOLSO DE VALORES GASTOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. Não obsta a postulação o fato de a garantia contratual já se encontrar expirada quando da constatação do vício. Não se mostra condizente com a natureza e a tecnologia empregada em um notebook, ter sua placa mãe imprestável cerca de um ano após a aquisição do computador. Prazo decadencial, afora o contratual, que é de 90 dias, a contar da data da constatação do vício (art. 26, inc. II, § 3º, da Lei nº 8.078/90). Reembolso do valor da compra e gastos que pressupõe devolução do equipamento. Danos morais não configurados. Apelação parcialmente provida. Recurso adesivo prejudicado. (Apelação Cível Nº 70036264596, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 20/10/2010)

[11] Paradoxalmente, contudo, já se entendeu que dois anos não seria o prazo de vida útil de um veículo, como se constata da ementa abaixo: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA DE VEÍCULO. QUEIMA DE CENTRAL ELETRÔNICA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS. DANOS NÃO CARACTERIZADOS. 1. Sendo o juiz o destinatário final da prova, cabe a ele avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, podendo declarar encerrada a instrução do feito sem a realização

O STJ, recentemente, em acórdão de lavra do Min. Luis Felipe Salomão, reconheceu a existência da obsolescência programada e sustentou a possibilidade do consumidor de exigir o conserto/substituição do produto mesmo que expirado o prazo legal para exigir a substituição do produto pelos vícios ocultos.

Assim, o prazo para que o consumidor possa reclamar dos problemas e vícios ocultos nasce do momento da descoberta do problema, desde que o bem ainda esteja em sua vida útil, independentemente da garantia legal.

Na referida ação, a empresa que vendeu um trator ao agricultor pretendia reaver os quase R$ 7.000,00 que foram gastos no conserto do bem, eis que o trator apresentou defeito após três anos da sua aquisição. A alegação da empresa era de que o defeito surgira após o prazo de garantia do produto, de oito meses ou mil horas de uso, sendo que o defeito deveria ser imputado ao desgaste natural do produto, já que o dito defeito aparecera somente três anos após a compra.

Porém, ficou assentado que outros tratores semelhantes também apresentaram o mesmo defeito e, de acordo com o apurado nos autos, a vida útil de um trator é de dez mil horas, equivalente a dez ou 12 anos de uso do bem.

O Ministro relator reconheceu a abusividade da prática da referida conduta, eis que viola o principio da boa-fé objetiva, já que "independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava" frustra as expectativas do consumidor, que espera que os bens cumpram com o ciclo vital que dele se espera[12].



de provas que entender desnecessárias, consoante art. 130 do CPC. 2. Apesar de demonstrado nos autos a queima da central eletrônica do veículo da autora, tal se deu após do prazo de garantia do bem, não podendo afirmar que o ocorrido se enquadra como suposto defeito de fabricação do produto, mas sim, em decorrência do uso do automóvel por mais de dois anos desde a data da sua compra. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70043282029, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 21/03/2012). Em sentido contrário: "APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIO DO PRODUTO. VEÍCULO SEMINOVO QUE APRESENTA SUCESSIVOS DEFEITOS. BEM IMPRÓPRIO AO FIM A QUE SE DESTINA. VÍCIO NÃO SANADO NO PRAZO DE 30 DIAS. CORRETA A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS ADEQUADAMENTE FIXADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Distintamente da responsabilidade por fato do produto ou do serviço, a responsabilidade por vício do produto enseja reparação segundo as medidas alternativas prévistas no art.18, §1º, do CDC, a escolha do consumidor, a qual se insere a devolução da quantia paga pelo produto. Como cediço, um veículo sofre desgastes com o passar tempo, passando a necessitar de diversos ajustes e consertos para prolongar sua vida útil. Nesse sentido, o comprador de um automóvel seminovo está ciente de que este poderá apresentar problemas mais cedo do que um veículo novo. No entanto, mesmo usado, o veículo seminovo deve ser exposto à venda em condições de uso. Não se pode admitir que o vendedor insira no mercado de consumo um bem imprestável ao seu fim específico, exceto se informar precisamente as condições em que o veículo se encontra. Inteligência do art.18, § 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Laudo pericial que atesta a existência de vícios, e que o veículo ainda apresenta falhas. Vício do produto não sanado no prazo de 30 dias. Imperioso, portanto, o acolhimento do pedido de devolução da quantia paga pelo veículo e dos reparos efetuados, nos moldes do art.18, §1º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, não merece reforma a sentença no que se refere aos ônus sucumbenciais, devidamente fixados de forma proporcional à sucumbência de cada parte, na forma do art. 21, do CPC. Recurso a que se nega seguimento." (AC 0007990-63.2007.8.19.0205, Rel. Des. Renata Cotta, 3ª CC do TJ/RJ, j. em 25/10/2012.

[12] Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=107397. Acesso em 03 de abril de 2013.

Ademais, a conduta "constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo", além de que o seu descarte causa grande impacto ambiental[13].

Confira-se a ementa do referido acórdão:

> "DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC.
> (...)
> 3. No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal a quo manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual déficit em matéria probatória.
> 4. O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto - a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício.
> 5. Por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia.



[13] Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=107397. Acesso em 03 de abril de 2013.

6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.
7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de 90 dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.
8. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem.
9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.
10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. (RESP 984.106/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª Turma do STJ – j. em 04/10/2012)"[14]



[14] No mesmo sentido, a seguinte decisão do TJ/RJ: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS OBJETIVOS NÃO CONFIGURADOS. APELAÇÃO CÍVEL. APARELHO CELULAR. VÍCIO DO PRODUTO. SUCESSIVOS CONSERTOS. PERSISTÊNCIA DO DEFEITO. SUBSTITUIÇÃO DO BEM POR UM NOVO EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO. RECUSA DO FABRICANTE. COBRANÇA EFETUADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. PERDA DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR. QUEBRA DA CONFIANÇA. MATÉRIA DETIDAMENTE ANALISADA. Sob o pretexto de existir omissão no acórdão, pretende o Embargante, em verdade, a reapreciação de matéria devidamente analisada. Razões recursais que não se amoldam a qualquer das hipóteses legais previstas no artigo 535 do CPC, eis que a matéria suscitada pelo recorrente foi claramente tratada na fundamentação da decisão recorrida. A responsabilidade civil do fornecedor de produto defeituoso independe da comprovação de culpa de qualquer um dos componentes da cadeia de consumo, porquanto objetiva e elidida apenas se comprovada a

A jurisprudência pátria também já adotou o conceito de obsolescência planejada para entender que a substituição, pela assistência técnica, por um aparelho de telefone celular defeituoso, o qual, por sua vez, também apresenta defeito e que não pode mais ser substituído porque não mais existem peças de reposição no mercado, caracteriza prática abusiva, gerando danos materiais e morais que devem ser indenizados/compensados.

Confira-se o acórdão mencionado:

> "Apelações cíveis. Ação de indenização por danos material e moral. Relação de consumo. Aparelho celular com defeito. Telefone novo levado a conserto que volta a apresentar defeito. Assistência técnica que entrega à autora um outro aparelho, este também defeituoso, que vem a ser substituído por um terceiro que por igual não funciona regularmente. Autora que aguarda por cerca de dois meses o reparo do celular adquirido para ao final obter a informação da assistência técnica de que o defeito daquele era insanável. Ônus da prova sobre a inexistência do defeito de produto ou serviço que é *ope legis* conforme arts. 12, § 3º, II e, 14, § 3º, I, aqui em interpretação conjunta com o art. 6º, VIII do mesmo codex. Defeitos não sanados no prazo de 30 dias restando o produto inadequado ao fim a que se destina. Art. 18, caput, e §1º, CDC. Descumprimento ao dever de colocar produto e/ou serviço no mercado em padrão adequado de qualidade de molde a corresponder às legítimas expectativas do consumidor. Inteligência dos arts. 4º, II, d) c.c, 24, CDC. Obsolescência planejada. Prática abusiva do fornecedor de produtos. Não manutenção de peças originais no mercado por prazo razoável. Inteligência do art. 32 CDC. Fabricante que programa uma curta vida útil para o produto de modo que este, ao ser logo substituído, propicia o aquecimento do mercado e aumenta os ganhos. Danos material e moral configurados. Verba fixada com moderação diante das peculiaridades do caso eis que as reiteradas falhas na prestação do serviço impuseram à autora transtornos, desgastes e perda de tempo demasiados. Solidariedade dos fornecedores na forma do par. ún. do art. 7º CDC. Sentença de procedência que no mérito se confirma. Recurso adesivo da autora a que se dá provimento para determinar que os juros incidentes sobre a verba indenizatória fluam a partir da citação, eis que se trata de relação contratual. Desprovimento dos recursos das rés. (AC 0113399-87.2009.8.19.0001 – Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia – 5ª CC do TJ/RJ – j. em 08/02/2011)"



excludente do nexo causal. Não bastasse a criticável oferta de entregar um aparelho consertado ao consumidor que adquire um produto novo, ao contratante vulnerável também foi imposta longa espera para reposição de peça que deveria ser substituída, até que, diante da recusa do fabricante de substituir o produto defeituoso por um novo, a assistência técnica decidiu cobrar o consumidor para executar o terceiro reparo do aparelho, a despeito de o vício ter surgido apenas três meses após a aquisição do bem. Vício do produto e falha na prestação do serviço incontroversos. Hipótese que não se amolda ao mero inadimplemento contratual, porquanto além da longa espera por uma solução que não se concretizou, é preciso considerar o período em que a consumidora ficou privada do telefone, os sucessivos deslocamentos de sua residência à assistência técnica e as repercussões que tal restrição trouxe à sua vida pessoal e profissional. Conhecimento e desprovimento dos embargos. (AC 0166905-07.2011.8.19.0001 – Rel. Des. Rogério Oliveira de Souza – 9ª CC do TJ/RJ – j. em 07/02/2013)

Assim, como demonstram as decisões supra mencionadas, a jurisprudência pátria, em geral, reconhece como abusiva a prática da obsolescência programada e planejada como práticas abusivas e que violam os direitos do consumidores, de modo a gerar a indenização pelos danos materiais observados, bem como compensar os danos morais sofridos pelo consumidor.

## O consumo sustentável[15]

Embora o tema comporte muitas digressões, no presente ensaio busca-se, somente, levar o leitor a uma reflexão acerca do consumo sustentável e da obsolescência programada.

De acordo com o artigo 225, da CRFB, todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na concepção de Cristiane Derani:

> "O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico, constitucionalmente protegido. Este bem não pode ser desmembrado em parcelas individuais. Seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte ao bem-estar individual. Já se disse que o meio ambiente, enquanto bem jurídico, apresenta-se como garantia das condições básicas necessárias para a manutenção e desenvolvimento da vida em geral e da humana em particular."[16]

A preocupação com o meio ambiente exige que se observe, também, regras de descarte de produtos sólidos, especialmente aqueles que possuem substâncias tóxicas e que podem ser prejudiciais ao meio ambiente.

A preocupação com o meio ambiente sustentável é relevante, também, quando se considera que se vive na época de consumismo. Sobre o tema, esclarece Erik Assadourian:



> "O economista britânico Paul Ekins descreve o consumismo como uma orientação cultural em que 'a posse e uso de um número e de uma variedade crescentes de bens e serviços são a principal aspiração cultural e o caminho tido como de maior certeza rumo à felicidade pessoal, status social e sucesso nacional'. Simplificando: o consumismo é um padrão cultural que faz com que as pessoas encontrem significado, satisfação e reconhecimento principalmente através do consumo de bens e serviços. Embora isso assuma formas diversas em diferentes culturas, o consumismo leva as pessoas de qualquer lugar a associar níveis elevados de consumo a bem-estar e sucesso."[17]

A Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, esclarece, nos seu art. 3º, XIII, que se caracterizam como padrões sustentáveis de produção e consumo a produção e o consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras.

---

[15] Pode-se entender como consumo sustentável o conjunto de condutas e práticas destinadas a desenvolver hábitos de consumo que respeitem e não agridam o meio ambiente, seja em relação a concepção, a utilização e ao descarte dos produtos.

[16] DERANI, Cristiane, *Direito ambiental econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 248.

[17] ASSADOURIAN, Erik. Ascensão e queda das culturas de consumo. In: *Estado do Mundo, 2010: estado do consumo e o consumo sustentável*. Worldwatch Institute; Introdução: Muhammad Yunus. Organização: Erik Assadourian; tradução: Claudia Strauch. Salvador, BA: Uma Ed., 2010. p. 8. Disponível em http://www.worldwatch.org.br/estado_2010.pdf.

Diante desta perspectiva, a referida lei estabelece, nos arts. 30 e segs., a responsabilidade compartilhada entre os fornecedores, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, em relação ao ciclo de vida dos produtos, de modo que se objetiva, dentre outros aspectos, a redução de geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais, o que significa que a prática da obsolescência programada e planejada é uma prática que viola o direito ao meio ambiente sustentável, ao levar ao descarte dos produtos obsoletos, em prazo inferior a vida útil dos produtos.

Ao tratar deste tema sob a perspectiva de externalidades negativas produzidas pelo processo de produção e de consumo, Greice Moreira Pinz atenta justamente para o aspecto acima mencionado:

> "Uma das formas pelas quais as atividades econômicas e, em particular o modo de produção industrial, impactam o meio ambiente é a geração de resíduos. O modo linear de produção, tradicionalmente desenvolvido e adotado pela (ainda) esmagadora maioria das indústrias, inicia-se com a extração de recursos da natureza para que estes, submetidos ao processo de industrialização, transformem-se em produtos colocados no mercado. Esses produtos, de regra, não são inteiramente absorvidos pelo consumo, pois ainda que se trate de bens consumíveis e ocorra sua fruição integral, haverá, na maioria das vezes, a embalagem, a parcela não aproveitável, o subproduto remanescente.
> (...)
> Esse processo é acelerado pela obsolescência precoce – que serve ao aquecimento da economia e à maximização dos lucros – projetada desde o *design* do produto, seja efetiva (esvaziamento da utilidade pelo desgaste dos materiais que o compõe) ou meramente percebida (pela avaliação subjetiva de que o bem se tornou indesejável, ainda que mantenha sua funcionalidade).
> (...)
> A residualidade precoce, portanto, ao mesmo tempo em que serve à aceleração do ciclo de produção e consumo, beneficiando, assim, a economia (tomada em sua acepção tradicional), acelera também o processo de exaurimento dos recursos naturais, seja pela extração destes, seja pelo impacto decorrente do lançamento de resíduos no ambiente."[18]



Essa relação entre o consumo sustentável como forma de proteger o direito ao meio ambiente equilibrado é tratado, também, por Bruno Miragem:

> "Desde a perspectiva de ordenação do mercado de consumo, assim, são de grande relevância as iniciativas que ao impor deveres aos fornecedores, também atuem na promoção de comportamentos ambientalmente adequados. É o caso da diferenciação de produtos e serviços em face de processos produtivos ambientalmente adequados e certificados por selos ambientais, ou mesmo o dever de informar do fornecedor em relação a produtos que ofereçam riscos, mesmo que desconhecidos, simultaneamente ao consumidor e ao meio ambiente.[19]

[18] PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 17, vol. 65, p. 162-163, jan/mar 2012.

[19] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 103.

Por conseguinte, a obsolescência programada/planejada são condutas que não se adéquam ao ideal de consumo sustentável, motivo pelo qual também devem ser combatidas em relação a este aspecto.

## Conclusões

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a obsolescência programada e a obsolescência planejada são mecanismos utilizados pelos fornecedores de bens com o intuito de estimular o consumo precoce, eis que os produtos acabam apresentando defeito ou são considerados obsoletos.

Embora sancionadas no âmbito do direito do consumidor, o que é amplamente aceito no âmbito da jurisprudência brasileira, conforme se pode constatar das decisões acima comentadas, a obsolescência programada/planejada também caracteriza uma conduta ambientalmente reprovável, ao estimular uma indevida produção de lixo.

Assim, é mister que se atente para a prática de tais condutas abusivas, seja atuando preventivamente, através da atividade fiscalizatória, desenvolvida pelos órgãos de proteção ao meio ambiente e aos direitos do consumidor, seja atuando repressivamente, através da sanção pecuniária e indenização dos danos já sofridos pelos consumidores e pela coletividade.

## Referências bibliográficas



ASSADOURIAN, Erik. Ascensão e queda das culturas de consumo. In: *Estado do Mundo, 2010: estado do consumo e o consumo sustentável.* Worldwatch Institute; Introdução: Muhammad Yunus. Organização: Erik Assadourian; tradução: Claudia Strauch. Salvador, BA: Uma Ed., 2010. p. 8. Disponivel em http://www.worldwatch.org.br/estado_2010.pdf.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.* Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx. Acesso em 05 de abril de 2013.

DERANI, Cristiane, *Direito ambiental econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. Informação para o pós-consumo: consoante a Lei 12.305/2010. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 17, vol. 66, p. 209-228, abr/jun, 2012.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, ano 3, vol. 10, p. 31, out/dez 1979.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

PAZ, Antonio Carlos. *Obsolescência programada na ótica consumerista*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/. Acesso em 06 de abril de 2013.

PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, ano 17, vol. 65, p. 153-213, jan/mar 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.

Este livro foi impresso em dezembro de 2012 por
Editar Editora Associada Ltda.
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529
www.editar.com.br