

## **Filosofia do direito hoje: temas atuais**

Ana Paula Araújo De Holanda,  
Heron José de Santana Gordilho,  
Maria Dos Remédios Fontes Silva,  
Sandra Regina Martini,  
Valéria Silva Galdino Cardin  
(coords.)



COMITÉ CIENTÍFICO  
SERIE LEFIS

*Coordinación*

Prof. Fernando Galindo Ayuda. Universidad de Zaragoza  
Profa. María Pilar Lasala Calleja. Universidad de Zaragoza

*Consejo asesor*

Prof. Javier García Marco. Universidad de Zaragoza  
Prof. Alejandro González-Varas Ibáñez. Universidad de Zaragoza  
Prof. Philip Leith. Universidad Queen's de Belfast  
Prof. Emérito Abdul Paliwala. Universidad de Warwick  
Prof. Aires Rover. Universidad Federal de Santa Catarina  
Prof. Erich Schweighofer. Universidad de Viena  
Prof. Ahti Saarenpää. Universidad de Rovaniemi

FILOSOFIA DO DIREITO HOJE:  
TEMAS ATUAIS



FILOSOFIA DO DIREITO HOJE:  
TEMAS ATUAIS

Ana Paula Araújo De Holanda,  
Heron José de Santana Gordilho,  
Maria Dos Remédios Fontes Silva,  
Sandra Regina Martini, Valéria Silva Galdino Cardin  
(coords.)

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA



FILOSOFIA do Direito hoje : temas atuais [Recurso electrónico] / Ana Paula Araújo De Holanda... [et al.] (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019  
407 p. ; 22 cm. — (LEFIS series ; 27)  
ISBN 978-84-17633-61-5

1. Informática–Derecho–Brasil. 2. Internet en la administración pública. 3. Derecho–Filosofía–Brasil

HOLANDA, Ana Paula Araújo de

34(81):004

004.738.5:35

004.738:340.12(81)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© LEFIS

© CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Brasil.

© De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza (Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social)

1.<sup>a</sup> edición, 2019

El Centro Universitário de João Pessoa - PB - UNIPÊ ha subvencionado parcialmente la edición de este libro.

Prensas de la Universidad de Zaragoza. Edificio de Ciencias Geológicas, c/ Pedro Cerbuna, 12. 50009 Zaragoza, España. Tel.: 976 761 330. Fax: 976 761 063

[puz@unizar.es](mailto:puz@unizar.es) <http://puz.unizar.es>

<https://www.conpedi.org.br/>



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

## SUMÁRIO

### FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO

APRESENTAÇÃO.....10  
*Sandra Regina Martini, Ana Paula Araújo De Holanda.*

A INCORPORAÇÃO DAS TESES GARANTISTAS NO ÂMBITO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEU PAPEL DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....14  
*Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Sabrina Jiukoski da Silva.*

A NEGAÇÃO DO SUPOSTO EGOÍSMO LIBERAL EM “UMA TEORIA DE JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS.....32  
*Débora Caetano Dahas.*

A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DECORRENTE DA POLUIÇÃO SONORA EMANADA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS: HERMENÊUTICA A PARTIR DE AXIOMAS JURÍDICOS E CRISTÃOS.....49  
*Jayro Boy de Vasconcellos Júnior, Elcio Nacur Rezende.*

ABUSO DE PODER E SUBVERSÃO NA LINGUAGEM IMAGÉTICA DO FILME JOAQUIM.....66  
*Mara Regina De Oliveira.*

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE: DO DIREITO A SAÚDE À COMPLEXIDADE DO SISTEMA MÉDICO.....81  
*Sandra Regina Martini, Janaína Machado Sturza.*

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DISCRICIONARIEDADE EM ROBERT ALEXY E O BALANÇO CRÍTICO ENTRE JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO.....98  
*Mauricio Martins Reis, Gabriela Cristina Back.*

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO LIMITE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....121  
*Lucas Gonçalves da Silva, Ana Patricia Vieira Chaves Melo.*

NICHOLAS ROERICH E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DE SEU LEGADO PARA O DIREITO E DA REPRESENTAÇÃO DE SUA LUTA NA PINTURA.....142  
*Wanilza Marques de Almeida Cerqueira.*

PÓS-MODERNIDADE EM ZYGMUNT BAUMAN: REFLEXÕES PARA O DIREITO NO SÉCULO 21.....156  
*Andressa Sloniec, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger.*

QUESTÕES FILOSÓFICAS DA CONVENÇÃO-QUADRO PARA CONTROLE DO TABACO.....178  
*Yuri Nathan da Costa Lannes, Valter Moura do Carmo.*

RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DO PARADIGMA DA FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA CONSTITUCIONAL.....	193
<i>Conceição de Maria de Abreu Ferreira Machado.</i>	

## **BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS**

APRESENTAÇÃO.....	215
<i>Heron José de Santana Gordilho, Maria Dos Remédios Fontes Silva.</i>	

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE DO HC 124.306-RJ.....	218
<i>Deilton Ribeiro Brasil, Marco Antônio de Souza.</i>	

A (IN) SUSTENTABILIDADE DO GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS NO BRASIL.....	236
<i>José Claudio Junqueira Ribeiro, Cristiane Araújo Mendonça Saliba.</i>	

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE GASTROPLÁSTICO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS RELEVANTES DA OBESIDADE MÓRBIDA.....	256
<i>Mariana Carolina Lemes, Daniel Roxo de Paula Chiesse.</i>	

AS NOVAS TECNOLOGIAS FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - PROFICUIDADES DA SOCIEDADE DE RISCO.....	273
<i>Murilo Couto Lacerda, Carolina Merida.</i>	

BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	288
<i>Everton Silva Santos, Tamires Gomes da Silva Castiglioni.</i>	

CRÍTICA À LEI BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS.....	300
<i>Nilson Tadeu Reis Campos Silva.</i>	

O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) COMO NOVO MODELO DE RECUPERAÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL: FALÊNCIA DO “PUNIR PARA CONSCIENTIZAR”.....	321
<i>Lucas de Souza Lehfeld, Danilo Henrique Nunes.</i>	

## **PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA**

APRESENTAÇÃO.....	341
<i>Valéria Silva Galdino Cardin.</i>	

A UTILIZAÇÃO DE SEMINÁRIOS TEMÁTICOS E DEBATES COMPETITIVOS COMO METODOLOGIAS PARTICIPATIVAS: SOBRE O ENSINO-APRENDIZAGEM DOS CONTEÚDOS DA DISCIPLINA “OFICINA DE LINGUAGEM JURÍDICA”.....	343
<i>Roberta Freitas Guerra.</i>	

EDUCAÇÃO E ELITES JURÍDICAS: ESPAÇOS DE FORMAÇÃO DOUTORAL EM DIREITO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....	365
---	-----

*Vinicius Wohnrath.*

O FIM DA CRÍTICA E A JUDICIALIZAÇÃO TOTAL DA VIDA: O SENTIDO DO ENSINO CRÍTICO DO DIREITO NA REALIDADE BRASILEIRA.....	389
--	-----

*Francisco Cardozo Oliveira, Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira.*

## **FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO**

### **APRESENTAÇÃO**

Os saberes comuns do Direito provocam uma dependência generalizada e manipulatória.

Os saberes comuns e (in)comuns foram abordados no GT “FILOSOFIA, ARTE, LETERATURA, HERMENÊUTICA JURÍRICA E TEORIA DO DIREITO”. Os temas demonstraram a necessidade de relacionar o Direito com outras áreas, o que aparentemente não deveria apresentar nenhuma dificuldade; porém, quando buscamos esta relação, não raras vezes encontramos (des)relações. O Direito tem se apresentado, em muitas circunstâncias, distante de qualquer outra disciplina e, em consequência disto, distante de outros atores sociais. Este distanciamento pode ser contextualizado historicamente, assim como a ruptura com estas (des)relações. Se pouco podíamos inovar na área do Direito nas décadas de 60, 70 e 80, é possível também afirmar que, no fim da década de 80, e mais fortemente na década de 90, mudanças significativas como a organização de vários movimentos sociais ocorrem, e este processo se dá também na área do Direito. Para exemplificar, pensa-se na importância dos grandes congressos de Direito Alternativo. Por isso, uma visão transdisciplinar é importante. Trabalhar Direito e áreas afins é trabalhar com uma das muitas possibilidades e limitações do próprio Direito; é descobrir o quanto o Direito é sociedade . Mais do que isso, é a oportunidade de ver o direito não através dele próprio, mas através das repercussões sociais, dos imaginários e das muitas representações . É estimular a visão transdisciplinar.

A transdisciplinaridade é uma teoria do conhecimento. O que a diferencia das demais é a atitude diferente do sujeito perante a realidade, ou, “uma maneira de ser diante do saber” . Como diria Michel Randon, a maneira pela qual enxergarmos a realidade, acaba por determinar a realidade em si . A visualização de somente uma realidade, um determinado campo de conhecimento, acaba limitando a produção científica. Por isso, as discussões acadêmicas começam a incluir “abordagens que levem em conta o pensamento complexo, o caos organizador, o poder estruturador dos acontecimentos, o não figurativo, as estruturas assimétricas ou imperfeitas, a inter e a transdisciplinaridade” . Caso contrário, não se produziria novos conhecimentos ou novas percepções.

Para repensar o Direito atual, é necessário um aporte transdisciplinar, postura sugerida por vários juristas críticos, nos mais diversos contextos e momentos históricos e o que podemos entender por meio do pensamento de Alessandro Baratta (2006, 61-63), quando escreve sobre o mal-estar da ciência jurídica e propõe uma nova reflexão para uma cultura pós-moderna do Direito:

Il malessere della scienza giuridica non è soltanto un aspetto della cattiva coscienza che segnala la cultura del nostro tempo. È anche il nuovo fenomeno di una costante difficoltà, che (riga illegibile) i rapporti di questo sapere. (...) Il nomos di una tecne recuperata nella sua funzione per l'uomo non può nutrirsi solo del pensiero della scienza; si nutre del pensiero della poesia. Paradossalmente, la cultura del diritto, dove il disagio è avvertito più che in qualsiasi altro ambito del sapere speciale, è anche l'ambito in cui la natura di quella contraddizione è meno rilevata. La mancata "esplosione" della contraddizione nella cultura del diritto ha provocato una latente implosione del discorso giuridico. Mai così grande è stato il pericolo di un isolamento progressivo del "mondo" del diritto nei confronti della situazione umana.

Efetivamente, o mal estar da ciência jurídica moderna pode ter como uma das causas o isolamento e o encastelamento do próprio Direito. Romper com estas barreiras é possível e necessário, especialmente quando a transdisciplinaridade é utilizada como catalizadora desse processo. Como acena Canaris, é papel do jurista preparar-se para alargar ou modificar a incompletude e a provisoriade do conhecimento científico jurídico, pois seu objeto depende do fenômeno histórico e da mutabilidade das relações sociais. Uma visão que transcenda a mera reiteração dogmática passa pelo posicionamento em face do saber e em enxergar a realidade de modo a ultrapassar o já visto.

Outra de transdisciplina noção está relacionada ao processo transdisciplinar. Desta vista, a transdisciplinaridade é um instrumento de coleta de informações que vai além das comparações interdisciplinares: se ocupa em utilizar o que cada disciplina pode oferecer em conteúdo para, depois, transpassar ou ultrapassar o que cada uma possibilita. Dito de outro modo, a transdisciplinaridade significa transgredir as barreiras fixas que determinada Ciência ou Disciplina oferece em busca de uma leitura original. E isso ocorre sem desprezar determinado rigor técnico-científico. Como diria Pascal Galvani, a atitude transdisciplinar tem como objeto encontrar uma intersecção ou um vetor comum que perpassa todas as disciplinas. Explica o autor que "etimologicamente, o sufixo trans- significa aquilo que está ao mesmo tempo entre

as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de toda disciplina, remetendo à ideia de transcendência”. Esta postura torna-se elementar num contexto em que “o afunilamento dos estudos se transformou em verdadeiro frenesi” e cuja consequência é perda do horizonte. Como nos mostra Blatyta e Rubinstein:

Uma atitude transdisciplinar procura respeitar o ser humano integralmente, em sua totalidade/complexidade de corpo físico, mente e espírito inseridos em realidades socioculturais específicas. (...) Aceitar a alteridade exige tolerância e flexibilidade para reconhecer e aceitar que há outras maneiras de perceber o mundo, diferentes das nossas, o que pode nos levar a frustração. Exige também esforço para a integração do diferente, sem discriminação, sem juízo de valor e, portanto, sem exclusão. Esse objetivo não é fácil de ser alcançado, pois exige uma articulação entre o dizer e o fazer que não é simples.

Maturana e Varela afirmavam que “o mais óbvio e o mais próximo são sempre difíceis de perceber”, uma vez que o (nosso) mundo se constrói por meio do (nosso) olhar. Por isso, iniciamos o texto afirmando que a transdisciplinaridade veio para ficar, buscando estabelecer a necessidade da visualização do diferente, i.e., da imprescindível abertura a novas possibilidades de construir o olhar (e um discurso sobre este olhar), à vista da noção de que o “ser” (observador) e o mundo estão interligados. Fato é que ao se aperceber das possibilidades de construção do discurso por meio da transdisciplinaridade, notaremos que o objeto observado é mais complexo, mais dinâmico e se relaciona de diferentes maneiras com outros sistemas sociais. O observado (o mundo) muda conforme muda o observador: “a experiência de qualquer coisa lá fora é validada de uma maneira particular pela estrutura humana, que torna possível ‘a coisa’ que surge na descrição”.

Como poderíamos pensar a postura transdisciplinar na aplicação do Direito?

Esta resposta, ainda que geradora de outras perguntas, foi o norte de discussão do GT, onde trabalhamos aspectos filosóficos do Direito, questionando seus próprios fundamentos; debatemos com profundidade as correntes da fraternidade no direito; as novas teorias sociológicas como: Teoria Geral dos Sistemas Sociais, Teoria do Agir Comunicativo, Teoria da Justiça e Teorias da Democracia. Tal passeio científico foi proposto a partir dos seus trabalhos: 1) A negação do suposto egoísmo liberal em “Uma teoria da justiça” de John Rawls, 2) A reponsabilidade ambiental decorrente da poluição sonora emanada dos templos religiosos:

hermenêutica a partir de axiomas jurídicos e cristãos, 3) Abuso do poder e subversão na linguagem imagética do filme Joaquim, 4) Direito, Estado e sociedade: do Direito a saúde à complexidade do sistema médico, 5) Direitos fundamentais: a discricionariedade em Robert Alexy e o balanço entre jurisdição e legislação, 6) Judicialização da política: fundamentação da decisão judicial como limite da interpretação da Constituição na jurisdição constitucional, 7) Nicholas Roerich e proteção ao patrimônio cultural da humanidade: uma análise de seu legado para o Direito e da representação de sua luta na pintura, 8) Pós-modernidade em Zigmund Bauman: reflexões para o Direito no século 21, 9) Questões filosóficas da Convenção-Quadro para o controle do tabaco e 10) Resignificação hermenêutica da dignidade da pessoa humana a partir do paradigma da fraternidade como categoria jurídica constitucional.

O GT foi espaço de muitas manifestações transdisciplinares, em especial ao se tratar do tema da Arte e Direito....

Coordenadores do GT:

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS

Profa. Dra. Ana Paula Araújo De Holanda – UNIFOR

## **A INCORPORAÇÃO DAS TESES GARANTISTAS NO ÂMBITO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEU PAPEL DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL**

**Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

*Universidade Federal de Santa Catarina*

**Sabrina Jiukoski da Silva**

*Universidade Federal de Santa Catarina*

### **Resumo**

Diante da exacerbada discricionariedade judicial brasileira e da realidade do constitucionalismo contemporâneo, o presente ensaio tem como objetivo verificar se as teses que compõe o Constitucionalismo Principialista desencadearam uma exacerbação da discricionariedade decisória do Poder Judiciário brasileiro, bem como se uma sólida cultura garantista, defendida por Luigi Ferrajoli, é capaz de conter o protagonismo judicial.

**Palavras-chave:** princípios, Garantismo, decisões judiciais, ativismo, Poder Judiciário.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Given the exacerbated Brazilian judicial discretion and the reality of contemporary constitutionalism, the present essay aims to verify if the theses that make up the Principialist Constitutionalism triggered an exacerbation of the discretion in the Brazilian Judiciary decisions, as well as if a solid guarantee culture, defended by Luigi Ferrajoli, is capable of containing the judicial protagonism.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** principles, Guarantism, judicial decisions, activism, Judiciary Power.

### **1. Introdução**

As mudanças na estrutura dos ordenamentos jurídicos na Europa, durante o século XX, sobretudo após a queda dos regimes totalitários, com a consolidação de constituições rígidas, densas e hierarquicamente superiores à legislação ordinária, preocupadas em promover um

extenso rol de direitos fundamentais e delegar o papel de garante destes direitos ao Poder Judiciário, demarcaram a identidade do Estado Constitucional de Direito. Como corolário, ensejaram uma modificação no princípio da legalidade, que passa a incluir as normas constitucionais, pressupondo que o limite dos direitos, tanto formais quanto, agora, substanciais, se perfaz nas Cartas Constitucionais (OTTO 2012, p. 15).

Para Luigi Ferrajoli (2012, p. 13), embora o paradigma constitucional depreenda diversas concepções jurídicas, pode ser concebido de duas maneiras antagônicas. De um lado, pode ser compreendido como a superação em um sentido tendencialmente jusnaturalista do positivismo jurídico e, de outro, como a sua expansão e o seu complemento. Na revisão terminológica do autor, tratam-se, respectivamente, do Constitucionalismo Principialista, mais afeto às concepções ponderacionaistas e do Constitucionalismo Garantista.

O desenvolvimento dessas duas teses antagônicas em boa margem gerou um profícuo debate no campo da Hermenêutica Jurídica. O eixo central de discussão é o estudo, a interpretação e a argumentação envolvendo os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e as decisões judiciais. O grande desafio hermenêutico que permeia o século XXI, assim, é o controle da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Poder Judiciário, especialmente diante de seu papel de garante emanado nas Magnas Cartas.

O contexto jurídico nacional e internacional revela, entretanto, um exacerbado protagonismo judicial. O Poder Judiciário passa cada vez mais a decidir sobre as mais variadas demandas sociais, econômicas e políticas, ultrapassando o que definiria seu marco de competências e interferindo diretamente nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Segundo Luigi Ferrajoli, este diagnóstico é fruto das teses principialistas que possibilitaram uma leitura moral das Cartas Constitucionais, restabelecendo a conexão jusnaturalista entre direito e moral, bem como a flexibilização da aplicação dos direitos fundamentais, enquanto princípios objeto de ponderação ou balanceamento, ou invés de subsunção, como as regras. O Constitucionalismo Principialista estaria proporcionado uma inversão da hierarquia das fontes e, principalmente, a interferência na separação dos poderes, distorcendo os ideais defendidos pela clássica relação entre eles oriunda de Montesquieu.

Desta forma, este artigo possui como problema central verificar se as teses que compõem o Constitucionalismo Principialista desencadearam um alargamento da discricionariedade do Poder Judiciário brasileiro, bem como se uma sólida cultura garantista, nos termos traçados por Luigi Ferrajoli, é capaz de conter o exacerbado protagonismo judicial. Assim, traçando positivamente a hipótese a tal problema, a partir do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa monográfica, visa-se desenvolver os objetivos específicos

correspondentes às seções. Na primeira seção passa-se ao estudo das correntes do constitucionalismo moderno à luz de Luigi Ferrajoli. No segundo tópico discorre-se sobre o paradigma do protagonismo judicial brasileiro. No terceiro ponto a discussão é direcionada ao problema central do presente ensaio. Por último, serão tecidas as considerações finais.

## **2. O Constitucionalismo Garantista à luz de Luigi Ferrali**

A rigor, as teses garantistas defendidas por Luigi Ferrajoli visam combater três teses centrais que se resumem como principialistas. A primeira tese trata da negação das fontes sociais do direito, eis que a fonte de um direito, para os autores principialistas, é um direito justo concebido a partir de uma moral heterônoma e geral permeando a sociedade. A segunda tese, que decorre da primeira, visa restabelecer a conexão entre moral e direito. A terceira e última tese, mais acentuadamente metodológica, busca projetar uma diferença estrutural entre regras e princípios, sendo fundamental, para os principialistas, esta diferenciação na medida em que através dela podem-se ponderar princípios e aplicar via subsunção as regras de forma taxativamente diferenciada.

O Constitucionalismo Principialista reúne, não como uma corrente coesa ou com a aceitação dos seus supostos representantes, diversos juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Gustavo Zagrebelsky, José Juan Moreso e Manuel Atienza que, embora sustentem teorias distintas, possuem, para Ferrajoli, um traço comum, caracterizam os “[...] direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial” (FERRAJOLI 2012, p. 18).

Em Ronald Dworkin (2002, p. 36), por exemplo, a moral manifesta-se no direito através dos princípios constitucionais. Um princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. O *locus* da teoria de Robert Alexy, por sua vez, é a dimensão de “textura abertura”, os chamados *hard cases*, em que o jurista estaria autorizado a trabalhar com elementos morais no âmbito do direito, pois o discurso jurídico não daria conta de resolvê-los<sup>1</sup>. Para Alexy, “a moral é um elemento do conceito e da validade do direito, na medida em que ela possibilita a *pretensão de correção* do discurso jurídico” (TRINDADE, 2012, p. 104).

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Streck (2016, p. 221-245).

A visão principialista, segundo Luigi Ferrajoli, acaba concebendo os princípios constitucionais como conteúdos de justiça verdadeiros e objetivos, acarretando um retorno ao jusnaturalismo<sup>2</sup>. Ao contrário disso moral e justiça são, na concepção garantista, externas ao direito, dado que a positivação de uma norma, mesmo que constitucional, não pode implicar sua justiça, pois é possível ser julgada como injusta ou imoral, e sua justiça, ao contrário, não implica a sua existência positiva (FERRAJOLI, 2015, p. 108-109).

A tese garantista reconhece uma dimensão substancial introduzida nas democracias contemporâneas<sup>3</sup>, mas mantém clara demarcação ao discorre que os direitos fundamentais só consistem em valores morais e políticos de justiça dado que são cláusulas do pacto social de convivência<sup>4</sup>. A constitucionalização de princípios, segundo Ferrajoli, não recai de alguma sobre a consolidada separação entre direito e moral.

Os pontos de vista individuais dos juízes, seja para adesão ou negação aos princípios constitucionais, são totalmente externos ao campo do direito (FERRAJOLI, 2015, p. 108 e 114-115). Ao juiz não cabe exercer suas funções jurisdicionais tendo por base suas convicções pessoais, ao menos de forma determinante, mas sim deve respeitar sua vinculação à lei como uma obrigação política, jurídica e até mesmo moral (CADEMARTORI; NAVARO, 2014, p. 81-82). Ademais, não se justificaria a imposição aos cidadãos de uma adesão moral ou um compartilhamento ético-político de princípios “morais” estipulados nas normas, ainda que de carácter constitucional. A adesão de tais princípios, para o garantismo, certamente ocorrerá, porém sua imposição violara a liberdade de consciência e de pensamento (FERRAJOLI, 2012, p. 109).

Mesmo no âmbito do positivismo, o modelo Garantista caracteriza-se pela ruptura paradigmática no modelo paleojuspositivista<sup>5</sup>. Trata-se de um novo paradigma de direito e de democracia, enquanto sistema de limites, de vínculos e controles impostos a quaisquer poderes,

---

<sup>2</sup> A afirmação de uma objetividade moral é assumida por principialistas tais como José Juan Moreso e Manuel Atienza, o que pode ser conferido na obra de Ferrajoli e Manero (2012).

<sup>3</sup> Na tese ferrajoliana, para que uma norma seja válida, “não basta que seja emanada nas formas predispostas para sua produção, mas é também necessário que os seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na constituição.” (FERRAJOLI, 2011, p. 44).

<sup>4</sup> Segundo Ferrajoli, o princípio juspositivista da separação de direito e moral “[...] não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça””. (FERRAJOLI, 2012, p. 27).

<sup>5</sup> Segundo Lenio Streck, o positivismo exegetico ou paleopositivismo, como trata Ferrajoli, “em sua gênese, teve como referência as ciências exatas e/ou naturais, sendo delas extraído o padrão de objetividade buscado. [...] O próprio termo “positivismo jurídico” (do latim *iustus positivum* ou *iustus positum*) já trazia essa conotação, pois o (re)corte seria somente aquilo que está posto, positivado. Desse modo, na Escola da Exegese, tem-se um apego à lei, aos códigos, como enunciação última do direito. O *ius* torna-se *lex*, ou seja, a positivação possibilita um conhecimento objetivo, com “certitude”. Assim, havia uma recusa na inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito e no próprio fazer jurídico.” (STRECK, 2016, p. 227).

para as garantias primárias – consistentes em obrigações e proibições imediatamente ligadas aos direitos elencados constitucionalmente – e secundárias – consolidadas na reparação judiciária das violações das garantias primárias – dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2012, p. 67)<sup>6</sup>. Além disso, busca consagrar a divergência entre validade e vigência nas normas, dado que a validade não se traduz no “plano moral”, tampouco apenas no seu caráter formal, mas sim no seu aspecto de conteúdo material em consonância com normas superiores, notadamente, os direitos fundamentais.

Quanto à natureza das normas em que consistem os direitos fundamentais, o Constitucionalismo Principlista defende que estes direitos, uma vez em conflito, são objeto de ponderação ao invés de subsunção, pois concebidos não como regras, mas sim como princípios, o que é veementemente refutado pelas teses de Ferrajoli.

Em verdade, a discussão que recai sobre princípios e regras não é novidade no campo jurídico brasileiro, porém, como lembra Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 608-611), ganhou força com as obras lançadas no Brasil por Ronald Dworkin e por Robert Alexy.

Para Dworkin (2002, p. 39-45), o sistema jurídico é composto tanto por regras quanto por princípios. As primeiras são aplicáveis na forma do “tudo ou nada”, ou seja, ou são válidas, e são aplicáveis em sua inteireza (a resposta fornecida deve ser aceita), ou não são válidas, e, então, são inaplicáveis. Os segundos, além de possuírem uma dimensão de “validade”, possuem a dimensão do “peso”, e, uma vez em colisão, devem ser sopesados. Deve-se analisar a força relativa de cada princípio no caso concreto, de modo a prevalecer aquele que possuir maior “peso” ou “importância” de acordo com os fatos analisados.

Alexy (2002, p. 86-95), por sua vez, discorre que a distinção entre princípios e regras é qualitativa. Os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem o grau de generalidade baixo. Os princípios, além do mais, são mandamentos de otimização, pois cumpridos em diferentes graus. Assim, os juízes diante de casos provenientes de colisão entre princípios devem utilizar das técnicas de ponderação, desenvolvidas pelo autor, que resultarão em regras a serem aplicadas no caso concreto. Trata-se da colisão entre princípios constitucionais, que uma vez em conflito serão ponderados. Todavia, o próprio autor adverte que não se pode dizer que um princípio (P1) sempre prevalecerá sobre outro princípio (P2), ou ainda se tornará inválido. Deve-se tratar de

---

<sup>6</sup> O autor acrescenta: “[...] as garantias primárias e as garantias secundárias exprimem a normatividade e, simultaneamente, garantem a efetividade das Constituições equivale, segundo a abordagem garantista, a ler as suas violações como *antinomias* ou como *lacunas* estruturais, as primeiras por comissão e as segundas por omissão.” (FERRAJOLI, 2012, p. 70).

prevalência de um princípio em detrimento de outro no caso concreto, dado que *prima facie* são iguais, chegando ao que o Alexy chama de “resultado ótimo”. As regras, ao revés, são normas que podem ser sempre satisfeitas ou não, de modo que se uma regra é válida, então, deve-se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais nem menos.

Luigi Ferrajoli (2015, p. 119-125 e 135-136), contrapondo, dispõe que os princípios constitucionalmente estabelecidos não são normas expostas à “escolha ponderada” dos atores do Poder Judiciário, são em verdade limites, obrigações e vínculos. Os direitos fundamentais são regras deônticas de caráter universal, revestidas de uma normatividade forte e, enquanto normas de hierarquia constitucional, substanciais sobre a produção jurídica, restando a cargo do legislador as integrações e soluções das possíveis antinomias e lacunas. Portanto, podem ser caso a caso respeitados ou violados, concretizados ou não e, por isto, aplicáveis segundo a noção de regras, visto que ao tratar a ponderação como “escolha ponderada” de uma norma em prejuízo de outra, mesmo que em análise ao caso concreto, é admitir a derogabilidade das normas constitucionais, desprezando a sujeição do juiz à lei.

A concepção de Ferrajoli (2015, p. 138-139) admite tão somente um papel da argumentação por princípios, desde que a atividade jurisprudencial, por ser submetida à lei e ao ônus da motivação, respeite a distinção entre o “direito vigente” e o “direito vivente”. O primeiro (positivo, objetivo ou empiricamente existente) produzido pela legislação, pelas autoridades habilitadas à produção normativa, e o segundo (interpretado, argumentado ou aplicado) retratado a partir do conjunto das interpretações e das diversas circunstâncias de fato fornecidas pela jurisprudência. Ou seja, nem a jurisdição ordinária pode produzir o “direito vigente”, nem a legislação pode produzir ou alterar o “direito vivente” pelo qual é aplicada.

Além disso, é justamente esta concepção principialista de que os direitos fundamentais são (somente) princípios e não (também) regras, objeto de ponderação e não de subsunção, que dão margem ao enfraquecimento da normatividade das Cartas Constitucionais nos ordenamentos de *civil law*, favorecendo o que Ferrajoli identifica como uma imprópria autonomia da jurisdição e, conseqüentemente, contradizendo o próprio paradigma do Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2015, p. 127-128 e 142-143).

Corroborando, Lenio Streck (2012, p. 65) afirma que as teses principialistas tem promovido no ordenamento jurídico brasileiro uma verdadeira fábrica de princípio, como se a fórmula para superar o paleojuspositivismo fosse uma espécie de retorno à jurisprudência dos “valores” e dos “interesses”. Para o autor, a “era dos princípios constitucionais” representa uma revolução paradigmática do campo do direito, principalmente ao considerar que uma parcela

significativa de juristas brasileiros optou por considerar os princípios como “um suporte dos valores da sociedade”. Ainda, acrescenta:

“Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância de facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, *da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem* (STRECK, 2012, p. 65, grifos do autor).

Desta forma, a próxima seção é dedicada à análise da realidade brasileira, buscando identificar as raízes do protagonismo judicial.

### **3. O contexto brasileiro e o protagonismo judicial**

A consolidação do Estado Constitucional de Direito ocorreu de forma tardia no Brasil. O marco histórico que definiu a implantação do paradigma constitucional fora a realidade política brasileira durante o golpe militar (1964-1985). A Carta Constitucional de 1988, com a redemocratização do país, buscou limitar o exercício da discricionariedade política, a partir de um sistema de garantias e obrigações, protegendo as minorias da vontade das majorias contingentes. Fala-se, assim, em um Estado Constitucional de Direito que reconstruiu as prerrogativas dos cidadãos, ampliando os direitos e as garantias fundamentais (art. 5º), ao incluir não apenas os direitos civis e políticos (art. 14), mas também os direitos sociais (art. 6º). Ademais, a jurisdição constitucional ganhou destaque no cenário jurídico nacional, o Poder Judiciário, assim, foi elevado à condição de fiador dos direitos fundamentais e do próprio regime democrático (TRINDADE, 2012, p. 108).

A partir de um ponto de análise como o de Ferrajoli (2012, p. 231-232), pode-se entender que a Constituição brasileira inaugurou o chamado constitucionalismo de terceira geração. O texto constitucional, de um lado, abriu uma promissora perspectiva de desenvolvimento futuro do constitucionalismo e, de outro, promoveu uma série de mecanismos institucionais que favoreceu a expansão do Poder Judiciário. Todavia, o autor adverte que se a Magna Carta de 1988 “não for acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição”, arriscando produzir os maiores desequilíbrios no sistema dos poderes públicos.

Isto posto, passa-se a analisar a atuação do Poder Judiciário, nestas quase três décadas desde a promulgação da CRFB/88, que para muitos doutrinadores brasileiros trata-se de um

divisor de águas na história nacional, com destaque a posição que a jurisdição vem desempenhando na construção do Estado Democrático de Direito.

Conforme André Karam Trindade (2012, p. 114-115), a evolução da jurisprudência brasileira, principalmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, compreende três estágios distintos e, em alguma medida, sobrepostos:

- 1) a *fase da ressaca*, que se inicia ainda em 1988 – com a instalação de uma crise de modelo de direito, sobretudo no âmbito da dogmática jurídica, em face da necessidade de se operar uma filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico – e pode ser caracterizada como o período sucessivo à promulgação da Constituição, em que se evidencia a dificuldade relativa à compreensão do novo paradigma que institui o Estado Democrático de Direito, de maneira que grande parte das inovações trazidas pela Constituição restaram encobertas, especialmente no que diz respeito aos mecanismo de controle de constitucionalidade e ao catálogo de direitos fundamentais;
- 2) a *fase da constitucionalização*, que começa ainda no final da década de 90, é marcada pelo descobrimento da Constituição e de seus princípios, o que possibilita que ocorra, efetivamente, o processo de constitucionalização do(s) direito(s), na medida em que os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicador de leis e, paulatinamente, assumem o papel de intérpretes da Constituição, a partir das contribuições proporcionadas pelos que surgem no campo da hermenêutica e da argumentação jurídica.
- 3) a *fase ativistas*, cujo marco inicial pode ser considerado, simbolicamente, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45<sup>7</sup>, em 2004, caracteriza-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringem à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais.

E é nesta terceira fase em que, segundo o autor, encontra-se o Brasil. A realidade brasileira é marcada pela expansão do protagonismo judicial e na instituição de um ativismo judicial. Para Trindade (2012, p. 116), “o que se verifica em *terrae brasilis* é o desenvolvimento de um ativismo judicial *sui generis* – impulsionado pela judicialização da política, sob os influxos do neoconstitucionalismo e das teorias da argumentação –, que não leva em conta as especificidades que conformam a realidade jurídica brasileira”.

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira, ao analisar o cenário brasileiro, descreve o ativismo judicial nos seguintes termos:

[...] a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida da pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma

<sup>7</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao texto constitucional o instituto da súmula vinculante, conforme verifica-se no caput do artigo 103-A da CRFB/88: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”.

linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito (VIEIRA, 2008, p. 443).

O fenômeno, afirma Trindade (2012, p. 117-118), confere ampla discricionariedade aos juízes que, diante dos casos concretos, buscam em suas convicções pessoais uma solução que atenda aos fins de “justiça social”, acarretando tanto na “criação” do direito, sob a justificativa do caráter moral dos princípios constitucionais, quanto no planejamento e elaboração das técnicas processuais visando a otimização das demandas judiciais, implicando, assim, na inadequada intervenção na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo. Nas palavras do autor, “os princípios constitucionais tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passam a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem”.

Lenio Streck (2012, p. 67 e 81), endossando, discorre que os princípios constitucionais instituem um mundo prático no direito, porém o que se observa nas decisões judiciais, nas últimas décadas, é o crescimento “criativo” de um conjunto de “álibis teóricos” que recebem convenientemente a nomenclatura de “princípios”, os quais podem, de certa forma, ser importantes na busca de respostas jurídicas – diante da “justiça social” -, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de “meta-regras”, localizadas em uma zona de arbitrariedade<sup>8</sup>. É prova disso, para o autor, o fato que o mesmo tribunal concede e nega *habeas corpus* a casos idênticos, a partir da simples alteração dos juízes que fazem parte do órgão fracionário.

---

<sup>8</sup> “Veja-se, nesse sentido, parte do incontável (e incontrolável) elenco de “princípios” utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Podem ser citados o *princípio da simetria* (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências), *princípio da precaução* (por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio”?), *princípio da não surpresa* (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade); *princípio da efetividade* (esse *pret-à-porter* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário de juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como a retirar da “efetividade” essa dimensão normativa?); [...] *princípio da cooperação processual* (em que condições um *santard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de “não cooperação”? Qual será a ilegitimidade ou a inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?); *princípio da confiança no juiz da causa* (serve para justificar qualquer decisão: para prender e para soltar); *princípio da humanidade* (esse *standard* dispensa comentários); *princípio da situação excepcional consolidada* (está do *Top Five* do pan-principiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*; cabe a pergunta: um fato consumado supera uma prescrição normativa? Quem vai eleger as circunstâncias excepcionais? O Judiciário? Pensando-se num caráter de “universalização do princípio” ou na sua importância hermenêutica, surge, ainda, a seguinte indagação: quando se poderia reconhecer a normatividade da situação excepcional consolidada? Não poderia ela sempre ser reconhecida quando se pretende uma desoneração da força normativa da Constituição?); *princípio da felicidade* (neste ponto o direito brasileiro se torna insuperável; por esse *standard*, a Constituição “garante” o direito de todos serem felizes... – sic).” (STRECK, 2012, p. 65-66).

Os princípios mais invocados nas decisões judiciais são a proporcionalidade e a razoabilidade, que, à luz de Trindade (2012, p. 118), “exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico”. Os “princípios” assinalados, de fato, comprometem a segurança jurídica no caso brasileiro, visto que são conceitos indeterminados, ampliando sobremaneira o âmbito de interpretação e atuação dos atores do Poder Judiciário.

Como exemplo, cita-se o conhecido “caso do livro antissemita” (Habeas Corpus nº 82.424/RS/STF)<sup>9</sup>. Os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Marco Aurélio Mendes da Faria Mello utilizando de “ponderação” entre princípios constitucionais em colisão – liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana (povo judeu) -, por meio da máxima do “princípio” da proporcionalidade, ambos fundamentando na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, alcançaram decisões antagônicas. O Ministro Gilmar Mendes entendeu por indeferir a ordem de *habeas corpus*, justificando ser inegável que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, sendo evidente a adequação de condenação para salvaguarda de uma sociedade pluralista. O Ministro Marco Aurélio Mello, ao revés, votou por conceder a ordem, assentando a inexistência da prática de racismo, pois a restrição à liberdade de expressão não seria uma medida adequada e proporcional no caso diante da análise da totalidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Outro exemplo de discricionariedade dos juízes, como lembram Trindade (2012, p. 115) e Streck (2012, p. 80), são as conhecidas súmulas vinculantes. No Brasil, uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal pode alterar o próprio texto constitucional, como é o caso da súmula vinculante nº 5, que ultrapassa o que o Streck denomina “limites semânticos da Constituição”. Ademais, evidenciando a discricionariedade presente no sistema jurídico brasileiro, somente o próprio criador da súmula pode revogá-la (STF), dado que não há declaração de inconstitucionalidade destes casos<sup>10</sup>.

Para Trindade (2012, p. 120-121), o Brasil substituiu a figura do “juiz boca-da-lei”, que proferia juízos de legalidade, pelo juiz que “pondera princípios” e incorre-se em outro

---

<sup>9</sup> “*Habeas Corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antissemita. O art. 5º, inc. XLII, da CRFB/88, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação antissemita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, inc. XLII, da CRFB/88, teria ficado restrita ao crime de racismo.” (Habeas Corpus nº 82.424/RS – Supremo Tribunal Federal).

<sup>10</sup> Súmula vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Texto Constitucional (art. 5º, inciso LV): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

grande equívoco, visto que esta nova figura, de juízos de oportunidades, decide conforme sua “consciência” ou “moral”, a partir de valorações de ordem subjetiva, passando, então de um mecanismo na aplicação do direito para o que o autor trata de “decisionismo” – comportando indiferentes jurídicos -, o que coloca em xeque a democracia constitucional brasileira.

O Poder Judiciário, nas últimas décadas, ganhou uma dimensão desproporcional, avançando significativamente ao intervir em questões eminentemente sociais e políticas, tornando-se o que Mauro Cappelletti (1999, p. 61) denominou de “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”. Por outro lado, é possível afirmar que tanto Streck quanto Trindade compartilham a crítica de Ferrajoli ao Constitucionalismo Principialista, enquanto facilitador da discricionariedade judicial.

Deste modo, na última seção, analisar-se-á se os aspectos da discricionariedade do Poder Judiciário brasileiro fruto das diversas teorias que compõem o principialismo, bem como se uma solida cultura garantista, defendida por Ferrajoli, é capaz de conter esse ativismo judicial.

#### **4. Por uma Cultura Garantista no Judiciário Brasileiro**

O constitucionalismo contemporâneo no Brasil é marcado pelo protagonismo do Poder Judiciário. Os juízes impulsionados pela “positivação de valores” têm utilizado discricionariamente da técnica de ponderação entre princípio à margem da proporcionalidade e da razoabilidade. A jurisprudência ainda, nestas últimas décadas, produziu um incontrolável elenco de princípios<sup>11</sup>, supostamente tutelados pela Magna Carta de 1988. As origens desse crescente fenômeno, segundo Luigi Ferrajoli, estariam ligadas as três teses trabalhadas na primeira seção deste ensaio, que juntas formam o lócus do Constitucionalismo Principialista.

No entanto, embora seja possível tecer algumas críticas às matrizes das teorias principialistas, diante da evidente estrutura discricionária que desencadeou um empoderamento judicial nos ordenamentos jurídicos, no caso brasileiro o fenômeno do ativismo judicial, além de sofrer influências das teses principialistas, sofre influência da má recepção interpretativa das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

A teoria de Alexy, conforme bem elucidada Streck (2012, p. 74), é utilizada descrriteriosamente por juízes brasileiros, especialmente os juízes constitucionais. O conceito de “princípio” em Alexy (2002, p. 90-98) é diverso do conceito de princípio utilizado

---

<sup>11</sup> Expressão retirada de Streck (2012, p. 65-66).

tradicionalmente na processualística brasileira. Ademais, a ponderação “não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais”. Alexy, ao construir a teoria dos direitos fundamentais, não admite uma escolha direta de princípios, como ocorre no cenário brasileiro, nem mesmo a proporcionalidade é considerada um princípio.

Os princípios constitucionais para Alexy, em essência, são mandamentos de otimização e estão intrinsicamente conexos à máxima da proporcionalidade. Em caso de colisão, com fulcro no procedimento (lei) de ponderação, deve-se utilizar a máxima da proporcionalidade, considerando seus desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras diretamente relacionadas às possibilidades fáticas e a última, ao revés, vincula às possibilidades jurídicas. O resultado deste procedimento é uma regra, que será aplicada ao caso (ALEX, 2002, p. 111-114).

Estes pressupostos formais são esquecidos pelos intérpretes julgadores durante a aplicação dos direitos fundamentais no Brasil, apesar de citados ao longo das decisões judiciais. A invocação das técnicas de proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação é genérica, sendo utilizada para qualquer conflito levado ao Poder Judiciário, bem como limitada à indicação dos princípios constitucionais supostamente violados. É difícil, em verdade, encontrar um acórdão proferido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que, de fato, tenha seus fundamentos fulcrados na metodologia desenvolvida por Alexy<sup>12</sup>.

É dizer, assim, que na construção da teoria alexyana é possível identificar o exercício da discricionariedade do Poder Judiciário, à luz da permissão de uma leitura moral das Cartas Constitucionais, presente em todos os ordenamentos jurídicos adeptos. Porém, o caso brasileiro está além das noções de discricionariedade sustentada pelo autor principialista. Conforme sustenta Streck (2016, p. 73), “é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da teoria da argumentação jurídica<sup>13</sup>”.

Por outro lado, é necessário reconhecer que fogem do imaginário dos atores do Poder Judiciário brasileiro os esforços de Ronald Dworkin ao teorizar a tese da “resposta correta”, recorrendo, sobretudo, que não há espaço para discricionariedade judicial<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Neste sentido, também, Streck, (2016, p. 221-245).

<sup>13</sup> O autor, ainda, na quarta edição de sua obra, Verdade e Consenso, defende que no Brasil, diante da ausência de uma “Teoria da Constituição” adequada, importaram-se teorias produzidas por outras culturas (onde encaixa-se a teoria alexyana), que ao serem adaptadas à realidade brasileira acabam por fornecer resultados patológicos (STRECK, 2011).

<sup>14</sup> Embora seja possível reconhecer que o Constitucionalismo Principialista possua sua matriz em Ronald Dworkin, o autor com o passar dos anos modificou, em muito, sua teoria. A tese da resposta correta é o ponto de diferenciação entre os demais autores principialistas e Dworkin. Ou seja, embora os principialistas entendam que os princípios

Para Dworkin (2005, p. 203), o direito é um fenômeno interpretativo e os princípios foram positivados nas Cartas Constitucionais unicamente para fornecerem diretrizes aos intérpretes julgadores. A tese da “resposta correta”, por isso, exige uma decisão fundamentada, ao invés de uma escolha discricionária dos juízes, seja por um ato subjetivo, com base nas convicções pessoais, seja através de recursos meramente retóricos. A tese dworkiana visa, sobretudo, combater um possível “vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto” (CADEMARTORI, 2009, p. 90).

Os argumentos dworkianos estabelecem uma defesa à possível discricionariedade dos intérpretes julgadores, visando salvaguardar a própria democracia constitucional. Além disso, a partir da utilização dos princípios, enquanto diretrizes consagradas na ordem jurídica, é possível ao intérprete construir a melhor resposta ao caso concreto. Ou seja, não há o que se falar em certeza absoluta, mas uma convicção com fulcro nas diretrizes constitucionais. Dworkin (2006, p. 132) sustenta, como corolário, que “se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas no nosso arranjo constitucional.”.

Lenio Streck, nesse sentido, é enfático ao discorrer:

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias [...]. Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc; ele deve por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia (STRECK, 2011, p. 446.).

Nesse cenário, entretanto, é importante reconhecer que mesmo se as matrizes das teses principialistas, com destaque a Dworkin e a Alexy, fossem levadas a sério, não há perspectiva de um decréscimo do ativismo judicial no Brasil. Assiste razão a Luigi Ferrajoli ao apontar que o lócus das teses principialistas é a origem do ativismo judicial. Nem mesmo Ronald Dworkin, revendo sua teoria, seria capaz de mitigar o problema hermenêutico brasileiro, pois o direito, enquanto processo de contínua adaptação à realidade social, não pode permanecer à margem da “moral subjetiva” do julgador instalada no ordenamento. Cada juiz tem suas ideologias, vinculadas às experiências e às convicções pessoais, mas as decisões judiciais não pode refletir esse subjetivismo. Como sustenta Streck,

---

traduzem padrões de justiça, admitindo espaço para discricionariedade judicial, Dworkin, ao contrário, visa combater esta discricionariedade.

[...] o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (lembramos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). No âmbito do legislador, quando afirmo não haver discricionariedade, quero dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional”, fazer opções. Daí a diferença entre o legislador e o juiz. O juiz sempre terá “dúvidas”, que podemos chamar de “ontológicas”, mas, ao contrário do legislador, ele está vinculado a uma espécie de DNA do direito, formado pela doutrina *lato sensu* e a jurisprudência, o que faz com que seja obrigado a obedecer a coerência e a integridade do direito (reconstrução da história institucional) (STRECK, 2012, p. 77).

Ao Poder Judiciário brasileiro falta apresentar respostas constitucionalmente adequadas<sup>15</sup>, mas, sobretudo, reconhecer seus limites jurisdicionais atribuídos pela Carta Constitucional de 1988, respeitando a separação dos poderes e o princípio da legalidade. Neste contexto, somente a construção de uma cultura garantista, à luz de Luigi Ferrajoli, seria capaz de salvaguardar a democracia brasileira, desmistificando no país um sistema de vínculo, limites e obrigações<sup>16</sup>.

Nas palavras de Ferrajoli (2012, p. 247),

A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irredutível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita.

A teoria ferrajoliana busca, assim, controlar esta discricionariedade, mormente, pois, reconhece a normatividade forte das Constituições rígidas, como é o caso da brasileira. Trata-se do reconhecimento nas Cartas Constitucionais, colocadas no vértice da hierarquia das normas, de vínculos substancias como uma espécie de “blindagem” das possibilidades interpretativas dois juízes, especialmente aos juízes constitucionais.

O Constitucionalismo Garantista permite romper a relação entre direito, moral e política presente fortemente no Poder Judiciário brasileiro, promovendo uma cultura em defesa do próprio texto constitucional, respeitando os direitos fundamentais que de forma alguma podem ser flexibilizados à margem de uma subjetividade pessoal dos magistrados, visto que são cláusulas do pacto de convivência social, protegendo a sociedade, as futuras gerações, as minorias contingentes e principalmente a democracia brasileira

## 5. Conclusão

<sup>15</sup> Nesse sentido, ler STRECK (2004).

<sup>16</sup> Nesse sentido, ver TRINDADE (2012, p. 122-124).

O Estado Constitucional de Direito consagrou uma série de virtudes no cenário brasileiro, destacando os direitos fundamentais, porém nas últimas décadas a realidade brasileira é marcada pela expansão desenfreada do protagonismo judicial. O Poder Judiciário está, cada vez mais, ao abordar as diversas demandas sociais e políticas, ultrapassando sua competência designada constitucionalmente, desrespeitando o princípio da legalidade e interferindo diretamente nas searas dos Poder Executivo e Legislativo.

O presente ensaio, assim, entendendo a realidade brasileira, buscou fomentar as discussões sobre os desafios da concretização dos direitos fundamentais no século XXI e o papel do Poder Judiciário, presentes nas melhores doutrinas nacionais. Ainda, buscou compreender as matrizes jurídicas e filosóficas que compõe o constitucionalismo contemporâneo, visto que são importantes lentes para combater o ativismo brasileiro.

Desta forma, verificou-se que assiste razão o autor italiano Luigi Ferrajoli ao apontar que as matrizes que estruturam o Constitucionalismo Principialista desencadearam o empoderamento judicial, mormente, pois, os juízes passaram a fundamentar as mais variadas decisões a partir de uma leitura moral das Cartas Constitucionais. Entretanto, o caso brasileiro está além das constatações do autor. No Brasil, o ativismo judicial tem sua influência principialistas, mas o sincretismo e a má recepção interpretativa das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin são os maiores influenciadores dos atores judiciais.

Ademais, rever as raízes das teses principialistas e buscar uma melhor aplicação não seria uma opção à realidade brasileira, sendo a construção de uma cultura garantista uma melhor saída, dado que o Constitucionalismo Garantista busca, sobretudo, reconhecer um sistema de limites e vínculos presentes na Carta Constitucional brasileira.

## 6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3 ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas H.; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas W. **Rights culture and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)>. Acesso em: 24 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm/)>. Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em REsp nº 279.889/AL**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/index.jsp?novaPesquisa>>. Acesso em: 25 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms)>. Acesso em: 24 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 02 out. 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável malentendido. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. v.4. n. 3. p. 88-101, 2009.

\_\_\_\_\_; NAVARO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia. **Revista Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan/jun, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza [et. al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

\_\_\_\_\_; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación.** Madri: Trotta, 2012.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OTTO, Écio. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, [S.l.], n. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica Hermenêutica do Direito e a questão da Discrecionalidade Judicial. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez, vol. 8, p. 441-464, 2008.

## A NEGAÇÃO DO SUPOSTO EGOÍSMO LIBERAL EM “UMA TEORIA DE JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS<sup>1</sup>

**Débora Caetano Dahas**

*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

### **Resumo**

Ao desenvolver sua teoria de justiça John Rawls se tornou uma das leituras essenciais em Teoria do Direito e Filosofia Política. Há que se destacar, entretanto, que pouco se fala sobre uma das características mais importantes e revolucionárias de seu pensamento: a defesa de um tipo de liberalismo igualitário que se compromete com o ideal de liberdade mas se nega a conservar o egoísmo a ele inerente. O presente artigo visa demonstrar por quais meios John Rawls defende a sua versão de liberalismo, com a finalidade de ressaltar a sua importância e originalidade.

**Palavras-chave:** justiça; liberalismo, filosofia política, teoria do direito, John Rawls.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

In developing his theory of justice John Rawls has become one of the essential readings in Theory of Law and Political Philosophy. It should be emphasized, however, that little is said about one of the most important and revolutionary characteristics of his thinking: the defense of a kind of egalitarian liberalism that commits itself to the idea of freedom but refuses to conserve its inherent egoism. This article aims to demonstrate by what means John Rawls defends his version of liberalism, in order to emphasize its importance and originality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** justice, liberalism, political philosophy, legal theory, John Rawls.

### **1. Introdução**

Em primeiro lugar é importante ressaltar que o pensamento kantiano é uma das fontes mais notáveis da filosofia política de John Rawls, e está inquestionavelmente presente em sua

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com auxílio do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

obra “Uma teoria de justiça”<sup>2</sup>. Entretanto, ao desenvolver sua própria teoria<sup>3</sup>, Rawls mantém suas raízes kantianas, mas volta o seu enfoque para as instituições sociais e não para questões morais de cunho pessoal<sup>4</sup>. A preocupação maior em Rawls é com a organização da sociedade através de um Estado Democrático – onde o foco da justiça é a garantia de acesso a bens primários – haja vista o fato de esse se encontrar mais suscetível à instrumentalização por interesses fragmentários. Ou seja, o foco da teoria de justiça de Rawls é a estrutura básica<sup>5</sup> de uma sociedade (RAWLS, 2016, p. 8). Sobre as influências filosóficas de John Rawls, bem como as diferenças entre a sua filosofia e suas mais diversas inspirações, Danilo Caretta explica:

Quando se fala em contratualismo, imediatamente os nomes de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant nos vêm à mente. É certo que John Rawls pode ser considerado um herdeiro direto destes autores, em especial dos três últimos, mas sua proposta se afasta da dos modernos em muitos aspectos. Em primeiro lugar, John Rawls não está preocupado em legitimar alguma forma de governo ou explicar como a sociedade teve sua origem. Sua preocupação é apenas com a justiça; mais especificamente, com a justiça no âmbito social, ou “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 8). Seu alvo é a justiça em regimes de democracia constitucional, o que não quer dizer que sua filosofia não seja aplicável a outras formas de governo, nem que estas não possam ser justas. (CARETTA, 2012, p. 297)

Dessa forma, John Rawls pretendeu desenvolver uma ideia de justiça que servisse de base para a constituição de uma sociedade não apenas democrática, mas também igualitária. Vale lembrar, porém, que a teoria de justiça por ele desenvolvida – apesar de ter influências claramente kantianas – não é um projeto de filosofia moral abrangente mas sim, como já dito anteriormente, um projeto que visa as instituições que guiam a sociedade. Não há que se falar nesse momento, portanto, em ética nas relação interpessoais.

Sobre o desenvolvimento das ideias da filosofia política de Rawls, John Roemer e Alain Trannoy ressaltam, em linhas gerais, que

---

<sup>2</sup> O projeto teórico de Rawls, e a desenvolvimento da ideia da justiça como equidade é, de certa forma, o esforço formal para a tradução do princípio ético kantiano, ou seja, o princípio chamado de “imperativo categórico”, para uma teoria de justiça democrática e igualitária.

<sup>3</sup> Importante frisar que, como ressaltou o próprio autor em prefácio de sua obra (RAWLS, 2016, p. XXXVI), a teoria de justiça rawlsiana surge como um terceira via para aqueles que buscam uma alternativa ao utilitarismo, mas que não pretendem se valer de teorias filosóficas do intuicionismo.

<sup>4</sup> Immanuel Kant elaborou uma teoria moral. Já John Rawls não teve essa pretensão. A ideia de justiça como equidade apresentada na obra “Uma teoria de justiça” representa, na verdade, um teoria política.

<sup>5</sup> Nesse sentido, o próprio John Rawls (2016, p. 8) elucida que “o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.”

John Rawls publicou pela primeira vez suas idéias sobre igualdade há mais de cinquenta anos, embora sua obra de arte não tenha aparecido até 1971. Seu objetivo era desbancar o utilitarismo como a teoria dominante da justiça distributiva e substituí-la por um tipo de igualitarismo. Ele argumentou que a justiça exige, depois de garantir um sistema que maximize as liberdades civis, um conjunto de instituições que maximizem o nível de "bens primários" atribuído aos que são mais desfavorecidos na sociedade, no sentido de receber a menor quantidade desses bens. Os economistas chamam este princípio de "bens primários máximos", Rawls geralmente o chamou de princípio de diferença. Além disso, ele tentou fornecer um argumento para a recomendação, com base na construção de um "véu de ignorância" ou "posição original", que protegesse os tomadores de decisão do conhecimento de informações sobre suas situações que eram "moralmente arbitrárias", de modo que a decisão que eles chegassem em termos de divisão de bens primários fosse imparcial. Assim, o projeto de Rawls (1971) era derivar princípios de justiça da racionalidade e da imparcialidade. Rawls não defendeu a utilidade de "*maxi-minning*" (mesmo supondo que as comparações de utilidade interpessoais estavam disponíveis), mas sim o "*maxi-minning*" (algum índice de) bens primários. Essa foi, em parte, sua tentativa de incorporar a responsabilidade pessoal na teoria. Para Rawls, o bem-estar foi melhor avaliado a partir de medida em que uma pessoa está cumprindo seu plano de vida: mas ele viu a escolha do plano de vida como algo para o indivíduo, que as instituições sociais não tinham nenhuma competência para julgar. (TRANNOY, 2013, p. 4, tradução nossa)<sup>6</sup>

Rawls visou, portanto, desenvolver uma teoria de justiça que respondesse as questões de seu tempo e que servisse como uma alternativa viável para a construção de uma sociedade democrática e igualitária que levasse em consideração os membros da sociedade como indivíduos com plena capacidade moral e que merecem ter seus direitos fundamentais respeitados, sem que houvesse aqui uma restrição exacerbada de suas liberdades. Lucas Dalsotto esclarece que Rawls

---

<sup>6</sup> No original: "John Rawls first published his ideas about equality over fifty years ago, although his magnum opus did not appear until 1971. His goal was to unseat utilitarianism as the ruling theory of distributive justice, and to replace it with a type of egalitarianism. He argued that justice requires, after guaranteeing a system which maximizes civil liberties, a set of institutions that maximize the level of 'primary goods' allocated to those who are worst off in society, in the sense of receiving the least amount of these goods. Economists call this principle 'maximin primary goods;' Rawls often called it the difference principle. Moreover, he attempted to provide an argument for the recommendation, based upon construction of a 'veil of ignorance' or 'original position,' which shielded decision makers from knowledge of information about their situations that was 'morally arbitrary,' so that the decision they came to regarding just allocation would be impartial. Thus Rawls's (1971) project was to derive principles of justice from rationality and impartiality. Rawls did not advocate maxi-minning utility (even assuming interpersonal utility comparisons were available), but rather maxi-minning (some index of) primary goods. This was, in part, his attempt to embed personal responsibility into the theory. For Rawls, welfare was best measured as the extent to which a person is fulfilling his plan of life: but he viewed the choice of life plan as something up to the individual, which social institutions had no business passing judgment upon."

[...] afirma que a ideia fundamental consiste em estabelecer uma relação apropriada entre uma concepção particular de pessoa e os princípios primeiros de justiça contrafactualmente acordados por meio de um procedimento de construção. Isso significa que o que justifica a adoção de determinada concepção de justiça pelos cidadãos não é fato de ela ser verdadeira em relação a uma ordem anterior a nós, mas que, dadas a nossa história e a tradição que estão na base de nossa cultura pública, ela é a concepção mais razoável para normativamente organizar uma sociedade democrática (Idem, 1999, p. 331). Nesse caso, a objetividade moral<sup>5</sup> para o construtivismo deve ser compreendida como um ponto de vista corretamente construído e aceitável para todos, diferentemente do que faz o realismo moral, onde, por meio de “intuições racionais”, as verdades em relação à moral seriam apreendidas. Rawls utiliza em sua teoria uma concepção de pessoa<sup>6</sup> como agente moral e não meramente como indivíduo que percebe uma ordem moral já dada e presente no mundo. A ideia de construtivismo exige que o procedimento através do qual são derivados os princípios normativos esteja pressupondo certa concepção de pessoa e de razão prática. (DALSOTTO, 2014, p. 3)

Dessa forma, o presente artigo visa – através de investigação bibliográfica – realizar anotações concisas acerca do pensamento de John Rawls, especialmente como apresentado em sua obra “Uma teoria de justiça”, com o objetivo de explicar como o filósofo desenvolve sua teoria de justiça como equidade e defende, com isso, uma vertente igualitária do pensamento liberal de forma a refutar as ideias e os pensamentos egoístas que muitos consideram ser inerentes ao liberalismo político<sup>7</sup>.

A seguir, iniciar-se-á a investigação com um necessário estudo comparativo entre a teoria de justiça rawlsiana e sua inspiração contratualista.

## **2. O contrato social e a justiça como equidade**

A teoria contratualista é um importante instrumento de pensamento crítico e Rawls lança mão do contratualismo para repensar o cidadão como meio de construção da sociedade. Para

---

<sup>7</sup> Vale ressaltar que a negação do pensamento egoísta dentro do desenvolvimento de uma filosofia de cunho liberal foi também realizado por outros pensadores importantes como, exemplo, Emelie Durkheim. Nesse sentido, Mark S. Cladis elucida que: “If a liberal nation is but a group of disparate individuals who have little in common besides contributing taxes for a variety of government services, if its citizens uphold the laws only for the sake of social stability while they pursue their own private projects, then egoism is likely to take root and thrive. Moreover, as Durkheim would later argue, a society of socially unanchored individuals is susceptible to social crazes that can place power in the hands of those not worthy of it. An egoistic society, in other words, can quickly turn fatalistic. But what if a liberal nation is comprised of individuals who share long-standing traditions and social practices that, among other things, support individual rights and liberties? What if liberalism is construed as a set of social traditions that morally unite individuals in common pursuits? In addition to advocating the creation of occupational groups, in Suicide Durkheim envisioned another way in which social influences can protect modern societies from the disease of egoism and promote moral individualism. This involved what I want to call liberal collective representations. These are shared beliefs and ideals that embody a society’s common understanding of the relation that pertains between the public and the private spheres.” (CLADIS, p. 79, 1994)

Rawls o necessário são pessoas moralmente capazes que pensem a partir de um ponto de vista universal, deixando de lado doutrinas abrangentes sobre o “bem” ou a “vida boa”. Sobre o contratualismo na teoria de Rawls, John Mikhail pontua:

O principal argumento contratual de Rawls em *A Theory of Justice* pode ser entendido, para os nossos propósitos, como uma tentativa de propor e defender uma solução específica para o problema da adequação normativa (ou seja, o problema dos quais os princípios morais são justificados) Essa é uma alternativa viável ao utilitarismo e ao intuicionismo. Rawls caracteriza sua proposta como uma "concepção moral efetiva e sistemática" que está implícita na tradição do contrato de Locke, Rousseau e Kant. Em comparação com os dois principais rivais, melhor "aproxima nossos julgamentos de justiça considerados" e "constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática". (MIKHAIL, 2012, p. 6-7, tradução nossa)<sup>8</sup>

É a partir dessa tentativa de levar a ideia do contrato social ao seu nível máximo de abstração<sup>9</sup> que John Rawls argumenta por um exercício denominado de “posição original”<sup>10</sup>. A imperatividade desse exercício na construção da teoria de justiça em Rawls se dá haja vista a pluralidade da sociedade contemporânea – onde vários sujeitos com diferenças pontos de vista e sentidos morais – enseja a necessidade de haver um consenso sobre o que é justo.

A partir da posição original os sujeitos de uma sociedade escolhem os arranjos institucionais mais adequados à concepção de justiça alcançadas por eles através de juízos ponderados. Isso porque, quando assume-se a posição original, deixamos de lado o conhecimento de qual lugar ocupamos na sociedade e podemos escolher princípios que possam possibilitar o alcance dos fins buscados por todos (maximização de bens primários). Cabe aqui

---

<sup>8</sup> No Original: “Rawls' main contractual argument in *A Theory of Justice* may be understood, for our purposes at any rate, as an attempt to propose and defend a specific solution to the problem of normative adequacy (that is, the problem of which moral principles are justified) that is a viable alternative to utilitarianism and intuitionism. Rawls characterizes his proposal as a "workable and systematic moral conception" that is implicit in the contract tradition of Locke, Rousseau, and Kant. As compared with its two main rivals, it better "approximates our considered judgments of justice" and "constitutes the most appropriate moral basis for a democratic society."

<sup>9</sup> Nas palavras de John Rawls: “Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia nortadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de suas associação.” (RAWLS, 2016, p. 13-14)

<sup>10</sup> Rawls elabora a ideia do exercício hipotético da posição original como substituto do estado de natureza das teorias contratualista. Nesse sentido Danilo Caretta: “precisamos substituir o já conhecido termo “estado de natureza” pelo novo “posição original”. Esta posição é puramente hipotética e procedimental, onde pessoas encontram-se numa situação de igualdade para apresentar e defender quais princípios de justiça elas acreditam ser mais razoáveis para nortear seu convívio na sociedade”. (CARETTA, 2012, p. 297)

um breve adendo: Rawls ao realizar algumas considerações sobre o que é o “bem” na sua teoria de justiça pontua que

[...] a ideia principal é que o bem de uma pessoa é definido por aquilo que para ela representa o plano de vida mais racional a longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis. Uma pessoa é feliz quando ela é mais ou menos bem-sucedida na realização desse plano. De forma breve, o bem é a satisfação do desejo racional. [...] Um problema evidente é a elaboração de um índice de bens primários sociais. Supondo-se que os dois princípios da justiça sejam ordenados em série, esse problema se simplifica bastante. As liberdades fundamentais são sempre iguais, e existe igualdade equitativa de oportunidades; não é preciso contrabalançar essas liberdades e direitos com outros valores. Os bens primários sociais que variam em distribuição são os direitos e as prerrogativas de autoridade, bem como a renda e a riqueza. (RAWLS, 2016, p. 14)

Seguindo-se adiante, destaca-se que é através do exercício da posição original que pode se chegar aos princípios de justiça que, segundo Rawls, são aqueles que todos concordariam ser indispensáveis para a construção de uma sociedade justa e democrática. Isso porque, ao se colocarem sob a posição original (de igualdade), os sujeitos estarão em situação de paridade e, por buscarem o mesmo objetivo – qual seja, a maximização de bens primários – escolherão determinados princípios que não poderiam ser negados por um sujeito moralmente capaz que em pé de igualdade com os demais membros da sociedade. Nesse sentido, Rawls explica:

A ideia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefícios próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu de ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais. (RAWLS, 2016, p. 166)

As pessoas, portanto, quando se colocam em uma posição original – que permite, de forma igualitária, a escolha de certos princípios em detrimento de outros – estão determinando a inclusão e o acesso de todos aos bens primários de forma equiparada. É necessário que o ponto de partida para a escolha dos princípios de justiça seja uma posição de paridade entre os sujeitos

já que, para Rawls, a sociedade configura um empreendimento cooperativo onde pessoas conduzem suas vidas e se organizam a partir de instituições. Rawls elucida:

Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos. A estrutura básica é um sistema de normas públicas que define um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos a fim de produzir um total maior de benefícios e atribui a cada um deles certos direitos reconhecidos a uma parte dos ganhos. O que cada pessoa faz depende do que as normas públicas determinam que ela tem direito de fazer, e aquilo que a pessoa tem o direito de fazer depende do que ela faz. (RAWLS, 2016, p. 102-103)

Através da elaboração do exercício da posição original Rawls trouxe para a sua filosofia política um enfoque nas pessoas dos legisladores, partindo então de um pressuposto igualitarista, haja vista os sujeitos se colocarem em uma posição original e vestindo-se de um véu de ignorância, escolhendo princípios de justiça sob a incerteza acerca de seu status social.

A seguir discutir-se-á com mais profundidade a posição original e os princípios de justiça apontados como aqueles que serão inevitavelmente escolhidos através desse exercício.

### **3. A posição original e os princípios de justiça**

Como explicado anteriormente, para desenvolver sua teoria, Rawls lança mão do que é talvez o mais importante conceito de sua filosofia política: a posição original.

Explica-se de forma mais detalhada: para que seja possível que os sujeitos escolham os princípios mais adequados para guiar as instituições de uma sociedade democrática e igualitária é preciso que esses se revistam do “véu da ignorância”<sup>11</sup> e façam essa escolha a partir uma posição original onde nenhum dos sujeitos saibam qual é seu status sociais ou quaisquer outras características pessoais específicas como, por exemplo, crenças, sexualidade, raça, gênero, afinidades políticas e etc.

Quando fala-se que a teoria de Rawls é evidentemente contratualista, o que pretende-se dizer é que a posição original – como já apontado alhures – nada mais é do que o esforço de se realização a abstração máxima do contrato social, ou seja, utilização da ideia do contrato

---

<sup>11</sup> É através do véu da ignorância que, no experimento da posição original, obtém-se a anulação do sujeito empírico para dar lugar a pessoas que se encontrem em par de igualdade umas com as outras.

como situação inicial que leva a um consenso acerca de certos princípios morais. Ainda sobre o contratualismo, Rawls argumenta que:

O mesmo deveria acontecer com o termo “contrato” aplicado às teorias morais. Conforme mencionei, para entendê-lo pe orecuri ter em mente que ele implica certo nível de abstração. Especificamente, o teor do acordo pertinente não é formar determinada sociedade ou adotar determinada forma de governo, mas aceitar certos princípios morais. (RAWLS, 2016, p. 19)

Através desse *status quo* inicial proposto na posição original os sujeitos escolheriam princípios que se adequam as suas convicções, ou seja, ao seu senso de justiça. Os princípios de justiça, portanto, acomodam as convicções pessoais e oferecem orientação quando essa é necessária. Nesse sentido, Rawls (2016, p. 14) explica de forma mais detalhada que,

[...] assim como cada pessoa deve decidir por meio de reflexão racional o que constitui seu bem, isto é, o sistema de fins que lhe é racional procurar, também um grupo de pessoas deve decidis de uma vez por todas, o que entre elas será considerado justo ou injusto. A escolha que seres racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios de justiça. (RAWLS, 2016, p. 14)

Entretanto, é evidente e inevitável que haverão discrepâncias entre juízos pessoais daqueles que compõe esse grupo de pessoas, podendo-se, a partir daí, modificar-se a situação inicial ou reformular-se os juízos atuais (RAWLS, 2016, p. 24), em busco de um consenso. É a partir dessa dinâmica que será possível encontrar uma combinação de “juízos ponderados devidamente apurados e ajustados” (RAWLS, 2016, p. 25). A essa situação Rawls dá o nome de equilíbrio reflexivo. Sobre o equilíbrio reflexivo John Mikhail faz os seguintes apontamentos:

O equilíbrio reflexivo faz sua primeira aparição na Seção 4 de A Teoria da Justiça, onde é definido como um estado hipotético de coisas que é alcançado no sentido de tentar justificar a posição original, resolvendo discrepâncias esperadas entre nossos julgamentos considerados e os princípios gerados por uma descrição do candidato da situação inicial. Na teoria de Rawls, a posição original, os julgamentos considerados e a situação inicial também são termos técnicos. Assim, a definição da seção 4 de

equilíbrio refletivo não pode ser entendida sem uma compreensão clara dos significados desses conceitos.(MIKHAIL, 2010, p. 6, tradução nossa)<sup>12</sup>

Elucida-se que, a partir da posição inicial, inicia-se uma discussão acerca de quais deveriam ser os princípios adotados pelas instituições. Essa discussão avança e regride conforme os participantes tentam entrar em acordo. Nem sempre a deliberação chegará a princípios que são encontrados ponderadamente. O movimento realizado no exercício da posição original, então, é de avançar no diálogo e, ao chegar a um impasse, regredir e rever premissas e avançar novamente. Por fim, essa deliberação encontrará os princípios que correspondem às convicções apuradas e ajustadas. O equilíbrio nada mais é que o consenso entre as mais diversas convicções. Diz-se reflexivo pois para se alcançar esse consenso é necessário uma deliberação racional e embasada. É o equilíbrio reflexivo, portanto, o processo pelo qual chega-se a um sistema no qual seja possível acomodar de forma fundamentada, efetiva e eficaz tantos aqueles pressupostos razoáveis impostos aos princípios, como juízos ponderados de justiça.

Desse forma, quando assumida a posição original, Rawls argumenta, os sujeitos escolheriam certos princípios específicos a serem aplicados às instituições<sup>13</sup> básicas da sociedade, haja vista ser o véu da ignorância um artifício que permite a neutralização de diversos fatores que o autor considera como moralmente arbitrários. Esses princípios de justiça escolhidos a partir da posição original dispõe que as pessoas não trocariam seus direitos e liberdade fundamentais por vantagens econômicas.

Rawls explica que, como princípios de justiça, seriam escolhidos, em primeiro lugar, o princípio segundo o qual “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas” (RAWLS, 2016, p. 73).

---

<sup>12</sup> No original: “Reflective equilibrium makes its first appearance in Section 4 of A Theory of Justice, where it is defined as a hypothetical state of affairs that is reached in the course of attempting to justify the original position by resolving expected discrepancies between our considered judgments and the principles yielded by a candidate description of the initial situation. In Rawls' theory, original position, considered judgments, and initial situation are also technical terms. Accordingly, the Section 4 definition of reflective equilibrium cannot be understood without a clear grasp of the meanings of these concepts. For the latter purpose, a brief summary of the main, contractual argument of A Theory of Justice is required.”

<sup>13</sup> Sobre a aplicação dos princípios às instituições, Rawls explica que “ao afirmar que a instituição, e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de normas, quero dizer que todos nela envolvidos sabem ou saberiam se tais normas e suas participação nas atividades que essas normas definem fossem resultantes de um acordo. A pessoa que participa da instituição sabe o que as normas exigem dela e das outras. Também sabe que as outras pessoas sabem disso e sabem que ela sabe disso, e assim por diante. [...] Os princípios de justiça devem aplicar-se a arranjos sociais entendidos como públicos nesse sentido.” (RAWLS, 2016, p. 67)

O segundo princípio – chamado de princípio da diferença – pode ser dividido em duas proposições. Destarte, o primeiro ponto desse princípio diz respeito ao fato de que as “desigualdade sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que [...] estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos” (RAWLS, 2016, p. 73). Importante frisar que, essa disposição do segundo princípio apontado por Rawls pode ser justificada pelo seguinte raciocínio: quando – apesar de termos um esquema de instituições que garantem liberdades iguais a todos – não é garantido igual acesso a cargos e posições, tem-se um sistema engessado. Isso limitaria a mobilidade social, ou seja, a possibilidade das pessoas de mudarem de posição social.

Além disso, tem-se no princípio da diferença outro ponto que versa que só aquelas diferenças sociais e econômicas que sirvam de impulso para aqueles em posições desfavorecidas que representem benefício para todos serão aceitas. Não basta, portanto, que haja apenas a redistribuição de renda. É necessário que a diferença ajude de forma eficaz aqueles menos favorecidos. Essas desigualdades sociais são, de certa forma, justas e devem, dessa forma, ser aceitas por trás do véu da ignorância. Sobre a aplicação desses princípios, Rawls estabelece que:

Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo. Essa ordenação significa que a violação das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas. (RAWLS, 2016, p. 74)

Algumas das críticas aos princípios de justiça de Rawls se dão devido à seguinte objeção: poderia o princípio da diferença cancelar desigualdades extremas ou até mesmo legitimar situações contraditórias à juízos ponderados em equilíbrio reflexivo? Para responder tal indagação, é necessário ressaltar que existe a possibilidade de conciliação entre os princípios de justiça, haja vista haver entre eles uma ordem serial ou léxica<sup>14</sup>. Explica-se: como ressaltado alhures, para Rawls a relação entre os princípios de base – que correspondem à liberdade e oportunidade – com o princípio da diferença é que os primeiros garantem a plataforma em que o princípio da diferença será aplicado. Ou seja, só há que se falar em aplicação do princípio da diferença caso já tenha sido implementado efetivamente um sistema que garante a liberdade e

---

<sup>14</sup> Sobre a ordem lexical como solução para a possível necessidade de equilíbrio entre princípios, Rawls comenta: “É uma ordem [léxica] que nos exige a satisfação do primeiro princípio da ordenação para que possamos passar ao segundo; do segundo para passar ao terceiro; e assim por diante. Determinado princípio só entra em ação depois que os anteriores a ele estejam totalmente satisfeitos ou não se apliquem. A ordenação em série exita, então, a necessidade de equilibrar princípios; os princípios anteriores na série tem peso absoluto, por assim dizer, com relação aos posteriores, e valem sem exceções.” (RAWLS, 2016, p. 52)

a oportunidade. Isso porque a justiça para Rawls é uma convergências de vários princípios, assim como elucida Voltaire Michel que destaca:

Rawls acredita na viabilidade de uma convergência em torno de critérios de justiça: essa idéia está presente desde o primeiro esboço da posição original até o consenso sobreposto em PL. Ao mesmo tempo, Rawls não aposta numa congruência entre concepções de bem, ou em outras palavras, há um “núcleo duro” em cada concepção de bem que repudia a fusão ou adesão a outros “núcleos duros”<sup>113</sup>. As doutrinas compreensivas razoáveis, embora mais suscetíveis de aderir ao consenso sobreposto, não estariam livres desta “repulsa recíproca”. A colocação “entre parênteses” da noção de bem, em favor de uma concepção de justiça, alegadamente *freestanding*, é a pedra de toque da filosofia rawlsiana. (MICHEL, 2007, p. 65)

É importante ressaltar que para Rawls a escolha desses dois princípios de justiça decorre do fato de que a sociedade configura um “empreendimento cooperativo para o benefício de todos” (RAWLS, 2016, p. 102). Esses princípios, portanto, guiam a estrutura básica institucional e “define um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos a fim de produzir um total maior de benefícios e atribui a cada um deles certos direitos reconhecidos a uma parte dos ganhos” (RAWLS, 2016, p. 102).

Por fim, evidenciam-se as considerações de Rawls sobre as ponderações acerca do princípio da diferença e da distribuição de bens primários e a ideia de justiça procedimental pura. Salienta-se que quando fala-se em questões das parcelas distributivas o que temos é um sistema procedimental. Entretanto, para Rawls, esse sistema procedimental não diz respeito a uma ideia de justiça procedimental perfeita ou imperfeita, mas sim de justiça procedimental pura. Sobre o tema, Rawls elucida que:

A justiça procedimental pura, em contraste, verifica-se quando não há um critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for, contanto que se tenha aplicado corretamente o procedimento. O jogo ilustra essa situação. Se um grupo de pessoas faz uma série de apostas justas, a distribuição do dinheiro após a última aposta é justa ou, pelo menos, não é injusta, seja qual for essa distribuição. (RAWLS, 2016, p. 104)

Isso pois, não há um critério único para se definir se os resultados são justos ou não. O que existe é um procedimento pelo qual sempre se chegará em um esquema justo. Dessa forma, sem um critério externo ao procedimento, o princípio da diferença (no que versa sobre

a oportunidade) visa justamente garantir o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura.

#### **4. A resposta de John Rawls ao argumento da meritocracia**

A defesa dos princípios apontados por John Rawls como aqueles que seriam impreterivelmente escolhidos quando assume-se a posição original passa por diversos argumentos, sendo alguns dos pontos mais relevantes aqueles que dizem respeito a distribuição de riqueza e oportunidades. Essas não devem ser baseadas em fatos arbitrários a partir de um ponto de vista moral. John Rawls argumenta que, ao não anularem os fatores arbitrários,

as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades muito profundas. Além de universais, atingem as oportunidades iniciais de vida; contudo, não podem ser justificadas recorrendo-se à ideia do mérito. É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que se devem aplicar em primeiro lugar os princípios de justiça social. Esses princípios, então, regem a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. (RAWLS, 2016, p. 8-9)

Aqui, percebe-se que John Rawls refutou a ideia da meritocracia como alternativa viável à justiça como equidade. Isso porque, na meritocracia cria-se um sistema que gera uma série de “ajudas” ou subsídios para que as pessoas comecem a “corrida” do mesmo ponto de partida, tentando assim – e sem sucesso – anular diferenças econômicas e sociais. Entretanto, aptidões naturais e talentos inerentes ao sujeitos continuam a existir e não podem ser anulados. Dessa forma, a meritocracia é insuficiente para criar uma sociedade democrática realmente igualitária, já que as instituições precisam ir além dos simples subsídios, assumindo para si princípios que possam servir como base para um sistema que preze pela liberdade sem colocar em jogo a igualdade efetiva entre indivíduos.

O que não significa afirmar que fatos naturais como talentos e aptidões não sejam, em si mesmos, injustos. O que é justo ou não é a forma como as instituições tratam esses fatos naturais – que são arbitrários de um ponto de vista moral –, bem como a forma pela qual as pessoas podem desfrutar dos resultados do exercício desses fatos naturais arbitrários. Aqui, é necessário fazer uma breve consideração: de certa forma, defende-se direitos e liberdades sem

que, para tanto, seja reconhecida a ideia de que possuir tais fatos naturais como talentos e aptidões não significa merecer – de um ponto de vista moral – os frutos advindos do exercício dos mesmos<sup>15</sup>. Isso, pois, como Rawls explica, a “justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem os direitos e os deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade” (RAWLS, 2016, p. 9).

Para que haja igualdade não é necessário realizar um nivelamento através de um sistema meritocrático. Para tanto, a teoria de justiça proposta por John Rawls aponta que o necessário é a mudança nos termos pelos quais as pessoas tem direito aos frutos de seus talentos e aptidões naturais exercidos. Aqui temos o princípio da diferença que – ao ser escolhido como um dos princípios de justiça que servirão de base para as instituições sociais, políticas e econômicas – prevê que as pessoas possam desfrutar do resultado do exercício de seus talentos, desde que as vantagens econômicas e sociais por elas auferidas existam na medida em que ajudem aqueles menos favorecidos.

Dessa forma, a alternativa proposta por John Rawls significa dizer que um esquema de instituições justas que – através de princípios de justiça escolhidos por meio do exercício da posição original – garante direitos aos membros de uma determinada sociedade sem que seja necessário fazer qualquer referência a um merecimento – de um ponto de vista moral – a partir do exercício de talentos ou aptidões que são inerentes a cada um de forma natural e que, diferentemente de diferenças econômicas e sociais, não podem ser completamente anulados a partir de um sistema meritocrático.

É indispensável, por fim, realizar a seguinte ressalva: poderia-se admitir, mesmo contrariando algumas interpretações dos princípios de justiça<sup>16</sup>, a possibilidade – não necessária – da existência de um sistema meritocrático sem que isso faça de uma sociedade injusta. Como já explicado alhures, a teoria de justiça rawlsiana admite que existam desigualdades, desde que

---

<sup>15</sup> O merecimento moral não pode se confundir com o fato de que as instituições reconhecem que certas pessoas tem direito a receber o fruto de seu trabalho. “Merecer” e “ter direito a” não são equivalentes, e a diferença entre ambos é central para entender o motivo pela qual a meritocracia é insuficiente para constituir de forma efetiva uma sociedade democrática que seja igualitária.

<sup>16</sup> O próprio filósofo político, em breves comentários, dedicou-se a explicar a razão pela qual a meritocracia não existiria – de acordo com interpretações outras dos princípios de justiça, que não a democrática – quando escolhidos os dois princípios de justiça por ele estabelecidos. Nesse sentido, Rawls dispõe: “Parece evidente, à luz dessas observações, que a interpretação democrática dos dois princípios não conduzirá a uma sociedade meritocrática. Essa forma de ordem social segue o princípio de carreiras abertas aos talentos e usa a igualdade de oportunidades como modo de liberar as energias humanas na luta por prosperidade econômica e domínio político. Existe uma visível disparidade entre a classe mais alta e a mais baixa, tantos nos meios de quanto nos direitos e nos privilégios de autoridade organizacional. [...] Assim, a sociedade meritocrática é um perigo para as outras interpretações dos princípios da justiça, mas não para a concepção democrática, pois, como acabamos de ver, o princípio de diferença transforma os objetivos da sociedade em aspectos fundamentais.” (RAWLS, 2016, p. 127)

essas desigualdades favorecem aqueles que se encontram nas piores posições sociais. O que significa dizer que, uma vez estabelecidas instituições sociais justas e eficazes, podem essas adotar políticas públicas meritocráticas, sem prejuízo dos princípios de justiça que serviram de base para sua criação.

O que não se admite de forma alguma em Rawls é que exista qualquer tipo de ideologia meritocrática quando da escolha dos dois princípios de justiça. No exercício hipotético da posição original, não há que se falar em admitir qualquer vantagem com base no mérito. Porém, uma vez alcançado o juízo reflexivo e escolhidos os princípios de justiça, nada impede que haja meritocracia em uma sociedade justa em que há consenso sobreposto. Rawls não nega que a meritocracia não é justa de um ponto de vista moral. Entretanto, a teoria rawlsiana não é uma teoria moral, mas sim uma teoria política. Como conseqüente, a meritocracia não pode figurar como substituta da justiça como equidade, mas poderia existir dentro dela.

## **5. Egoísmo e o Liberalismo Igualitário**

Conforme explicado anteriormente, Rawls defende em “Uma Teoria de Justiça” uma revisão das ideias contratualistas. Em sua teoria, portanto, substitui-se o contrato social pelo exercício da posição original – deixando-se claro que, diferente do contrato social, a posição original é algo não histórico e abstrato – no qual as pessoas, vestindo-se com o que ele chama de véu da ignorância, escolhem determinados princípios de justiça para guiar as instituições da sociedade, regulamentando a cooperação social e a divisão de bens. Com isso busca refutar as premissas básicas do utilitarismo sem necessariamente se recorrer ao intuicionismo como única alternativa viável.

Faz-se necessário, porém, sublinhar de quais formas Rawls consegue defender essa visão igualitária do liberalismo, se afastando de ideias egoístas que são tão comumente associadas com os teóricos liberais. Para Rawls, ao colocar-se em posição original de iguais liberdades, as pessoas escolhem racionalmente dois princípios de justiça com a finalidade de aplicar tais princípios à estrutura básica da sociedade. Dessa forma essas pessoas concordam “com a ideia de que os dois princípios tentam atenuar a arbitrariedade do acaso natural e da sorte social” (RAWLS, 2016, p. 114).

A posição original é, quiçá, o conceito mais importante em “Uma teoria de justiça” mas além disso, é também a chave para entender a maneira pela qual Rawls defende o liberalismo

igualitário. Ao desenvolver um exercício hipotético no qual as pessoas devem se despir – através do véu da ignorância – de toda e qualquer informação que faça com que elas sejam, de alguma forma, imparciais na escolha dos princípios que guiarão as instituições de dada sociedade, o que Rawls apresenta é um dispositivo que torna possível que todas as pessoas responsáveis pela escolha dos princípios de justiça se coloquem no lugar do outro. Explicita-se: quando alguém não sabe ao certo quais serão suas características pessoais, suas crenças, suas afinidades políticas e seus *status* social, essa pessoa é forçada a levar em consideração todas as características pessoais, crenças, afinidades políticas e *status* sociais. Nesse sentido, Rawls elucida que,

a ideia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-se a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu da ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais. (RAWLS, 2016, p. 165-166)

Dessa forma, na teoria rawlsiana não há espaço para o egoísmo porque o exercício da posição original, desde o início, já se dá ao trabalho de anular qualquer possibilidade de imparcialidade. A própria referência à anulação de contingência significa dizer que haverá possibilidade de se escolherem princípios de justiça que não aqueles de total igualdade de liberdades e de amplo acesso a cargos e funções.

Por fim, ainda que o princípio da diferença preveja a possibilidade de existirem desigualdades dentro de uma sociedade isso não significa dizer que essas desigualdades configuraram necessariamente algum tipo de injustiça. Isso pois, desde o momento em que se escolhem os princípios de justiça assume-se que todas as partes estarão em situação de paridade quanto às suas liberdades, bem como quanto à distribuição de riqueza e acesso a bens primários. Garante-se – através da adoção da concepção de justiça como equidade<sup>17</sup> – que todos terão igual possibilidade de alcançarem o “bem” que considerem importante para si, sem

---

<sup>17</sup> John Rawls ainda aponta que “a ideia intuitiva da justiça como equidade consiste em pensar os princípios fundamentais de justiça como constituindo, eles mesmo, o objeto de um acordo original em uma situação inicial adequadamente definida. Esses princípios são os que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa situação de igualdade para estabelecer os termos básicos de sua associação.” (RAWLS, 2016, p. 144)

que aconteça, na posição original, de serem realizadas escolhas que beneficiem apenas alguns indivíduos em detrimento do demais.

## 6. Conclusões

A teoria de justiça desenvolvida por Rawls pode ser considerada uma das mais importantes ideias da filosofia política do século XX. Além disso, Rawls lançou mão do conceito de justiça como equidade para defender o liberalismo igualitário, revendo alguns pontos principais de sua teoria posteriormente em obra intitulada “Liberalismo Político”. Dessa forma, Rawls se tornou um dos mais importantes teóricos do liberalismo igualitário.

Explicou-se, então, que John Rawls concebeu sua teoria de justiça como equidade com a finalidade de apresentar uma alternativa entre o utilitarismo e o intuicionismo. Através de suas raízes contratualistas, Rawls desenvolveu um exercício hipotético que leva-se ao máximo grau de abstração a ideia do contrato social, e o denominou posição original. Nessa posição hipotética original de igualdade de liberdades, as pessoas deverão se propor, de modo racional, a encontrar princípios de justiça para guiarem a estrutura básica da sociedade.

Esses princípios de justiça escolhidos seriam, de acordo com Rawls, princípios que visassem: a) garantir iguais liberdades a todos; b) garantir igual acesso a cargos e funções, e garantir também que só existam desigualdades na medida em que essas desigualdades apresentem alguma vantagem para aqueles membros da sociedade considerados menos favorecidos (“*worst off*”). O objetivo central desses princípios de justiça apontados por Rawls é salvaguardar as liberdades dos indivíduos e garantir a maximização da divisão de bens primários.

Restou-se demonstrado que, é através da anulação de contingências que se dá a possibilidade de escolha de princípios de justiça de forma imparcial, e em uma posição original de paridade entre as partes. Resta no conceito de posição original – e na consequente utilização do que Rawls chama de véu da ignorância – o maior argumento contra o egoísmo tão comumente atribuído a doutrinas liberais. Não há que se falar em decisões parcialmente voltadas para a satisfação pessoal, já que por meio do exercício da posição original as partes se encontram em igualdade e irão optar, portanto, por princípios que garantam iguais liberdades e amplo acesso a cargos e funções a todos.

Conclui-se, portanto, que é através da concepção de justiça como equidade que Rawls viabiliza a construção da ideia de justiça em uma sociedade liberal de forma a tornar possível a

concretização de um esquema de instituições que – deixando de lado ideais de natureza egoístas – estabelece um sistema de iguais liberdades e oportunidades a todos os seus membros.

## 7. Referências bibliográficas

CARETTA, Danilo. **O Kant de John Rawls: apropriações da moral kantiana na justiça como equidade**. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/sepech/arqtxt/PDF/danilocaretta.pdf>>

Acesso em: 08 de jan. 2018.

CLADIS, Mark S. **A Communitarian Defense of Liberalism: Emile Durkheim and Contemporary Social Theory**. 1ª ed. Stanford University Press. 1992.

DALSOTTO, L. M. . **O Construtivismo na Filosofia de John Rawls**. Revista Estudos Filosóficos.

2014. Disponível em: <<https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art9%20rev12.pdf>>

Acesso em: 08 de jan. 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MICHEL, Voltaire de Freitas. **O princípio da diferença e o kantismo na teoria de justiça de John Rawls**. 2007. Disponível em: <

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/98543/000640608.pdf?sequence=1>> Acesso em: 08 de jan. 2018.

MIKHAIL, John. **Rawls' Concept of Reflective Equilibrium and its Original Function in 'A Theory of Justice'**. 2010. Washington University Jurisprudence Review, Vol. 3, p. 1,

2010; Georgetown Public Law Research Paper No. 11-103. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=1890670>> Acesso em: 08 de jan. 2018.

ROEMER, John E.; TRANNOY, Alain. **Equality of Opportunity**. 2013. Cowles Foundation

Discussion Paper No. 1921. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2345357>> Acesso em:

08 de jan. 2018.

**A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DECORRENTE DA POLUIÇÃO SONORA  
EMANADA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS: HERMENÊUTICA A PARTIR DE  
AXIOMAS JURÍDICOS E CRISTÃOS**

**Jayro Boy de Vasconcellos Júnior**

*Escola Superior Dom Helder Câmara.*

**Elcio Nacur Rezende**

*Escola Superior Dom Helder Câmara*

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo demonstrar se uma hermenêutica, a partir de fundamentos axiológicos jurídicos e cristãos, da responsabilidade ambiental decorrente da poluição sonora emanada dos templos religiosos censuram a degradação ao meio ambiente e o desrespeito ao semelhante. Na busca de argumentos será utilizado um viés filosófico, especialmente em Lévinas. A metodologia utilizada baseou-se na pesquisa bibliográfica com raciocínio crítico-dedutivo. A concorrência entre o direito fundamental de culto, na vertente de sua sonoridade, e do meio ambiente sadio, em Dworkin aponta para a prevalência do direito ao meio ambiente, sem que haja violação à liberdade de culto.

**Palavras-chave:** Poluição sonora, Templos, Direito fundamental, Meio ambiente.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present article aims to demonstrate if a hermeneutic based on legal and Christian axiological foundations of environmental responsibility due to the noise pollution emanating from religious temples censure degradation to the environment and disrespect to the like. In the search for arguments will be used a philosophical bias, especially in Lévinas. The methodology used was based on bibliographical research with critical-deductive reasoning. The competition between the fundamental right of worship in the aspect of its sonority and of the healthy environment in Dworkin points to the prevalence of the right to the environment, without violating the freedom of worship.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Sound Pollution. Temples, Fundamental Right, Environment.

## 1. Introdução

A discussão da responsabilidade ambiental decorrente da poluição sonora emanada dos templos religiosos, a partir de uma hermenêutica fundamentada em reflexões axiológicas jurídicas e cristãs, será o tema central do deste estudo.

Justifica-se o trabalho aqui apresentado na medida em que tal análise não deve ser evitada sob a alegação de uma inaceitável invasão na seara da fé, em face da laicidade do Estado, da ciência e da preservação da liberdade de crença, esta última, inclusive, um direito constitucionalmente garantido.

A abordagem de valores régios cristãos não infringe em nada tais preceitos, pelo contrário poderá jogar luz ao tema e quiçá, motivar um voluntário ajuste de condutas violadoras do direito ambiental, sem que para isso o Estado tenha que diretamente intervir na forma da Lei, contribuindo para responder ao seguinte questionamento: poderiam os templos serem excluídos da obrigação de respeitar normas de limitação de emissão sonora ao fundamento de que possuem ampla liberdade culto?

Ademais, tais restrições de caráter ético não promovem nem a prevenção, tampouco a precaução – princípios adotados de modo expresso na tutela ambiental – que poderiam impedir violações de direitos, danos e consequente responsabilização.

Estabelece-se, assim, o objetivo de investigar se os axiomas jurídicos, filosóficos e cristãos sustentariam uma hermenêutica do princípio constitucional da liberdade de culto como apta a isentar os templos de observarem as regras de emissão sonora.

O direito de crença e culto não poder ser tolhidos, contudo devem ser exercidos por meio de orientação, esclarecimento e até mesmo ensino, para que não violem outros direitos. Nas reflexões para responder ao objetivo deste estudo utilizaremos a metodologia da pesquisa bibliográfica com raciocínio crítico-dedutivo.

Na busca de argumentos serão usados suporte filosófico em Lévinas, Bauman, Foucault e Beck, em diálogo com a lei, com a Bíblia.

Para um melhor entendimento do tema, o estudo se inicia discorrendo sobre a cosmovisão cristã e a responsabilidade de preservação e conservação do meio ambiente, para demonstrar a necessidade de usarmos dos próprios valores cristãos para sustentar a preservação ao meio ambiente.

Em um segundo momento faremos a exposição sobre a relação entre o cuidado com o meio ambiente e o seu reflexo direto no cuidado com o semelhante tendo por base a Bíblia, os escritos de Bauman e Lévinas e sua aplicação ao contexto religioso no recorte dos atos cultivos nos templos com consequência para os circunvizinhos.

Finalizando este estudo trataremos diretamente da insustentabilidade jurídica, à luz da hermenêutica constitucional, da alegação de liberdade culto como fundamento para afastar a necessidade de cumprimento das normas de poluição sonora por parte das entidades religiosas.

## **2. Da cosmovisão cristã e a responsabilidade de preservação e conservação do meio ambiente**

A contraposição entre natureza e sociedade foi a marca das teorias sociais que influenciaram todo um proceder do século XIX e XX, com desastrosas consequências para o meio ambiente e que reverberaram nas instituições e no próprio homem, apontando para uma crise sem precedentes (BECK, 1998).

Observa-se que a perspectiva de mudança desse quadro passa pelo reconhecimento de que conforme Ulrich Beck (1998, p.99) a “natureza é sociedade, sociedade (também) é ‘natureza’. Quem quer que hoje em dia fale da natureza como negação da sociedade, discorre em categorias de um outro século, incapazes de abarcar nossa realidade”.

Portanto, a senda a ser percorrida para enfrentar violações reticentes ao meio ambiente é o resgate do pertencimento, fazendo com que a sociedade - aqui representada pelo microssistema da religião cristã - possa entender a partir do “saber particular”<sup>1</sup> o seu real papel e responsabilidade na construção e manutenção de um meio ambiente.

Nas palavras de Ulrich Beck os problemas ambientais:

[...] **não** são problemas do meio **ambiente**, mas problemas completamente — na origem e nos resultados — **sociais, problemas do ser humano**, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política. (BECK, 1998, p.99, grifo do autor).

Deixemos claro que no recorde da abordagem que fazemos o “*saber particular*” do microssistema da religião cristã será realizada através de uma visita aos axiomas que permeiam a cosmovisão cristã sobre o meio ambiente.

---

<sup>1</sup> Expressão cunhada por Michel Foucault em seu livro “Microfísica do Poder”, e que denota, conhecimento pertencente a um particular grupo que ele conjuga com a expressão “saberes dominados”, para esclarecer que são considerados desqualificados, pois estariam abaixo do patamar estabelecido pela cientificidade.

Os axiomas da fé cristã “podem servir de base para a formação de uma mentalidade ecológica cristã” (LOPES, 2013) e têm como primeira formulação o postulado que:

O mundo foi criado por Deus. “No princípio criou Deus os céus e a terra” (Gn 1.1); O mundo é obra de suas mãos, mesmo que não saibamos, em termos científicos, a maneira pela qual a sua Palavra trouxe todas as coisas à existência. Significa que merece nosso respeito e nosso cuidado, como o lar que Deus preparou para nós e os demais seres vivos. Significa também que Deus é o soberano Senhor da criação, como disse Davi, rei de Israel, muito tempo atrás: “Do Senhor é a terra e tudo o que nela existe, o mundo e os que nele vivem” (Sl 24:1) (LOPES, 2013).

Afirma também, em segundo lugar Augustus Nicodemus que:

O mundo foi criado bom. “E viu Deus tudo quanto fizera, e eis que era muito bom” (Gn 1.31a); “Muito bom” é o veredicto do Criador sobre a natureza, declarada boa tanto por seu valor intrínseco quanto por sua perfeita adequação às necessidades humanas (LOPES, 2013).

O terceiro ponto trabalhado por Augustus Nicodemus remete-nos para a premissa de que:

O ser humano é único; De acordo com o cristianismo, o ser humano foi criado por Deus juntamente com a natureza e os demais seres vivos. Nesse sentido, é parte integrante dela. Todavia, foi feito de forma única, à imagem e semelhança de Deus, o que o distingue do restante da criação. A imagem de Deus implica, entre outras coisas, que o ser humano foi dotado de inteligência e, portanto, pode interpretar as leis do mundo e prover os meios de preservá-lo (LOPES, 2013).

Do quarto extrato de afirmações se depreende:

O ser humano é mordomo da criação; “O Senhor Deus colocou o homem no jardim do Éden para cuidar dele e cultivá-lo” (Gn 2:15). Deus o colocou no mundo como seu gerente e lhe deu alguns mandatos: cuidar da criação, de onde tiraria seu sustento, protegê-la e preservá-la, conhecê-la, estudá-la, para assim conhecer melhor a si mesmo e a Deus. O ser humano é o mordomo de Deus. Não é o soberano senhor, dono e déspota, mas o responsável diante de Deus pelo emprego correto dos recursos naturais, pelo seu próprio desenvolvimento de forma sustentável e pela preservação dos demais seres vivos. (LOPES, 2013).

O quinto e último ponto mencionado ensina-nos que:

Vivemos em um mundo afetado pelo pecado. “Maldita é a terra por sua causa”. De acordo com a Bíblia, quando o ser humano colocado no jardim se revoltou contra o Criador, precipitou no caos a si mesmo e a criação pela qual era responsável. “Maldita é a terra por sua causa” (Gn 3:17) foi a sentença do Criador ao ser humano, agora sujeito à morte, a retornar ao pó de onde fora tirado. Tensões se estabeleceram entre Deus e o ser humano, entre o ser humano e seus semelhantes, e entre o ser humano e a natureza. (LOPES, 2013).

Assim como Beck, Augustus Nicodemos, afirma a existência de uma crise e a aponta para a seguinte conclusão:

A crise que vivemos hoje se deve a estas tensões: Separado espiritualmente de Deus, o ser humano perdeu a referência da sua existência e da relação criatura-Criador. Essa última perda, em especial, afetou profundamente a sua maneira de ver o mundo, que ele ora agride e exaure, ora venera e teme como a um deus. Vivendo em tensão emocional em relação a seus semelhantes, o indivíduo dedica-se a buscar seus próprios interesses, mesmo que à custa do próximo. A exploração egoísta e desenfreada dos recursos naturais não leva em consideração seu provável esgotamento nas próximas gerações. Em tensão com a natureza, o ser humano a explora, agride e exaure, em nome do poder, do lucro e do progresso. O meio ambiente é para ele somente um bem de consumo. Diante do exposto, entendemos que os problemas ambientais são primeiramente de origem moral e espiritual. Entendemos ainda que a solução passa pela transformação interior das pessoas, uma mudança de mentalidade com relação a Deus, ao próximo e à natureza (LOPES, 2013).

Como se verifica, portanto, a cosmovisão cristã é inteiramente coerente com os ditames de responsabilidade do homem com meio ambiente em que habita, no que se pode afirmar, conforme visto alhures, que a degradação do meio ambiente, em qualquer de suas vertentes, não está em coerência com os axiomas da fé cristã acima expostos, ainda que tais atos sejam perpetrados no ambiente de culto, como elemento de adoração.

Há nesse sentido uma confluência entre ordenamento jurídico e os fundamentos da fé, o que torna a Lei sob o ponto de vista da consciência cristã um instrumento da providência Divina a fim de corroborar com a própria observância daquilo que é prescrito, não somente para os fiéis, mas para toda a sociedade, com o objetivo de se alcançar o bem comum e não interesses contrários à fé.

Tal observação se faz pertinente, pois no passado os cristãos – pautando suas consciências em axiomas cristãos - negaram cumprir a lei do estado romano que lhe exigiam cultuar o imperador como um deus.

Entendemos que este não é o caso da norma de tutela ambiental, ela não fere em nada a consciência cristã, pelo contrário, ela protege inclusive aqueles que se encontram dentro dos próprios templos e que ficam diretamente expostos aos efeitos danosos ocasionados pela poluição sonora.

Neste diapasão, os axiomas que norteiam a vida cristã apontam nitidamente para uma relação de responsabilidade com o meio ambiente em todos os seus aspectos, o que há de obstar de forma espontânea qualquer conduta, a mais mínima que seja, que possa degradar ainda mais

a natureza, promovendo o respeito a norma positivada e acautelando-se em atos de culto toda produção de som potencialmente poluidor, sob pena responsabilização civil pelos danos.

### **3. O meio ambiente e a responsabilidade com outro**

Fiéis ao tema proposto, da análise da responsabilidade ambiental em face de axiomas da fé cristã, outra vez nos encontramos diante de uma senda estreita de se percorrer.

Mas é mister demonstrar aqui que lei, filosofia e a fé cristã, debalde as diferenças que possam distanciar uma das outras, proclamam em voz uníssona o dever de cada qual de per si, promover uma conduta proativa de preservação do meio ambiente em toda a sua extensão e peculiaridade, calcadas no dever de responsabilidade com o outro.

Conforme visto no item anterior o ser humano, a partir das formulações subjacentes à fé cristã, possui uma responsabilidade com a criação em seu todo, evitando assim uma leitura equivocada quanto ao antropocentrismo. Todavia a abordagem nesse item será bem peculiar no que diz respeito à responsabilidade humana com a preservação do meio ambiente, em face do resguardo de seu semelhante.

Bauman, discorrendo sobre a teoria de Lévinas, confronta seus leitores a partir de escritos bíblicos, sobre a “ética de Caim” (BATISTA, 2014) tendo em linha de conta que quando “Deus perguntou a Caim onde estava Abel, Caim replicou, zangado, com outra pergunta: Sou por acaso o guardião do meu irmão”. (BAUMAN, 2012)

O próprio Bauman, a partir da leitura de Lévinas, se encarrega de responder positivamente tal indagação:

É claro que sou o guardião do meu irmão; e sou e permaneço uma pessoa moral enquanto não pergunto por uma razão especial para sê-lo. Quer eu admita, quer, não, sou o guardião do meu irmão porque o bem-estar do meu irmão depende do que eu faço ou do que me abstenho de fazer (BAUMAN, 2012).

Em se tratando de meio ambiente exsurge cristalino, ainda que a uma rasa leitura do *caput* do art. 225 Constituição da República do Brasil de 1.998, a responsabilidade humana de caráter solidário em relação ao seu semelhante, conforme se lê em Bauman e Lévinas, razão filosófica última de suas proposições:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Neste sentido lemos:

A referência estabelecida no texto constitucional que qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo ressalta novamente a utilização da metáfora para identificar similaridades, ou seja, é a igualdade na diferença na qual “povo” é o titular do bem ecologicamente equilibrado (COSTA, 2011, p.57)

Daí se afirmar que todos são, indistintamente, iguais para o pleno exercício do direito de desfrutar de um ambiente ecologicamente equilibrado, derivando desta igualdade a responsabilidade para os nossos semelhantes que também estão incluídos, dentro do todo, no dever de preservar o ambiente de forma ecologicamente equilibrada.

É nesta mesma dimensão Constitucional que Lévinas propõe nos enxergarmos no nosso semelhante, não lhe reduzindo a mera ideia, mas lhe garantido a plenitude de suas necessidades, haja vista que conforme pontuado “o bem-estar do meu irmão depende do que eu faço ou do que me abstenho de fazer” (BAUMAN, 2012).

Verificada, portanto foi a coerência do discurso existente entre a filosofia e a lei e pretendemos agora engrossar essa fileira a partir da aplicação destes postulados a fé cristã, naquilo que com ela puder ser coerente.

Ao ler Lévinas precisamos ter em mente que ele era judeu e como tal recebeu influência da religião judaica, a qual lhe era ensinada uma vez por semana, conforme ele mesmo declara.

Por seu turno, não se deve perder de vista que a religião cristã é derivada da religião judaica e que em face disso tem com ela pontos em comum, como por exemplo, os cinco primeiros livros da Bíblia, onde é ensinado que Deus criou o homem e o fez segundo a sua imagem e semelhança, premissa que faz parte dos axiomas cristãos já vistos no item anterior.

Lévinas trabalha toda uma filosofia do rosto para que possamos enxergar nosso semelhante, não sendo demais fazer aqui uma aplicação no sentido de que vendo Deus (figurativamente falando) no meu semelhante eu possa respeitá-lo como dignitário de tal mister:

Ele acredita que a revelação de Deus, presente na face humana, é uma espécie de vestígio, marca deixada pelo Infinito. Por meio desta compreensão de revelação como vestígio, Lévinas, de forma intrigante, afirma o outro como imagem de Deus, sem, contudo, permitir com que este outro seja transformado em ícone da divindade (CHACON, 2015, p.23)

Nesse sentido lemos a seguinte explanação sob um ponto de vista cristão:

Calvino insta seus leitores a amarem mesmo aqueles que os odeiam pois, devemos lembrar de levar em consideração não as más intenções dos homens, mas a imagem de Deus neles, que cancela e apaga as suas transgressões e que, com sua beleza e dignidade, atrai-nos a amá-lo e a acolhê-los. (HOEKEMA, 1999, p.58)

O que sobressai desta conclusão é o dever de mais alta consideração, daqueles que professam a fé cristã, para com o seu semelhante, que neste contexto, deve ser traduzido em respeito ao direito à tranquilidade, ao sossego e o meio ambiente saudável, pois guardam “traços” da semelhança como Criador.

Não podemos perder de vista também que “[...] para Lévinas, tal responsabilidade não se restringe apenas àqueles que fazem parte de um convívio diário e próximo” (COSTA; REIS; OLIVEIRA, 2016, p.20).

Uma leitura do respeito às normas ambientais como instrumento de cuidado com o semelhante é perceptível a partir do recorte que fazemos neste artigo, haja vista a pesquisa, abaixo transcrita, feita no âmbito de uma investigação sobre a poluição sonora emanada dos templos:

Conforme comprovou Santos (2006) em sua pesquisa sobre a percepção da população a respeito das principais fontes da poluição sonora em Campo Grande-MS, os templos religiosos aparecem comparados às indústrias dessa Cidade com relação ao incômodo gerado aos mesmos (LIMA; SILVA, 2010, p.166).

Ainda da mesma pesquisa se constata o seguinte:

De acordo com os vizinhos dessa igreja, o som elevado nos momentos de culto é bastante inconveniente e perturba o sossego de todos. Segundo esses moradores, no momento das celebrações é praticamente impossível realizar atividades simples como ver televisão, ouvir música, dormir, entre outras. Questionados sobre a percepção de alguma alteração no comportamento de membros de suas famílias, os residentes locais dizem que os mais afetados são as crianças que além dos problemas para dormir, visto que essas deveriam recolher-se cedo, apresentam dificuldade de concentração, irritabilidade, ansiedade, inquietude e outras patologias que interferem na tranquilidade de toda a família. Os adultos questionados queixam-se do som alto alegando que não conseguem descansar no lugar apropriado para isso, isto é, as suas casas. O resultado desse quadro é sempre o mesmo: pessoas agitadas e mais susceptíveis a doenças como aquelas relacionadas por FERNANDES (2007) (LIMA; SILVA, 2010, p.168).

No Sermão do Monte lemos uma diretiva importante em face de semelhantes violações de direito perpetradas em manifestação religiosa cúlrica:

Portanto, se estiveres apresentando a tua oferta no altar, e aí te lembrares de que teu irmão tem alguma coisa contra ti, deixa ali diante do altar a tua oferta, e vai conciliar-

te primeiro com teu irmão, e depois vem apresentar a tua oferta (A BÍBLIA. MATEUS. 5: 23, 24).

Não será um absurdo visualizar de modo insofismável, no excerto acima transcrito, as mesmas regras legais que impedem a violação de direito, em atos de liturgia que produzam som e que sejam potencialmente poluidores (**teu irmão tem alguma coisa contra ti**), sob pena de serem obrigadas a fazerem cessar a fonte de degeneração ambiental (**deixa ali diante do altar a tua oferta**) e responsabilizadas civilmente pelos danos advindo desta inobservância (**vai conciliar-te primeiro com teu irmão, e depois vem apresentar a tua oferta**).

Tal diretiva, portanto demonstra que à luz de axiomas cristãos é igualmente preconizada a responsabilidade em relação ao semelhante, como na lei e na filosofia, em especial quanto à promoção do bem-estar do outro, do próximo, no que se aplica o dever de resguardar as normas ambientais de sorte a evitar a poluição sonora, propiciando assim um ambiente equilibrado e saudável a todos, ainda que a degradação se dê por meio de atos cúlticos.

#### **4. Do conflito entre direitos fundamentais: liberdade de culto x meio ambiente sadio**

A emissão de sons é elemento inerente à dinâmica do meio ambiente, estando com ele integrado de forma coerente e complementar, fazendo-se comumente presente nos eventos que dele se pode naturalmente observar, mesmos os mais corriqueiros como o tão apreciado canto dos pássaros ou o relaxante movimento das águas, sobranceiras ou caudalosas, que escoam pelos rios com destino ao mar.

Os sons como elemento desta vivência permitem que os atores do meio ambiente possam, por meio da audição, combinada com os outros sentidos, interagir nas mais diversas situações possibilitando, por exemplo, se precaverem de eventos que lhe sejam prejudiciais, como ocorre nas tempestades, assim como suprir suas necessidades entre as quais podemos citar, exemplificativamente a caça e o acasalamento.

O homem, como parte integrante deste meio ambiente repleto de sonoridade, por seus atos e ações concorre também com esta produção, ainda que por meio de um gesto simples e despretensioso, como quando abre uma torneira e produz com isso o eloquente cair da água no bojo de uma pia, capaz de inspirar uma canção inesquecível<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “ ‘The Sound of Silence’ (“O Som do Silêncio”) é um clássico lançado em 1965 por Simon & Garfunkel que merece ser sempre revisitado... Curiosamente, a canção surgiu da influência de um fato histórico, o assassinato do presidente John F. Kennedy em 22 de novembro de 1963, mesclada com uma situação corriqueira: uma simples ida ao banheiro. Paul Simon recorda que gostava de ir com o violão ao banheiro, para ali compor, por causa da reverberação do som nos azulejos das paredes. No dia 19 de fevereiro de 1964, ao abrir a torneira, e ouvir o som

O homem, contudo não somente produz sons a esmo como consequência de seu normal agir, mas tem como imanente à sua própria natureza a característica peculiar de habilmente fazer dos sons um de seus mais importantes instrumentos de expressão inteligível, comunicando-se através da voz, sua principal ferramenta de articular e se expressar, da qual não se afasta quando exterioriza sua cultura e religiosidade.

Exsurge, portanto a possibilidade das igrejas, no exercício de seu direito de liturgia, serem responsabilizadas por danos causados a terceiros e até mesmo aos próprios fieis, ao ultrapassarem os limites de tolerância legal para emissão de som, e incorrerem em poluição sonora.

Diante disso, uma questão “interessante surge no tocante aos cultos religiosos, porquanto constituem um direito fundamental do indivíduo, como prescreve o art. 5º, VI, da Constituição Federal” (FIORILLO, 2018).

Lado outro, o mesmo autor indica o contraponto afirmando que, todavia “em que pese aludida garantia, tal preceito não autoriza a poluição sonora” (FIORILLO, 2018).

E completa dizendo que com “[...] efeito, o dispositivo é claro ao assegurar o livre exercício dos cultos religiosos e garantir, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Pois bem, deve-se conciliar essa liberdade com o princípio da preservação do meio ambiente” (FIORILLO, 2018).

É fato histórico, que não se pode ignorar, as experiências de perseguição e intolerância enfrentadas pelos então nominados protestantes durante os primórdios de nossa nação:

A possibilidade de entrada do protestantismo no Brasil dentro dos tramites dentro dos tramites legais era inexistente; por outras vias, era praticamente impossível, visto que os estrangeiros não podiam desembarcar no Brasil sem a devida autorização de Sua Majestade ou sob a vigilância dos guardas. Quanto à presença protestante no Brasil através dos franceses (o último huguenote foi enforcado, no Rio de Janeiro, em 1.567) (COSTA, 2009, p.286).

Os relatos encontrados na obra acima citada, demonstram que o caminho dos evangélicos foi árduo e longo, inclusive havendo restrição para aqueles que professassem a fé evangélica de concorrerem a cargos públicos.

---

da água caindo na pia, ele percebeu como aquilo quebrava o silêncio do recinto, e compôs os dois primeiros versos da canção: ‘Olá escuridão, minha velha amiga. Vim conversar com você de novo’. (O CONTO DA SOMBA) Disponível em: <<http://ocontonodasombra.blogspot.com.br/2013/03/o-som-do-silencio.html>> . Acesso em: 07 abr. 2018.

Na questão relativa às manifestações religiosas, propriamente ditas, primeiramente foi concedido o direito de culto dentro das embarcações que estivessem atracadas nos portos, posteriormente o direito realizarem os cultos no território.

Quanto aos templos, este não poderiam ostentar qualquer feição de igreja, sendo que os imigrantes alemães, de credo Luterano, em 1827 “construíram o seu templo em Nova Friburgo que precisou ser demolido por ordem judicial” (COSTA, 2009, p.295).

O regime republicano trouxe consigo o desenlace entre igreja e estado quando, por ato do então ministro da justiça Ruy Barbosa, o Estado brasileiro se tornou laico.

É de relevância anotar que a liberdade de crença e culto tem sido um ponto de defesa sempre em pauta:

O artigo 66, então artigo 59 na redação final do Projeto de Lei nº 1.164-E, de 1991, e da lei aprovada no Congresso, foi vetado pelo Presidente da República. Isso ocorreu em face das pressões dos lobbies, que sustentavam que esse dispositivo legal poderia prejudicá-los, tolhendo-os de realizar seus cultos religiosos (SILVA, 2003, p. 169).

Registramos também, que outras preocupações quanto à liberdade de culto e crença tem mantido ativa tal vigilância:

Este clima de beligerância por parte da ‘ortodoxia secularista’ está a penetrar no subconsciente cultural das sociedades ocidentais contemporâneas, fomentado por um maior recurso aos tribunais seculares contra as entidades religiosas, amiúde para responsabilizar civilmente mesmo por condutas genuinamente religiosas e que até pouco tempo atrás, se enquadravam pacificamente no âmbito do direito de liberdade religiosa. (ARGIOLAS, 2014, p.51)

Não nos parece que o tema da poluição sonora, e suas contingências, esteja circunscrito a fatos que indiquem uma iminente perseguição religiosa ou de cerceamento do livre direito de culto por parte do Estado.

Tal posição pode ser justificada, inicialmente, pelo seguinte relato, apurado através de pesquisa científica já citada neste trabalho:

De acordo com FERNANDES (2007) não são apenas os vizinhos os principais prejudicados com a poluição sonora provocada por esses recintos, mas principalmente os fiéis que se expõem de forma inconsequente, podendo sofrer lesões tanto psíquicas quanto físicas relacionadas à pressão sonora (volume) no interior dos templos. Segundo levantamentos realizados com decibelímetro (medidor de intensidade sonora) no interior de algumas igrejas evangélicas por este pesquisador no ano de 2007, a maioria dos templos apresentaram níveis entre 95 e 110 dB(A). Apenas como parâmetro de comparação vale ressaltar que a intensidade sonora das turbinas de avião e jatos a curta distância chega a 120 dB(A), valor este que causa dor e está a apenas 30 dB(A) abaixo da intensidade que ocasiona a perda instantânea da audição: 150 dB(A)[...]” (LIMA; SILVA, 2010, p.167).

Despiciendo é aqui tecer digressões a respeito do meio ambiente como direito fundamental, haja vista que tal premissa já foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal que se posicionou de modo a não deixar dúvidas sobre tal questão<sup>3</sup>.

É inegável também que o direito de crença e culto é um direito fundamental e portanto, à luz da teoria de Dworkin, estaremos diante de uma concorrência de princípios que precisa ser dosada (COSTA, 2013).

Ponderando os direitos fundamentais em concorrência, temos que “de um lado, é certo que o direito à liberdade religiosa e ao livre exercício de cultos são direitos fundamentais, de outro lado, é igualmente certo que o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, sendo dever do Estado implementar políticas públicas que instrumentalizem este direito, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2001):

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2010)

Fortalecendo ainda os argumentos da prevalência do meio ambiente em face da tutela da saúde, transcrevemos os seguintes fundamentos contidos no voto do Relator:

---

<sup>3</sup> Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III). Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente. Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei. Supressão de vegetação em área de preservação permanente. Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial. Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225). Colisão de direitos fundamentais. Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes. Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161). A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI). Decisão não referendada. Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: **expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas**. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.] (BRASIL, 2005)(grifo nosso).

Portanto, para protegê-los em seus direitos fundamentais (direito à saúde e ao meio ambiente sadio) é necessária a intervenção estatal, regulando a questão no sentido de impedir a ultrapassagem da potência sonora máxima definida em lei – (e não, ao contrário, assegurando expressamente a desobediência a este limite).

Por fim, a exceção legal não é proporcional em sentido estrito, pois as vantagens deferidas a alguns (fiéis) não superam as desvantagens às quais são submetidos outros (vizinhos).

De fato, o sossego doméstico dos vizinhos pode estar sendo perturbado quando estes cuidam de bebês recém-nascidos, estudam, repousam, restabelecem-se de doenças, despedem-se dos derradeiros momentos de vida, desfrutam de seus familiares e amigos ou, até mesmo, exercem seus próprios cultos religiosos, dentre outras atividades até mesmo sociais ou de trabalho (quando a concentração, em regra, é indispensável).

Por fim, verifico que o dispositivo impugnado é contrário ao interesse público, exatamente por submeter toda a vizinhança de estabelecimentos religiosos aos ruídos por estes produzidos, em nítido favorecimento do interesse privado de alguns, em prejuízo ao interesse público ao meio ambiente sadio, neste compreendidos o direito ao sossego e à paz social, direito à saúde (BRASIL, 2001)

Fiorillo aponta que:

Expressão na forma da lei significa de acordo com a legislação em vigor, e a norma do Conama ajusta-se à competência que lhe foi dada pela Lei n. 6.938/81. Nem dentro dos templos, nem fora deles, podem os praticantes de determinado credo prejudicar o direito ao sossego e à saúde dos que forem vizinhos ou estiverem nas proximidades das práticas litúrgicas. (FIORILLO, 2018).

No mesmo sentido temos como parâmetro a concorrência do direito fundamental de propriedade em face do direito fundamental ao meio ambiente sadio, onde se observa que o direito de propriedade não possui proteção ilimitada (COSTA, 2013).

Corroborando ainda o argumento do contingenciamento daquele direito fundamental pela própria Constituição Federal, temos o seguinte:

[...] Embora a Constituição prescreva, no inc. VI do art. 5º, o respeito ao culto e suas liturgias, não defere preponderância de tal garantia sobre os demais direitos fundamentais. Como evidência de que os valores públicos e privados, quando contrapostos, devem ser ponderados, observe-se que o inc. VIII do mesmo artigo da CF determina que ninguém poderá invocar motivo de crença religiosa para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou descumprir prestação alternativa fixada em Lei, o que denota a existência de limites para o exercício dos cultos e de suas liturgias no âmbito da sociedade. (BRASIL, 2009)

Diante do que se pode constatar, portanto na resolução da concorrência entre o direito fundamental de culto com a tutela do direito fundamental ao meio ambiente sadio, segundo doutrina e jurisprudência consultados, à luz da teoria de Dworkin – mais coerente com as investigações deste artigo no sentido de haver uma concorrência e não uma colisão – prevalecerá o interesse ao meio ambiente sadio, sem que com isso estejamos diante de qualquer violação à liberdade de culto e religião.

Neste diapasão conclui-se que atos de violação do direito fundamental ao meio ambiente sadio, em face da poluição sonora não tem amparo na arguição da liberdade fundamental de culto, devendo ser contingenciado, sob pena de responsabilização dos poluidores a reparar o dano ocasionado.

## **5. Considerações finais**

A produção de sons é inerente ao meio ambiente, ao homem e as manifestações religiosas nos templos.

Buscou-se através do presente artigo demonstrar, com suporte hermenêutico, os fundamentos axiológicos cristãos e jurídicos da reponsabilidade civil ambiental, em face da poluição sonora emanada dos templos.

Nesta esteira, apresenta-se a resposta ao problema, erigida da hermenêutica dos princípios norteadores da fé cristã, quanto à responsabilidade com o meio ambiente em todos os seus aspectos, enquanto criação de Deus, e que essa não deve ser degradada, exigindo dessa forma, estreita obediência às normas reguladoras da produção de sons, especialmente nos cultos.

Demonstrou-se ainda, no presente estudo, a responsabilidade das comunidades religiosas, a qual exsurge de uma hermenêutica jurídica que busca elementos na teologia na filosofia além da lei quanto à promoção do bem-estar do outro, no que se aplica o dever de resguardar as normas ambientais de sorte a evitar a poluição sonora, propiciando assim, um ambiente equilibrado e saudável para todos.

Por fim, constatou-se que na concorrência entre o direito fundamental de culto e a tutela do direito fundamental ao meio ambiente sadio, segundo doutrina e jurisprudência consultadas, em uma hermenêutica com enfoque na teoria de Dworkin, este deve ser prestigiado em relação àquele, sem que com isso estejamos diante de qualquer violação à liberdade de culto e religião.

Constatou-se também, a partir da pesquisa bibliográfica realizada, que atos de violação do direito fundamental ao meio ambiente sadio, em face da poluição sonora, não têm amparo na arguição da liberdade fundamental de culto e, tampouco, se coaduna aos axiomas legais, filosóficos e cristãos.

Portanto, conclui-se que inexistente suporte hermenêutico para fundamentar a não aplicação de normas de proteção ao meio ambiente, no caso de poluição sonora advinda de templos, e por via de consequência as instituições religiosas deverão aplicar em atos de liturgia

que produzam som e sejam potencialmente poluidores, todo o cuidado necessário a fim de não violarem o direito ambiental, sob pena de serem obrigadas a fazerem cessar a fonte de degeneração ambiental e responsabilizadas civilmente pelos danos advindo desta inobservância.

## 6. Referências bibliográficas

A BÍBLIA. N.T. **Biblía Sagrada**. Mateus. cap. 5, v. 23 e 24. Disponível em:

<<http://bibliaportugues.com/jfa/matthew/5.htm>>. Acesso em 08 abr. 2018.

ARGIOLAS, Davide. Introdução ao Estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Religiosas. In: SANTANA, Uziel; MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto (Org.). **O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo: Aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral**. São Paulo: Anajure, 2014. cap. 3, p. 45-68.

BATISTA, Jôer Corrêa. **A Ética de Caim**: “Sou eu responsável por meu irmão?” (Gn. 4.9). 2014. Disponível em:  
<<http://sme.mackenzie.br/mackenzie/content/download/9408/86533/file/A>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade Individualizada**: Vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. EBOOK. Não paginado.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p.99.

BRASIL. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Acórdão nº 2011 00 2 005243-7. Relator: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, DF, 30 de novembro de 2001.

\_\_\_\_\_. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Perturbação do sossego – dano moral**. Acórdão nº 4.092/08. Atividades Sonoras Potencialmente Poluidoras. Tratamento Acústico. Obrigatoriedade. Exceção Para Templos Religiosos.

Inconstitucionalidade. Relator: Desembargadora. Vera Andrighi. Brasília, 29 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

BRASIL. Tribunal Pleno. **Med. Caut. Em ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540-1.** Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 01 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540-MC.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no Agravo de Instrumento.** Acórdão nº AI 734487 AgR., Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010.

CHACON, Daniel Ribeiro de Almeida. Rosto e responsabilidade na filosofia da alteridade em Emmanuel Levinas. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p.15-24, Dez. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15448/1983-4012.2015.2.19599>>. Acesso em: 04 mar. 2018

COSTA, Beatriz Souza. A construção do sujeito constitucional ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p.43-61, Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/163>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida:** Brasil, Portugal e Espanha. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 135 p.

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luis de. **Fundamentos Filosóficos e Constitucionais do Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

COSTA, Hermisten Maia Pereria da. **Princípios Bíblicos de Adoração Cristã.** São Paulo: Cultura Cristã, 2009.

LEVINAS, Emmanuel. Lévinas parte 1. **Youtube**, 15 maio 2015. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=jIZnjFLpZ\\_A](https://www.youtube.com/watch?v=jIZnjFLpZ_A)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. EBOOK. Não paginado.

HOEKEMA, Anthony. **Criados à imagem de Deus**. Tradução de Heber Carlos Campos. São Paulo: Cultura Cristã, 1999.

LIMA, Fábio Ribeiro; SILVA, Nubelia Moreira da. Ruidos da Fé: Estratégias para Redução dos Aspectos Ambientais Responsáveis pela Poluição Sonora de uma Igreja Evangélica em Natal/RN. **Holos**, [s.l.], v. 3, p.162-179, 5 jan. 2010. Disponível em: <<http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/270>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

LOPES, Augustus Nicodemus. **O que estão fazendo com a igreja**: Ascensão e queda do movimento evangélico brasileiro. São Paulo: Mundo Cristão, 2013. EBOOK. Não paginado.

O CONTORNO DA SOMBRA. Blogspot. O som do silêncio. Disponível em: <<http://ocontornodasombra.blogspot.com/2013/03/o-som-do-silencio.html>>. Acesso em: 19 out. 2018

SILVA, Solange Teles da. Poluição visual e poluição sonora: aspectos jurídicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 159, p.161-180, jul. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/881>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

## ABUSO DE PODER E SUBVERSÃO NA LINGUAGEM IMAGÉTICA DO FILME JOAQUIM

**Mara Regina de Oliveira**

*Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

### **Resumo**

Este artigo se propõe a fazer uma análise dialógica do filme Joaquim relacionado com teorias que estudam o problema da legitimidade jurídica do ponto de vista comunicativo. O filme mostra, em termos interativos, as razões que levam a transformação de consciência do personagem histórico Joaquim José Silvério dos Reis e como surgiu o sentimento de revolta que o levou a fazer parte do movimento que desafiou a autoridade do governo português no século XVIII do Brasil colônia.

**Palavras-chave:** poder, autoridade, desafio, cinema, comunicação.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article proposes to make a dialogical analysis of the film Joaquim related to theories that study the problem of legal legitimacy from the communicative point of view. The film shows, in interactive terms, the reasons that lead to the transformation of consciousness of the historical character Joaquim José Silvério dos Reis and how the revolt started, which led him to be part of the movement that challenged the authority of the Portuguese government in the 18th century of Brazil colony.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** power, authority, challenge, cinema, communication.

### **1. Introdução**

*“Roubou bem tem promoção, roubou mal tem punição”*

Joaquim José

A leitura crítica de filmes de qualidade artística, integrada, em termos interdisciplinares, com a análise teórica, pode ampliar o nosso olhar jurídico crítico para além das visões dogmáticas tradicionais, que não colocam em discussão a legitimidade das leis. A arte possibilita adentrar, de forma profunda, na consciência subjetiva humana, que nos permite ir muito além das percepções das aparências sociais externas. Nesta perspectiva, a forma racionalista de se pensar a autoridade da lei, em termos de legitimação universal de valores, é muitas vezes problematizada na linguagem estética artística. Ela nos autoriza penetrar na complexidade das incertezas humanas, cercadas de irracionalidades, que mostra situações de muita ambiguidade moral, onde o certo e o errado se tornam indefinidos, que só pode ser percebida com a presença da sensibilidade humana, aceita como meio de cognição profunda.

Na esteira do pensamento do filósofo Julio Cabrera, a arte do cinema, calcada precipuamente na linguagem imagética, espelha uma integração permanente entre a razão e sensibilidade, permitindo um aprofundamento na reflexão filosófica de certos temas que envolvem a moral e o direito em profícua correlação. O filme **Joaquim**, lançado em 2017, é dirigido pelo veterano Marcelo Gomes, um cineasta que já se mostrou hábil em refletir criticamente sobre a identidade brasileira através de seu magistral filme **Cinema, Aspirina e Urubus** (2005). O roteiro é também de sua autoria e resulta de uma interpretação pessoal que visa suprir algumas lacunas diante da escassa presença de documentos históricos sobre o tema.

Nesta última película, propõe-se a reconstruir a narrativa íntima do personagem histórico Joaquim José Silvério dos Reis, conhecido como Tiradentes, nos fazendo submergir na sua consciência subjetiva humana, fora dos padrões dominantes de heroísmo firmados em versões históricas dominantes. O filme mostra, através de impactantes e realistas conceitos-imagem, a sua radical transformação ético-jurídica: de um obediente alferes-protético do Exército Português no Brasil colonial do século XVIII, ele termina o filme com a consciência crítica de um líder, parte de um grupo, que desafiará a autoridade das leis do império Português em nosso território então intitulado de “**Colônia dos Brasis**”.

A figura histórica de Tiradentes aparece, de forma alegórica e não realista, apenas na breve cena inicial, onde vemos a fala de sua cabeça decapitada, como resultado de sua condenação por crime de traição ao reino português da Rainha Maria I. A partir deste prólogo, Joaquim José, conforme o nome indica, não aparece na narrativa fílmica como mito, mas como um protagonista humanizado, de carne e osso, com ambiguidades morais e fortes paixões. Voltamos no tempo para conhecer, de forma íntima, a sua paulatina tomada de consciência sobre os abusos de poder jurídico praticados, em uma colônia dominada pela sujeira física e moral, cercada pela violência da escravidão e da corrupção do governo português.

Nesta linha raciocínio, há uma interessante leitura pragmática-jurídica do problema da legitimidade do governo português, que nos permite fazer uma análise dialógica do filme com teorias que vem o problema da autoridade a partir da relação que se estabelece com a ideia de poder como relação comunicativa. Nesta perspectiva teórica, a noção de abuso de poder, presente como um desafio praticado pela autoridade às suas próprias leis, pode disseminar as reações de rebeldia entre os sujeitos sociais e gerar uma crise de legitimidade jurídica. Antes de iniciarmos a análise do filme, faremos uma breve exposição sobre a linguagem do cinema, da relação possível entre o cinema e a reflexão filosófica jurídica, bem como da visão pragmática do abuso de poder.

## **2. A expansão do pensamento crítico através do cinema**

A primeira exibição pública do cinema ocorreu em 28 de dezembro de 1895, na tela do elegante *Grand Café* parisiense, por iniciativa dos irmãos *Lumière*. Várias curtas, em preto e branco e sem som, foram exibidos, através do então inusitado cinematógrafo. Embora a plateia tivesse a consciência racional de que as imagens representavam ilusões, reagiram *como se fossem verdadeiras*. (BERNADET, 2006, p. 19). Sabemos que, de fato, do ponto de vista estritamente técnico, não ocorre movimento real na imagem cinematográfica. Com o cinematógrafo apenas produz-se um efeito ótico que constitui esta ilusão de movimento, ao se projetar vinte e quatro fotogramas imóveis por segundo. Esta ilusão ótica se confirma graças à lentidão de nossa retina, que não consegue perceber as interrupções que existem entre as imagens imóveis. (BERNADET, 2006, p. 20).

Nesta perspectiva, o cinema cria um elemento novo na percepção da imagem, pois, ao introduzir a experiência do movimento, constrói, em termos psicológicos, a impressão de que é a própria realidade que está sendo exibida na tela, ainda que o seu conteúdo seja pura fantasia irreal. Como num sonho, ocorre uma percepção de verdade, por isso, inicialmente, defendia-se a ideia de que esta técnica tornaria esta arte objetiva e neutra, como se fosse manifesta através de um olho mecânico, que “*colocaria, na tela, pedaços da própria realidade, sem qualquer intervenção humana*”. No entanto, do ponto de vista semiótico, esta caracterização se mostrou demasiadamente simplista, a imagem, mesmo na imóvel fotografia, é semelhante ao real, mas não representa o mesmo de forma involuntária e automática.

O certo é que a linguagem cinematográfica evoluiu ao longo do século XX e XXI. A câmara, aos poucos, deixa a sua tradicional imobilidade teatral, e passa se movimentar, quer seja através dos *travellings* (carrinhos) das *panorâmicas* (a câmara gira sobre o seu pé, dos

lados, ou de baixo para cima) o *zoom* e, por fim, a *câmara na mão*. Hoje, existem câmaras tão leves que podem ser colocadas no ombro, fazendo, através de um processo de análise, com que haja um deslocamento espacial dentro da própria imagem, que faz uma espécie de *recorte de ângulos*, que podem ser amplos como uma paisagem ou restritos como uma mão. Na composição final do filme, através de um processo de síntese, as imagens são montadas em sequência, que não necessariamente precisa ser linear, do ponto de vista temporal. (BERNADET, 2006, p.36 e 37). Neste sentido, percebe-se que a linguagem cinematográfica, seja na ficção ou no documentário, constitui-se através de uma manipulação permanente, que seria uma escolha de ângulos, sequências e montagens.

Os elementos que constituem a linguagem cinematográfica não têm um sentido a priori, pois sua significação é construída pelo homem, não apenas na sequência dos planos, mas na manipulação dentro do próprio plano, que dá sentido aos elementos pela sua presença num contexto mais geral.

Existiria uma permanente ambiguidade nesta significação, estabelecida pela operação linguística *seleção/montagem*, cujo grau de complexidade seria variável de um filme para outro. (BERNADET, 2006, p.41). A percepção desta ambiguidade seria neutralizada pelo efeito psicológico da *impressão da realidade* no espectador que deve se lembrar mais do enredo e dos personagens do que da própria movimentação da câmara. Os cortes devem passar despercebidos e a figura do narrador não deve ser vista como existente. O filme é, de fato, uma composição artificial, mas deve ser percebido como uma parte da própria vida real. (BERNADET, 2006, p.48). Segundo Bela Balazs, no cinema, a câmara carrega o espectador para dentro mesmo do filme, o seu olho acompanha os movimentos da câmara, muitas vezes, confundindo com os olhares dos personagens. Ele vê e sente o mesmo que os personagens, há uma identificação psicológica única e poderosa entre os olhares. (BALAZS, XAVIER, 2008, p. 85).

Numa perspectiva semelhante, alguns psicólogos, como Hugo Mauerhofer, falam sobre a peculiaridade da chamada *situação cinema*, como uma espécie de fuga da realidade cotidiana para o encontro com o nosso inconsciente. Defendem a tese de que quando o espectador deixa a luz natural do dia ou a artificial da noite, para isolar-se na sala escura, ocorreria uma mudança psicológica marcante, tendo em vista o isolamento visual e acústico. Haveria uma sensação de que o tempo passa mais lentamente, gerando um tédio. A forma dos objetos se tornaria menos definida, ampliando nosso poder de imaginar e interpretar. E, por último, haveria o alcance do chamado estado passivo voluntário do espectador, semelhante ao estado do sono. Estes três elementos juntos o levam a chamada *entrega voluntária e passiva à ação dramática que se desenrola na tela*, levando o inconsciente a se comunicar com a

consciência em maior grau no que na vida quotidiana. Por isso, este pensador defende a ideia de que a experiência de um filme jamais pode ser idêntica para duas pessoas, ela acaba por ser profundamente anônima e individual tendo em vista a singularidades das diversas formas de inconsciente. Ela tornaria suportável a nossa vida moderna, viabilizando o surgir das emoções e também da reflexão. (MAUERHOFER, 2008, p.378).

Não ignoramos o fato de o cinema, por ser uma cara arte burguesa, na sua origem, reflexo do desenrolar capitalista e tecnológico do século XX, ter se tornado um tipo de mercadoria abstrata pelo fato de poder ser copiado inúmeras vezes. Apesar de ter surgido na Europa, entre as duas guerras mundiais, ele acaba por ser industrializado nos Estados Unidos, através dos poderosos estúdios de Hollywood, que passam ser vistos como pura alienação, como fábricas de sonhos, que reproduzem ilusões como se fossem reais, situações de total irreabilidade social, econômica e política, contribuindo indiretamente para a sua manutenção. A chamada montagem linear, com o corte invisível, e o cinema feito inteiramente nos estúdios dariam vazão a este efeito ilusório. Teríamos, neste sentido, uma *manipulação abusiva* da linguagem do cinema, que passa a mostrar como *real* a *irreal* derrota dos vilões pelos mocinhos, riqueza para os pobres, amor eterno para os solitários e outras formas de *happy end*. Como no brilhante filme de Woody Allen, *A Rosa Púrpura do Cairo*, teríamos uma espécie de realização ilusória dos espectadores, através dos personagens. A ilusão da realidade apareceria como meio de fuga da dura vida concreta, para a realização de uma fantasia maior no plano simbólico das imagens.

No entanto, entendemos ser demasiadamente simplista qualificar o cinema como pura *alienação do real*. Sem dúvida, este é um traço característico da indústria que vai ser apropriado, posteriormente, com mais eficiência pela TV, a partir dos anos 50. Todavia, uma leitura histórica mais profunda e particular, menos generalista, mostra que nem mesmo este papel ele exerceu de forma uniforme dentro de Hollywood, sempre houve boas exceções, com diretores que impuseram a sua marca pessoal e crítica no seu trabalho como seria o caso de John Ford, Alfred Hitchcock, Georges Cukor, para citar alguns exemplos. Como alertava o genial cineasta soviético, no início do século XX, podemos desenvolver uma manipulação construtiva da linguagem do cinema não apenas no sentido de fazer uma ilusão irreal parecer real, mas de produzir, através da montagem inteligente, uma reação valorativa e crítica do espectador. O cinema deveria, nesta perspectiva, não apenas contar histórias, mas instigar a produção de um raciocínio crítico no espectador. (BERNADET, 2006, p. 49).

Depois do termino da segunda guerra, temos o renascer desta visão do cinema, como arte crítica, no *Neorealismo* italiano e na famosa *Nouvelle Vague* francesa, que surgem como

crítica expressa ao cinema de estúdio hollywoodiano, alheio ao social, tanto em termos de forma (abolição das regras de filmagem rígidas, locação real, atores não profissionais) como de conteúdo (por foco na exclusão social). No Brasil, estas duas vertentes geraram o nosso combativo Cinema Novo que até hoje influencia o cinema brasileiro, atua, notadamente, o trabalho de Walter Salles. Glauber Rocha pode ser considerado com expressão máxima da subversão proposta pelo Cinema Novo, que produz pensamento crítico na tela do cinema. Na mesma linha de afirmação imagética estética artística encontra-se o cinema de Marcelo Gomes, diretor do filme **Joaquim** em análise neste artigo.

### 3. O diálogo entre o cinema e o pensamento filosófico-jurídico

Edgard Morin considera que é no romance, no teatro, no filme que percebemos que o racional *homo sapiens* é, ao mesmo tempo, indissolúvelmente, o emotivo *homo demens*, a existência revela a sua miséria e sua grandeza trágica, com o risco do fracasso, do erro e da loucura. No romance ou no espetáculo cinematográfico, a magia do livro ou do filme faz-nos compreender o que não compreendemos na vida comum, onde percebemos os outros de forma exterior, ao passo que na tela e nas páginas do livro eles surgem com todas as dimensões, subjetivas e objetivas. (MORIN, 2000, p. 49).

No pensamento de Morin, a compreensão humana nos alcança quando sentimos e concebemos os humanos como sujeitos que têm tristezas e alegrias. Quando reconhecemos no outro os mecanismos egocêntricos de auto - justificação, que estão em nós mesmos. É a partir dela que se pode lutar contra o ódio e a exclusão. Toda a percepção é uma tradução reconstrutora realizada pelo cérebro, a partir de terminais sensoriais, nenhum conhecimento pode dispensar interpretação. Cada um pode produzir a mentira para si mesmo, através de um egocentrismo justificador e a transformação do outro em bode expiatório de nossas frustrações. (MORIN, 2000, p. 53).

Na visão do filósofo Julio Cabrera, em consonância com Morin, para que possamos compreender um problema filosófico, não basta entendê-lo, racionalmente, como conceito teórico/semântico. Temos de vivê-lo, senti-lo, ser afetados por ele, como uma experiência emocional, não empírica, que aguce a nossa sensibilidade cognitiva, próxima de uma dimensão que poderíamos chamar de pragmático-impactante, a qual deve produzir algum tipo de transformação cognitiva. Embora a forma literária tenha preponderado na história do pensamento filosófico, nada impediria que se viabilizasse uma problematização filosófica

através da análise de conceitos-imagens do cinema, da fotografia ou da dança. (CABRERA, 2006, p. 17).

Em um instigante livro intitulado **O Cinema Pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes**, o filósofo argentino, radicado no Brasil, Julio Cabrera, defende a importante tese de que a filosofia, ao invés de ser considerada como algo concebido, historicamente, antes do cinema, poderia ser entendida como um saber mutável que se modifica através do diálogo com a chamada sétima arte, como elemento cultural relevante. Neste sentido, o pensar através da interpretação de imagens em movimento (ou em ilusão de movimento) assume um contorno não apenas voltado à racionalidade lógica, mas, também, a uma cognição da realidade que inclui um elemento afetivo (pático), primordial. (CABRERA, 2006, p. 15 e 16).

Não se trata, apenas, de assistir ao filme como uma experiência estética ou social desarticulada do raciocínio ou ler um comentário sobre a película, mas desenvolver uma interação lógico-afetiva, que evidencie a presença de conceitos ou ideias nas imagens em movimento. Já entendemos como a linguagem do cinema é poderosa porque produz a famosa “impressão da realidade”, acompanhada pela identificação com o olhar dos personagens, numa situação dinâmica de espacialidade e temporalidade construídas. Os conceitos-imagem do cinema produzem um impacto emocional sobre questões que dizem respeito ao humano, com valor cognitivo, persuasivo, unindo lógica e pática, concomitantemente. Este impacto emocional não está ligado a um possível efeito dramático de um filme, do tipo melodrama, muitos filmes considerados “cerebrais” comovem o espectador pela sua “frieza”. Por mais racional que seja um filme, ele nunca será abstrato como um tratado literário filosófico.

Neste sentido, cabe lembrar da didática distinção feita por Hugo Munsterberg a respeito das emoções provocadas pelo cinema. Em primeiro lugar, teríamos as emoções que os personagens comunicam de dentro do filme, provocando simpatia pelo sofrimento ou mesmo compartilhando as alegrias pelo amor realizado. A percepção visual das várias manifestações dessas emoções se funde em nossa mente com a consciência da emoção manifestada. É como se estivéssemos vendo e observando diretamente a própria emoção. Reagimos, organicamente, de forma adequada, o horror nos dá arrepios, a felicidade nos acalma. Há uma experiência viva do reflexo emocional dentro da nossa mente. Nos filmes melodramáticos, este tipo emoção está muito presente. Mas, haveria, por assim dizer, um segundo tipo de emoção secundária em que a plateia reage às cenas do filme do ponto de vista da sua vida afetiva independente, onde pode haver, portanto, uma indignação moral e não uma identificação emotiva com o personagem. A nosso ver, estas duas formas de emotividade se combinam na experiência do filme, mas a

emoção secundária estaria mais presente nos chamados filmes “cerebrais” e seria muito útil em atividades acadêmicas. (MUSTERBERG, XAVIER, 2008, p. 52 e 53).

A técnica cinematográfica possibilita a instauração da experiência logopática, que permite a manifestação dos conceitos-imagem, que só podem ser gerados por ela e não por meios literários ou fotográficos. Outra característica importante seria a de que eles sempre apresentam desfechos abertos a novas problematizações filosóficas, mesmo que a intenção do diretor seja a de fechá-las, a linguagem da imagem tem uma natureza subversiva em termos de estrutura. Neste sentido, as soluções lógicas da filosofia escrita geralmente têm uma intenção de apresentar conclusões mais conciliadoras, conservadoras e construtivas, simbolicamente, bem-educadas, como uma tentativa de “*resolver o mundo dentro da cabeça*”, que o cinema não consegue fazer, mesmo que tente. (CABRERA, 2006, P. 34).

Partindo desta reflexão de Cabrera, voltada para a filosofia geral, entendemos que, no campo da teoria do direito, existem instigantes linhas filosóficas literárias páticas, que permitem uma aproximação muito rica com a linguagem imagética na apreensão de temas, que envolvem uma delicadeza sutil da compreensão do humano, em uma dimensão mais profunda. Toda a discussão teórico-filosófica sobre o abuso de poder, no plano real dos fatos e das condutas efetivas, envolve esta aproximação experiencial emotiva que vai muito além da racional compreensão semântico-lógica de enunciados escritos nos textos legais dogmáticos. Trata-se de um ramo do direito onde o humano envolve-se, diretamente, nas questões teóricas primordiais, principalmente quando indagamos a respeito da sua imperatividade concreta. Na terceira parte deste trabalho, faremos uma aproximação dos conceitos teóricos da pragmática da comunicação normativa, que, tem, na sua constituição teórico-filosófica, elementos páticos primordiais sobre a relação existente entre direito e violência não razoável no filme nacional **Joaquim**.

#### **4. A noção pragmática de abuso de poder e crise de legitimidade**

Do ponto de vista pragmático, observamos que a autoridade da lei se localiza, com clareza, na relação existente entre direito, poder e comunicação, na medida em que a relação de autoridade não preexiste à própria interação, pois ela se constitui propriamente durante o processo interativo. Ela existe não só a partir de uma pretensão do editor normativo de impor uma relação complementar, mas na medida em que o sujeito também estiver disposto a se colocar nesta condição subalterna. O poder não está unicamente nas mãos da autoridade, não é

uma “coisa que ela tem”, portanto. Ele atravessa e ao mesmo constitui a própria relação autoridade/sujeito. (FERRAZ Jr., 2003, p. 109).

Observamos que tanto o *relato* – conteúdo - como o *cometimento* das mensagens normativas – relações entre os que se comunicam - implicam em relações de poder, entendido como controle de seletividade do editor normativo em relação aos endereçados sociais. Neste sentido, a complementaridade do editor normativo é garantida pela institucionalização do controle da seletividade das reações dos endereçados sociais que identificam as normas estatais como sendo juridicamente válidas em detrimento das demais. Temos aqui o que chamamos de meta complementaridade. Por isso, é extremamente importante que ele leve em conta as reações dos chamados endereçados sociais, que podem confirmar, rejeitar ou desconfirmar a mensagem normativa. Tanto a confirmação (licitude) como a rejeição (ilicitude) reconhecem o cometimento meta-complementar da norma jurídica. (FERRAZ Jr., 2003, p. 107).

Neste caso, o conteúdo das normas jurídicas e a relação complementar que elas estabelecem deixam de influenciar as opções e deixam de ser uma estrutura de motivação para a seletividade dos endereçados, que não mais veem a possibilidade de aplicar sanções como uma alternativa a evitar. Aquele que desconfirma uma mensagem normativa não mais se sente obrigado a se submeter à autoridade porque não a reconhece como tal, na medida em que ele próprio não mais se assume como sujeito da relação.

Nestes termos, ela faz com que o editor perca, pelo menos momentaneamente, o seu controle sobre os endereçados. Se for bem-sucedida, ela pode criar uma relação de poder, paralela à primeira, em que o sujeito receptor das mensagens normativas estatais, passa a ser autoridade emissora de novas mensagens normativas. Assim, ela deve ser neutralizada pela autoridade que, a todo custo, tentará se imunizar contra ela, ao desconfirmar a reação desconfirmadora, transformando-a em uma simples rejeição, que pode ser enquadrada como comportamento ilícito, que pode ser por ela controlado

As reações desconfirmadoras surgem no momento que a legitimidade da relação de poder está enfraquecida. A legitimidade está ligada, justamente, à imposição de certas significações e ao desconhecimento, por parte dos endereçados sociais, das relações de força entre grupos que compõem a sociedade, que constituem a chamada violência simbólica. O poder será considerado legítimo enquanto o seu exercício de violência simbólica for dissimulado e desconhecido pelos endereçados sociais, de modo que ele possa influenciar comportamentos através de sua liderança, reputação e autoridade, que devem se combinar de forma congruente. Uma vez que o arbítrio social, em torno das relações de força, torna-se evidente, a legitimidade fica comprometida. Nas palavras do autor “*esta seleção básica é*

*arbitrária, porque a sua função e estrutura não podem ser deduzidas de nenhum princípio universal, mas dependem da complexidade social e não da natureza das coisas ou da natureza humana.”* (FERRAZ Jr., 2002, p. 56).

Nas chamadas situações comunicativas abusivas, a força física passa a ser a base explícita do poder, podendo provocar a sua destruição, como mecanismo de influência e controle, empurrando o sujeito para assumir reações desconfirmadoras.

A desconfirmação da autoridade não pode alcançar aqueles sujeitos que confirmaram a norma jurídica, porque isto constituiria uma perversão do discurso normativo, na medida em que a homologia consiste numa imposição unilateral, onde só um tem competência para falar, sendo que os outros devem apenas obedecer, pelo sim ou pelo não. Trata-se de uma hipótese limite, pois a possibilidade do sujeito reagir seletivamente desaparece, pois, confirmando ou não a mensagem ele será punido. O emissor age pelo receptor e o aniquila.

Neste sentido, a relação complementar desaparece, pois não há mais o jogo de ação e reação. Existe somente a coação que destrói a relação de poder. É evidente que esta análise pragmática do problema da justiça, que também leva em conta a sua dimensão semântica, caracteriza uma situação limite que destrói a relação complementar, por fazer justamente o inverso do que deveria fazer, através do exercício da violência simbólica: expor as relações de força que estão na base da relação desigual que estabelece. Neste caso, o uso não razoável da violência, que deveria ser simbólica, passa a integrar a relação, como coação concreta. Isto demonstra o fato de que os cometimentos normativos institucionalizados, no limite, não podem suportar estes relatos que produzem defeitos na relação. A seguir, veremos como o filme **Joaquim** incorpora esta leitura pragmática de forma clara.

##### **5. A percepção do abuso de poder e o emergir da crise de legitimidade jurídica em *JOAQUIM*: da confirmação ao desafio à autoridade da lei.**

Uma leitura atenta do filme **Joaquim** mostra conceitos imagem relativos a uma interação comunicativa exemplar em torno do emergir da crise de legitimidade do governo português em nossas terras no século XVIII, na época juridicamente tida como colônia, sem governo independente. A locação do sertão e a presença dos atores portugueses são fundamentais para dar realismo as Minas Gerais fundadas no violento trabalho escravo, na extração do ouro das minas que era normativamente regrada por Portugal, através da cobrança

de altos impostos. Na posição jurídica de alferes, uma das principais obrigações legais de Joaquim José era fiscalizar os caminhos das minas e prender eventuais contrabandistas.

Uma das primeiras cenas mostra esta confirmação de sua autoridade meta complementar leal ao governo português, com a prisão de um dos praticantes da rejeição criminosa, que tentava contrabandear ouro. De forma didática, logo percebemos que seu companheiro português Manuel comunica uma atitude comunicativa abusiva, quando admite a possibilidade de ser corrompido, pois assume uma desconfirmação das regras que impõem a sua autoridade e o dever de aplicar a devida sanção. Ele deixa claro a Joaquim José, que reage com discordância, que ele poderia devolver o ouro ao contrabandista, confirmando a rejeição criminosa, caso recebesse uma parcela significativa do mesmo metal valioso. O filme indica que esta corrupção abusiva também era rotina do Administrador português.

A seguir, conceitos imagem da vida íntima de Joaquim José aparecem. O ambiente é muito rústico, com ar de abandono e tristeza trazido pela escravidão violenta, além de pouco limpo. Nosso protagonista tem piolhos em sua longa cabeleira, o que evidencia a falta de banhos regulares. Os maus-tratos aos indígenas também eram regulares, crianças não tem a devida alimentação. Era rotina que os senhores brancos impusessem a submissão sexual forçada a suas escravas, que habitualmente pensavam em fuga para os quilombos, espaços de desconfirmação resistente as regras de imposição da escravidão forçada. Mas aqui aparece uma importante ambiguidade moral e afetiva de Joaquim José. Ao contrário dos demais, que impunham o sexo à força, ele era completamente apaixonado e dominado sexualmente pela bela escrava que carinhosamente chamava de “Preta”, que era propriedade de Benedito, um antigo escravo que conseguiu a sua liberdade. Benedito, mesmo tendo sido escravo, parece reproduzir as relações de força bruta obrigando “Preta” a servir sexualmente o mau cheiroso Administrador português, que a tratava de forma fria e bruta, como mero objeto de seu prazer.

“Preta”, habilmente interpretada pela atriz portuguesa Isabel Zuaa, mostra o seu desgosto com a situação e pede ajuda a Joaquim José, que, como bom confirmador da ordem legal imposta, pede para ela ter paciência, pois espera aumentar o seu salário com a futura promoção a tenente e um dia compra-la de Benedito. Mas “Preta” não suporta mais a violência habitual e decide não esperar, assumindo uma desconfirmação violenta das regras da escravidão matando Benedito e fugindo para a mata. Neste momento, Joaquim José recebe uma nova diligência legal, a de procurar por novas minas de ouro em área inóspita e de difícil acesso, chamada de “sertão proibido”. Como prêmio legal ao possível sucesso, é previsto que ele leve para si um quinhão de ouro.

Chegamos a um ponto chave do filme para a transformação da consciência moral de Joaquim José em torno da percepção da comunicação normativa abusiva. Transtornado emocionalmente pela fuga de “Preta” ele vê na confirmação da ordem legal imposta a chance de ser promovido, com mais dinheiro e de reencontrar sua amada. Ele tenta cumprir, sem sucesso, sua tarefa da busca pelo ouro com afínco aos limites da exaustão absoluta. Retorna muito contrariado e, no caminho, por indicação não planejada de um morador da região, acaba por achar uma mina de pedras verdes que para nós parecem ser valiosas esmeraldas. Sem confidenciar o seu achado a seus companheiros de expedição, ele mostra as pedras aos seus superiores hierárquicos do governo português e a eles revela a exata localização das pedras. Todavia, a expectativa de ganho do quinhão se frustra quando um avaliador diz a ele que as pedras não teriam valor algum.

Desconfiado, ele decide voltar a mina, mas no caminho, durante um período de descanso, é preso pelo grupo de “Preta” e levado ao quilombo, com risco iminente de morte. Joaquim José, perplexo, passa a entender a revolta desconfirmadora do quilombo, como reação aos sofrimentos abusivos impingidos pela escravidão, “Preta” agora se chama “Zuaa” e, embora liberte seu antigo amante, deixa bem claro a ele que jamais se deitará com um branco novamente. De volta, ele mantém o segredo prometido em torno da localização do quilombo, dizendo ter sido atacado por um grupo de contrabandistas. Ao tomar bando de cachoeira, dá um grito de desespero e revolta, que seria uma manifestação logopática do conceito-imagem da percepção do abuso e a sua condição de sujeito aniquilado.

A seguir, fica sabendo que a promoção a tenente foi dada a Manuel seu companheiro português corrupto. De nada adiantou confirmar a ordem legal imposta, a ele não foi imputado, como consequência jurídica proposta, um prêmio do quinhão e da promoção. Laços de interesse, corrupção, condições raciais ou econômicas valem mais do que a confirmação da autoridade da lei, de forma abusiva. Mesmo confirmando a autoridade legal do governo português, ele permanecerá excluído das possíveis recompensas, a capacidade normativa das leis portuguesas de controlar a seletividade de suas ações começa a perecer e ganha destaque a percepção pragmática da injustiça a que fizemos referência no item dois deste artigo.

O filme caminha para o final com Joaquim José fazendo inéditas leituras políticas inspiradas pelo Iluminismo e pela Revolução Americana, que parece desprezar no início do filme. Ele começa a fazer parte de um grupo seletivo de intelectuais, padres e fazendeiros que planejam ações desconfirmadoras da autoridade do governo português na colônia e sua correlata libertação, o futuro Tiradentes irá emergir. O abuso de poder percebido, em termos comunicativos, cessa o exercício da violência simbólica e o transforma em um exaltado e

convicto líder de uma revolta desconfirmadora. O governo português perde a capacidade de controlar as suas ações, tornado explícito o jogo de poder enfraquecendo a relação meta complementar.

O ator Julio Machado faz um trabalho magistral para evidenciar esta transformação radical de consciência, que envolve elementos racionais e afetivos, bem na linha destacada por Edgar Morin. No entanto, como o filme destaca na abertura, sabemos que a insurreição desconfirmadora veio a fracassar, não conseguindo fragilizar a meta complementaridade do governo português, sendo sufocada e transformada em rejeição criminosa, com a subsequente cruel e violenta decapitação e esquartejamento de Tiradentes. Mais tarde, com o emergir da República, este dia tornou-se data de feriado nacional. Questões pragmáticas propostas de forma pertinente no filme nos ajudam a entender o problema do abuso de poder comunicativo e a crise de legitimidade que nos acompanham até a atualidade.

## 6. Conclusões

Chegamos ao fim deste artigo com a clara indicação da pertinência da análise do filme **Joaquim** relacionada a visão filosófica-jurídica do problema do abuso de poder percebido em termos pragmático-jurídicos. Poder não é um objeto que se detém, mas uma interação que compõe a relação de mando/obediência em termos comunicativos. Esta relação de poder controla a seletividade da ação dos sujeitos para que a autoridade seja confirmada, na medida em que faz uso da violência simbólica ao dissimular as relações de força que estão na base da comunicação normativa. Todavia, em situações de abuso comunicativo, onde a própria autoridade desafia às suas regras, a violência simbólica fracassa e pode haver uma ruptura da relação pela generalização das reações desconfirmadoras, na medida em que o controle se transforma em coação, que aniquila o sujeito social, por retirar-lhe a possibilidade de selecionar alternativas de comunicação. A autoridade jamais pode punir aquele que confirmou as suas regras.

A película claramente nos mostra, minuciosamente, através de conceitos-imagem, estes movimentos pragmáticos a partir da trajetória existencial e humanizada do protagonista, que evidenciam, através do exame minucioso da sua consciência subjetiva, a sua transformação comunicacional radical. Uma mudança pautada por elementos racionais e afetivos, que vai da submissão estabelecida pelo cargo ao desafio à autoridade das leis do governo português., traduzida na transformação do anônimo alferes Joaquim no personagem histórico Tiradentes.

Recordando do pensamento de Hugo Musterberg, exposto no item segundo deste artigo, além da vivência das fortes emoções primárias do protagonista, que o transformam em um líder revolucionário, absorvemos impactantes emoções secundárias mais abrangentes em torno da percepção histórica e pragmática da relação existente entre abuso de poder e crise de legitimidade jurídico-política. Em termos logopáticos, compreendemos a conformação histórica de nossas cicatrizes sociais e permanente crise de autoridade associada a situações abusivas que nos acompanham mesmo depois da declaração de nossa independência do governo português. Entender o nosso passado é uma forma de compreender o nosso presente, através de uma viagem imagética profunda que desvenda nossas problemáticas relações de poder abusivas e nossa profunda violência institucional desconfirmadora da ordem legal enraizada em nossa formação cultural baseada em um processo civilizatório opressivo e alheio a formação de uma sociedade equilibrada e igualitária em termos políticos e sociais.

## 7. Referências bibliográficas

BERNADET, Jean-Claude. **O que é cinema?** São Paulo: Editora brasiliense, 2006.

CABRERA, Júlio. **O cinema pensa – uma introdução à filosofia através dos filmes.** Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

CANETTI, Elias. **Massa e poder.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder.** São Paulo: Saraiva, 1992.

EPSTEIN, Jean. **O cinema do diabo-excertos, in A Experiência do cinema: antologia/Ismail Xavier organizador.** Rio de Janeiro: Edições Graal: Embrafilmes, 2008.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

JOAQUIM. Direção: Marcelo Gomes. Imovision, 2017, 1 DVD, 97 minutos.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário nº 75, 1983

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita, repensar a reforma, repensar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão**, Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito em diálogo**. E-book Kindle, Amazon, 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Contrato Social**. Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 1978.

SANTAELLA, Lúcia, **Produção de linguagem e ideologia**. São Paulo: Cortez editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Que é semiótica?** São Paulo, Brasiliense (Coleção Primeiros Passos), 1983.

## **DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE: DO DIREITO A SAÚDE À COMPLEXIDADE DO SISTEMA MÉDICO**

**Sandra Regina Martini**

*Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER*

*PPGD UFRGS*

**Janaína Machado Sturza**

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI*

### **Resumo**

A construção teórica da saúde como um sistema social, em uma sociedade complexa e paradoxal é possível, embora apresente algumas limitações, suscitadas, especialmente, pelo denominado sistema médico. Neste contexto, a interlocução entre o binômio saúde-doença aparece como uma constante e essencial premissa para a análise e reflexão destes sistemas – saúde como sistema social e o sistema médico. A partir deste cenário, o presente artigo tem como objetivo demonstrar os encontros e desencontros entre o sistema da saúde e o sistema médico, a partir de um estudo bibliográfico que segue o método hipotético dedutivo, alicerçando-se na Teoria Sistêmica de Luhmann.

**Palavras chave:** sociedade complexa, sistema da saúde, sistema médico, sistema social, teoria sistêmica.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The theoretical construction of health as a social system in a complex and paradoxical society is possible, although it presents some limitations, especially raised by the so-called medical system. In this context, the interlocution between the health-disease binomial appears as a constant and essential premise for the analysis and reflection of these systems - health as a social system and the medical system. From this scenario, the present article aims to demonstrate the encounters and disagreements between the health system and the medical system, based on a bibliographic study that follows the hypothetical deductive method, based on the Systemic Theory.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** complex society, health system, medical system, social system, systemic theory.

## 1. Introdução

Ao refletir-se sobre a complexa interlocução entre o direito, o Estado e a sociedade, a partir de seus variados sistemas, percebe-se que dentro do sistema médico não se encontra o conceito ampliado de saúde. Este, por sua vez – o conceito ampliado de saúde, compreende a política pública de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, com o propósito de saúde para todos, conforme previsto na Lei 8.080 de 19/09/1990 e 8.142 de 28/12/1990, Lei Orgânica da Saúde. O artigo 2º, § 2º da Lei 8.080 abarca a amplitude do conceito de saúde: Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Encontra-se apenas a saúde como mera ausência de doença, e este conceito não é compatível com a proposta que está se desenvolvendo. Adota-se como pressuposto de nosso estudo que saúde é um bem da comunidade, concordando com a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), ampliando-a e adotando a ideia de que para definir saúde é preciso entender os determinantes sociais em saúde<sup>1</sup>.

Não se busca (e mesmo que buscássemos, não encontraríamos) respostas ou certezas, mas procura-se entender esta nova situação desde a Teoria Sistêmica. Luhmann, quando estudou o sistema médico, não tinha a preocupação com a dimensão que está se dando para o conceito de saúde e para o direito ao direito à saúde. Ele descreveu o sistema tal como se apresentava, dizendo inclusive que o sistema médico só tem sentido quando opera com o código negativo, ou seja, com a doença.

Fato é que cada vez que se procura o sistema da medicina, encontra-se o sistema da saúde. Esta limitação é nosso atual desassossego, tanto que há mais de 10 anos tem-se discutido sobre a saúde como um sistema social com vários pensadores da Teoria Sistêmica, em especial com Giancarlo Corsi. Assim, o desafio proposto é reduzir a complexidade, mostrando que a saúde é um sistema, embora saiba-se que reduzir a complexidade é sempre, ao mesmo tempo, incrementá-la (LUHMANN; DE GIORGI. 1996, p. 40)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> É oportuno observar-se que os Determinantes Sociais de Saúde foram implementados pelo decreto nº 13 de março de 2006. O decreto instituiu a Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde - CNDSS.

<sup>2</sup> A complexidade não é uma operação que um sistema efetua ou que nele se verifica: complexidade é um conceito da observação e da descrição. Deve-se perguntar, então: qual é a forma deste conceito, qual é a distinção o que o constitui? Já esta pergunta leva a uma infinidade de reflexões que se conectam, porque o conceito de complexidade não é um conceito simples, mas é um conceito por vezes complexo e, por sua vez, formado de um modo autológico (LUHMANN; DE GIORGI. 1996, p. 40). Tradução Livre.

## **2. Encontros e desencontros: o sistema médico e o conceito de saúde**

No caso específico do sistema da saúde, é necessário revisitar várias teorias e disciplinas que dão conta desta tarefa, pois cada vez que se define um conceito, estabelece-se distinções, indicando alguma coisa diferenciando-a de outras. Por isso, assim transita-se na perspectiva construtivista: constrói-se e desconstrói-se constantemente distinções, produto da observação de várias ordens e fruto de uma complexidade que apresenta várias dificuldades e que, muitas vezes, tem de ser definida de forma tautológica.

Se o conceito de diferenciação funcional foi tema de desconforto, hoje é um dos conceitos mais aceitos pela academia, ou seja, a ideia de que a democracia só é possível em sociedades diferenciadas funcionalmente é relativamente pacífica. Mesmo sabendo que a democracia tem na sua possibilidade também as suas limitações, diferenciar diversos sistemas sociais é extremamente importante para que se possa pensar na realização de uma democracia, pois somente em uma sociedade diferenciada funcionalmente pode-se efetivar a soberania popular, inclusive questionando-a. Deste modo, é possível entender como a democracia encobre muitas vezes o poder ou, em alguns casos, é encoberta por ele, o que também proporciona a diferença entre o sistema da política, do direito, da educação e de todos os sistemas sociais diferenciados.

Diante disso, também pode-se afirmar que a saúde se constitui em um sistema social diferenciado funcionalmente. A dificuldade de alguns com esse entendimento está vinculada – pelo menos em alguns casos – ao fato de que Luhmann nunca escreveu nada sobre o sistema da saúde, mas sobre o sistema médico. Acredita-se que a teoria ofereça elementos suficientes para afirmar que, no processo evolutivo, a saúde foi aprimorando suas comunicações e estruturando-se como um subsistema social, ou como um sistema social.

Nesta contingente definição de sistema social, vê-se que a saúde enquadra-se perfeitamente bem no conceito de sistema social, pois surge por autocatálise dos problemas de dupla contingência. Ademais, um sistema social precisa diferenciar-se de seu ambiente e ter uma estrutura própria, ser fechado operativamente e aberto cognitivamente. Aliás, somente este fato pode justificar a ideia de irritação entre sistema do direito e sistema da saúde, ambos sistemas fechados, mas em constante irritação, especialmente em países da periferia da modernidade em que o direito é constantemente conclamado a decidir sobre questões não decididas por outros subsistemas. O que faz o sistema do direito é processualizar as informações que vêm de outros sistemas por meio da sua linguagem interna, do seu código e da sua estrutura,

ou seja, quando algum sistema irrita outro, tem-se um processo normal e necessário para a própria evolução. O que não pode acontecer é que os sistemas irritados decidam com códigos diferentes dos seus.

Em outros termos: os sistemas sociais que não decidem com seus códigos estão provocando uma corrupção, o que não é adequado, pois quando um sistema decide com o código do outro, perde-se a possibilidade da diferenciação funcional. Os reflexos desta eventual corrupção são percebidos, por exemplo, através do déficit democrático que existe atualmente. Se para Luhmann o sistema médico tem uma estrutura própria, vê-se que através desta observação é possível pensar no sistema da saúde. Porém, não se pode desconsiderar as observações do autor sobre o sistema médico, ou melhor, sobre medicina, pois ele afirma que o sistema da medicina é igual ao sistema da cura dos doentes, o que atualmente pode ser questionado, pois não está claro na Teoria Sistêmica qual o conceito de saúde utilizado. Hoje, é senso comum entender a saúde muito além da *cura dei malati*: se assim entende-se, obviamente outra compreensão é possível ter deste sistema.

Se o sistema da medicina opera somente quando alguém adoece<sup>3</sup>, se está distante do conceito de direito à saúde constitucionalizado em grande parte dos países, ou ainda pode-se concluir que o autor já se referia às dificuldades de efetivar e dimensionar a própria definição da OMS sobre saúde, bem como as especificidades da saúde em cada comunidade. Outro aspecto relevante é que o valor significativo para o sistema da medicina não é o valor positivo (estar são), mas sim a doença, já que, no sistema da medicina, estes programas só operam orientados para a doença, em que a atuação do médico se dá pelo valor atribuído à própria doença. Aqui tem mais uma razão para pensar no sistema da saúde, no qual o médico não atua como única figura.

Outro aspecto é que o valor relevante para o sistema da medicina é não estar são, ou seja, o sistema é ativado com a doença, já que para Luhmann o sistema da medicina opera orientado pela doença. Ou seja, Luhmann percebeu a complexidade que envolve o sistema da medicina e deixou espaços para novas reflexões que ultrapassam os campos médico, ético e político. Com isso, mostra que, evolutivamente, o campo da medicina vem ampliando-se, motivado pela inflação das possibilidades de tratamento, bem como pelos seus custos.

---

<sup>3</sup> O sistema jurídico brasileiro alude que a prevenção também integra o direito à saúde e o dever do Estado, conforme o artigo 196 da Constituição: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Sabe-se que a imutabilidade não é característica dos sistemas, visto que o ambiente é efetivamente complexo, e isso o influencia internamente. Com a saúde, não foi diferente, especialmente se pensar na diferenciação funcional do direito até chegar-se ao direito à saúde. Deve-se dizer que a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio entorno. Não existe um agente externo que modifica: é o próprio sistema que, por uma questão de sua sobrevivência no ambiente, realiza essa diferenciação. Justamente em face dessa mutabilidade, ele foi capaz de autoproduzir-se e, assim, alcançar a expectativa jurídica da saúde. Ele foi irritado suficientemente para fazer a sua seleção e, dentro dela, a seleção da saúde com o intuito de torná-la expectativa jurídica (regra) (MARTINI, 2014, p. 233-234).

Importante referir que o Sistema da Educação<sup>4</sup>, amplamente estudado por N. L. também opera a partir do código negativo. Porém, em ambos os sistemas sociais, tem-se a unidade de uma diferença. Em termos de educação, pode-se falar em uma distinção entre um ato educativo e uma intencionalidade de educar. Na saúde, um ato curativo e a intencionalidade da cura. Todos os sistemas sociais operam com códigos: no caso específico em estudo, tem-se dois sistemas que operam com o código negativo, ou seja, o que irrita o sistema da saúde é a doença, e o que irrita a educação é o não aprendizado. Este código reflete constantemente a complexidade na relação professor-aluno ou operador da saúde-doente. Referindo-se ao sistema da Educação, Corsi faz a seguinte observação:

*Siamo in presenza dunque di un'articolazione di distinzioni che operano sempre simultaneamente: da un lato la differenza tra comportamenti giusti e comportamenti sbagliati, che si traduce nella differenza tra lo stato attuale dell'allievo e lo stato futuro che il docente proietta e che desidera raggiungere mediante l'intervento educativo; dall'altro lato la differenza tra l'intenzione pedagogica del docente e la reazione ad essa da parte dell'allievo* (CORSI, 1998, p. 64-65)<sup>5</sup>.

Esta postura de perceber o mundo, a sociedade, é que permitiu entender a educação a partir da heterogeneidade do sistema, como intencionalidade de educar, autopoiese que permite o acoplamento com outros sistemas sociais, mostrando, com isso, as limitações ou a

---

<sup>4</sup> Sobre o tema, importante destacar o texto MARTINI, Sandra Regina. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 221-241.

<sup>5</sup> Estamos, portanto, na presença de uma articulação de distinções que sempre operam simultaneamente: por um lado, a diferença entre os comportamentos certos e comportamentos errados que se traduzem na diferença entre o estado atual e o estado futuro do aluno que o professor projeta e que deseja alcançar por meio do intervento educacional; por outro lado, a diferença entre a intenção pedagógica do professor e a reação a ele por parte do estudante. Tradução Livre.

desmistificação de que a educação pode levar à perfeição do ser humano. Além destes aspectos, mostra também que o sistema educativo opera sempre com um código positivo/negativo, o que desacomoda vários pedagogos (resposta esperada, pois a teoria efetivamente veio para desassossegar!).

### 3. Saúde: um sistema diferenciado funcionalmente

A sociedade como um sistema social é composta por sistemas parciais, é constituída por comunicação, ou seja, é uma malha de comunicações. Sem comunicação não é possível fazer nenhuma seleção, escolha. A necessidade de seleção (escolha) decorre justamente do fato de o sistema não conseguir dar conta desse contingente de possibilidades, da complexidade interna. Esse excesso de possibilidades é proporcional à gama de elementos do seu interior, e as relações entre esses elementos fazem crescer o número de possibilidades. Este crescente número de possibilidades tornam a sociedade altamente complexa, de risco e em permanente evolução.

As possibilidades não realizadas ficam potencializadas como opções para o futuro e de algum modo são absorvidas pelo sistema. O sistema seleciona algumas possibilidades, opções, que estejam em consonância com a função que ele desempenha. É a simplificação da complexidade do ambiente como condição de sobrevivência do sistema, mas isso desencadeia o aumento da complexidade do sistema. O número de possibilidades aumenta internamente, podendo até gerar sua auto diferenciação, resultando em novos subsistemas (LUHMANN, 1983)<sup>6</sup>. O motivo que enseja a sua evolução é a sobrevivência à complexidade, que cria constantemente novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, dá-se o incremento dela.

Seguindo a própria definição de sistema social, percebe-se que a saúde se enquadra perfeitamente no conceito de sistema social que, conforme o glossário luhmanniano, *sorgono per autocatalisi dai problemi di doppia contingenza, che permettono di affrontare attraverso sole loro operazioni* (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 213)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>Para elucidar tal situação, tome-se como exemplo o caso do direito: inicialmente o sistema do direito diferenciou-se em público e privado. Entretanto, dado a sua crescente complexidade, viu-se obrigado a autodiferenciar-se em constitucional, administrativo, penal, comercial, e assim sucessivamente. Esse processo revela a evolução do sistema, que é diferente de desenvolvimento, que é passível de controle, enquanto a evolução não é controlável. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>7</sup> Surgem por autocatálise dos problemas de dupla contingência, que permitem enfrentar através de suas próprias operações. Tradução livre.

Mais ainda, um sistema social precisa diferenciar-se de seu ambiente e ter uma estrutura própria, ser fechado operativamente e aberto cognitivamente. Aliás, somente este fato pode justificar a ideia de irritação entre sistema do direito e sistema da saúde, o que, como já referido, muitos chamam de judicialização, ou *un sistema sociale, quindi, è un sistema distinto da un ambiente ed operazionalmente chiuso, cio è capace da sé i propri elementi e le proprie strutture* (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 213)<sup>8</sup>.

Percebe-se que em todas as sociedades, o sistema da saúde foi se diferenciando e se autoreproduzindo em contínua irritação com os demais sistemas sociais, em especial com o sistema do direito – aí fala-se em judicialização - e o sistema da política é obrigado a tomar decisões coletivamente vinculantes.

#### 4. O sistema médico: a doença frente à saúde

Nesta complexa e paradoxal sociedade, não se pode desconsiderar as observações de Luhmann sobre o sistema médico, ou melhor, sobre medicina, ele afirma que:

*Il sistema dela medicina o sistema di cura dei malati è uno dei sistemi parziali per della società differenziata per funzioni.  
Questo sistema si orienta primariamente all'ambiente della soceità, è concentrato sui problemi che osserva in tale ambiente: la comunicazioni al suo interno non si occupa di se stessa, bensì delle condizioni organiche o mentali degli umini* (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 213)<sup>9</sup>.

Interessante observar que Luhmann escreveu poucos artigos sobre o sistema médico, nos quais a saúde aparece sempre como parte do código binário saúde/doença, ou melhor: do código são/doente. Alerta Luhmann, no entanto, que os conceitos de são e de doente não indicam um particular estado físico ou psíquico, mas têm o valor de código, no qual o valor positivo é o da doença, e o negativo é o da saúde. Ou seja, o que vai importar para este sistema não é a saúde, mas sim a doença, já que só esta importa para os médicos. Para quem não entende a perspectiva da teoria, isso pode parecer absurdo, porém é fundamental destacar o que o autor quer dizer com isso: para os médicos, a questão a ser resolvida é a doença, não a saúde.

<sup>8</sup> Um sistema social é, então, um sistema separado de um ambiente e fechado operacionalmente, que é capaz por si só de seus próprios elementos e própria estruturação. Tradução livre.

<sup>9</sup> O sistema da medicina ou sistema de cura dos doentes é um dos sistemas parciais de uma sociedade diferenciada funcionalmente. Este sistema é voltado principalmente ao ambiente da sociedade, com foco nos problemas que se observam em tal ambiente: a comunicação interna não se ocupa de si mesma, mas das condições orgânicas ou mentais dos homens. Tradução livre.

*[...] non à niente da fare, consente solo di riflettere su ciò che viene a mancare quando si è malati. Il sistema della medicina opera, dunque, soltanto quando qualcuno si ammala. Corrispondentemente, vi sono molti malati ed una sola salute: la terminologia della malattia si sviluppa, mentre il concetto di salute rimane problematico o vuoto (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 143)<sup>10</sup>.*

Certamente Luhmann se referia às dificuldades de efetivar e dimensionar a própria definição da OMS sobre saúde, bem como as especificidades da saúde em cada comunidade. Outro aspecto relevante é que o valor significativo para o sistema da medicina não é o valor positivo (estar são), mas sim a doença. Em outros termos:

*I programmi della medicina si producono soltanto nel contesto della codificazione sano/malato e, quindi, sono orientati a la malattia [...] Poiché il suo valore positivo è la malattia, la medicina non ha neppure costruito una teoria della riflessione. L'agire medico deriva dal valore attribuito a la salute: ma la salute non crea collegamenti nel sistema e, dunque, non c'è nulla su cui riflettere (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 144)<sup>11</sup>.*

Com estas observações, pode-se perceber que Luhmann deixa indicativos para se pensar na saúde como um sistema social, em cujo contexto ele destaca a existência do código binário referido, mas alerta para a constatação de que o valor que vale é o positivo, ou seja, a doença: ela é quem faz o sistema funcionar e ser funcionalmente diferenciado dos demais sistemas sociais, mas sempre conectado nesta rede de comunicação que é a própria sociedade, como pode-se observar:

*La interdipendenze tra medicina e altri sistemi di funzioni sono molto importanti. Il sistema della medicina è strutturalmente accoppiato con l'economia, la scienza, il sistema giuridico e così via: la cura medica richiede decisioni politiche, conoscenze scientifiche, finanziamenti, regolazione giuridica. La interdipendenze non intaccano l'autonomia del sistema della medicina: posso non essere coinvolto in uffici di lavoro, sedute parlamentari, commissioni etiche, preti, parenti, ma la costruzione della malattia rimane materia della medicina (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 145)<sup>12</sup>.*

<sup>10</sup>[...] não dá para fazer nada, vamos apenas pensar sobre o que é perdido quando o indivíduo está doente. O sistema médico opera, então, só quando alguém fica doente. Do mesmo modo, há muitas doenças e uma só saúde: a terminologia da doença se desenvolve, enquanto o conceito de saúde continua a ser problemático ou vazio. Tradução livre.

<sup>11</sup>Os programas da medicina se produzem apenas no contexto da codificação saudável/doente e, por conseguinte, são orientados para a doença [...] porque o seu valor positivo é a doença, a medicina não tem sequer construído uma teoria da reflexão. O ato médico deriva do valor atribuído para a saúde: mas a saúde não cria ligações no sistema e, portanto, não há nada para refletir. Tradução livre.

<sup>12</sup>As interdependências entre medicina e outros sistemas de funções são muito importantes. O sistema médico é estruturalmente acoplado com a economia, a ciência, o sistema legal e assim por diante: a assistência médica requer decisões políticas, conhecimentos científicos, financiamento, regulamentação legal. As interdependências não afetam a autonomia do sistema da medicina: podem estar envolvidos escritórios de trabalho, sessões parlamentares, comissões de ética, padres, familiares, mas a construção da doença continua a ser uma matéria da medicina. Tradução livre.

Aqui tem-se mais indicativos da possibilidade, independentemente de Luhmann ter escrito, de a saúde se constituir em um sistema social. Além disso, ele aponta para o caráter transdisciplinar e intersetorial da saúde, mesmo afirmando que doença é matéria da medicina. Para os sanitaristas, essa abordagem pode render críticas, porém essa não é a preocupação: se quer mostrar que o autor deixa instrumentos suficientes para o entendimento da saúde como um sistema diferenciado funcionalmente. Outra passagem interessante que leva para este caminho é aquela na qual Luhmann afirma que o sistema médico pode ter também um código secundário:

*Si, afferma, invece, lapossibilità di un código secundario, grazie a la tecnologia genética: la distinzione geneticamente perfetto / geneticamente preoccupante permette di determinare una distinzione secondaria curabile / incurabile, riferita a la malattia: la cura dei malati viene poi richiesta suentrambi i lati del la distinzione* (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 147)<sup>13</sup>

Ou seja, Luhmann percebeu a complexidade que envolve o sistema da medicina e deixa espaços para novas reflexões que ultrapassam os campos médico, ético e político. Com isso, mostra que, evolutivamente, o campo da medicina vem se ampliando, motivado pela inflação das possibilidades de tratamento, bem como pelos seus custos.

A evolução dos sistemas não ocorre de modo isolado, pois ela depende de irritações do ambiente, e essas irritações, levando em consideração a tolerância do sistema, podem fazê-lo mudar suas estruturas, ou seja, produzir a si mesmo. Sistemicamente, é o que se pode denominar de *autopoiese*<sup>14</sup>. A autopoiese, por sua vez, é responsável pelo aumento constante das possibilidades até que a complexidade atinja um nível extremamente elevado, nível esse não suportado pela estrutura do sistema, levando-o a diferenciar-se.

O direito diferenciou-se, sofreu irritações do ambiente ao ponto de autoproduzir-se no tocante à saúde como direito, visto que, a partir das irritações do ambiente, ele processou-as conforme o seu código (binário) e positivou, reconheceu a saúde como direito. Essas irritações foram oriundas, especialmente, do Movimento Sanitário e de toda a lógica que permeou a mudança de paradigma na saúde: a saúde já não era mais um mero ato caritativo ou assistencial; passa a ser um direito constitucionalizado.

Esses aportes teóricos no tocante à constitucionalização do direito à saúde servem para compreender-se a evolução do sistema do direito. A Constituição de 1988, na qual aparece a

<sup>13</sup> Se afirma, no entanto, a possibilidade de um código secundário, graças à tecnologia genética: a distinção do geneticamente perfeito/geneticamente preocupante nos conduz a determinar uma distinção secundária curável/incurável, referida à doença: o tratamento e a cura dos pacientes são, então, necessários em ambos os lados da distinção. Tradução livre.

<sup>14</sup>Foi assim denominada pelos biólogos Maturana e Varela. Por ser uma teoria transdisciplinar, Luhmann trabalhou também com biologia, matemática e física.

positivação do direito à saúde, é fruto de uma malha de comunicações que confluíram para uma finalidade: reconhecer o direito à saúde na via constitucional.

O sistema do direito recebeu diversas irritações, tais como aquelas advindas do Movimento Sanitário, que podem ser observadas nos fatores mencionados no começo da análise constitucional. Com a institucionalização dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, a Constituição acabou por reconhecer a *supercomplexidade*, e é a partir disso que a Carta Magna pretendia responder aos anseios (exigências) do ambiente, por intermédio da comunicação produzida para que isso ocorresse (NEVES, 2007, p. 74-75).

Para concretizar-se o avanço propiciado por essa malha de comunicações, é preciso de um financiamento com bases legais sólidas e definidas, e essa é a discussão atual do financiamento público de saúde.

## **5. A saúde, o direito e a política: é possível estabelecer um diálogo?**

As irritações sofridas pelo direito na década de 1980 para constitucionalizar o direito à saúde é o que hoje possibilita acoplamentos, pois é a partir dos dispositivos constitucionais (em especial aquele que diz *saúde direito de todos e dever do Estado*) que permeiam o sistema do direito que o sistema da política poderá agir, algumas vezes, como é o caso, por meio de políticas públicas de saúde.

Os fatores que influenciaram essa estreita relação entre esses sistemas são a positivação do direito e a democratização da política. Essa relação é estreita; entretanto, eles são livres de coincidências e fechados no seu operar. Assim, é possível dizer-se que a democratização da política precisa de mais proteção jurídica ao particular, especialmente no que tange ao âmbito do direito constitucional (LUHMANN, 1998, p. 483).

A comunicação entre os sistemas do direito e da política foi/é muito importante, pois o sistema do direito, por si só, não consegue dar conta da efetividade da saúde, tampouco da pretensão de torná-la direito, lá nos anos 1980. Diante de um quadro de complexidade do ambiente, contingência, evolução social, foi possível acoplar isso ao direito, ou seja, os anseios político-sociais daquele momento irritaram o direito para que a saúde fosse direito de fato (expectativa normativa).

Todavia, quando acontece o acoplamento estrutural entre dois sistemas, o que ocorre é uma espécie de coordenação estável das operações respectivas (CORSI; BARALDI, ESPOSITO, 1996, p. 20), pois, caso ocorresse tal fusão, haveria a corrupção dos sistemas, gerando o caos.

Ainda sobre o acoplamento estrutural, cabe pontuar mais algumas considerações, visto que, como Luhmann (1996, p. 33), refere, é um *concetto difficile*. Por sê-lo, é oportuno trazer as ponderações do autor acerca desse mecanismo:

*Questo concetto pressuppone che ogni sistema autopoietico operi come sistema determinato da la struttura: esso cioè può determinare le proprie operazioni solo attraverso le proprie strutture. L'accoppiamento strutturale allora, esclude che dati esistenti nell'ambiente possiamo specificare, in conformità alle proprie strutture, ciò che accade nel sistema (LUHMANN; DI GIORGI, 1996, p.37).<sup>15</sup>*

O acoplamento estrutural é, então, um conceito de extrema relevância para a matriz sistêmica, pois é o mecanismo que possibilita ao sistema colocar em funcionamento os seus próprios elementos com as estruturas de outro sistema, sem causar confusão nos limites dos sistemas envolvidos no acoplamento<sup>16</sup>. Esse mecanismo não significa fusão entre os sistemas, como bem explicam Maturana e Varela (1997, p. 103) ao dizerem que “se durante a interação perdem-se as identidades das unidades interatuantes, a consequência disso pode ser a geração de uma nova unidade, porém não se verifica acoplamento”. Luhmann explica acoplamento estrutural da seguinte forma:

[...] referimo-nos a acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características do seu ambiente, confiando estruturalmente nele. O acoplamento estrutural é uma forma, uma forma constituída de dois lados, em outras palavras, uma distinção (LUHMANN, 1998, p.508).

Os acoplamentos estruturais causam irritações ou perturbações ao sistema, e a irritação é um processo interno dele, que é oriunda de algum evento que ocorreu no ambiente. Em outras palavras, a irritação é o modo pelo qual ele percebe os eventos ocorridos no ambiente. A limitação do contato do sistema com o ambiente constitui, justamente, as irritações. Neves (2007, p. 41) esclarece que:

[...] sistema não pode utilizar suas próprias operações para estabelecer contatos com seu ambiente. Todas as operações do sistema são exclusivamente internas. Todas as informações processadas são seleções produzidas internamente, a partir de um campo de diferenciação de possibilidades, delineado única e exclusivamente no interior.

---

<sup>15</sup>Esse conceito pressupõe que cada sistema autopoietico opera como sistema determinado pela estrutura, ou seja, pode determinar suas próprias operações somente através de suas próprias estruturas. O acoplamento estrutural, então, exclui que dados existentes no ambiente possam especificar, em conformidade com a própria estrutura, o que de fato ocorre no sistema. Tradução livre.

<sup>16</sup>Para o direito à saúde, o acoplamento estrutural da Constituição com a Política é extremamente relevante, pois gera reflexos para a saúde (LUHMANN; DI GIORGI, 1996, p.33).

Nesse sentido, toda comunicação é estruturalmente acoplada à consciência, visto que, sem ela, a comunicação torna-se impossível. Entretanto, essa consciência não é do sujeito da comunicação, mas sim do substrato da comunicação. Devido a isso, deve-se abandonar a velha metáfora segundo a qual a comunicação celebra a transferência de um conteúdo semântico a um sistema psíquico (LUHMANN, 1996, p.33).

Essa comunicação estabelecida deve ser compreendida como a síntese do processo comunicacional, que se constitui em três etapas indissociáveis: a informação, o ato de informar e a compreensão, que são o produto das seleções de sentidos realizadas não pelos indivíduos isoladamente, mas sim no próprio interior do sistema social. A comunicação produzida no âmbito da saúde foi fruto dos diversos discursos dos segmentos envolvidos: sanitaristas, profissionais da saúde, acadêmicos, movimentos sociais, dentre outros.

É possível observar que, a partir do acoplamento estrutural entre diversos subsistemas sociais no processo histórico de redemocratização do país, após um longo período de ditadura militar, chegou-se a uma nova conformação dos processos de comunicação social, por meio da generalização de novas expectativas normativas comuns, institucionalizadas no nível máximo constitucional. Evidencia-se isso por meio das vitórias constitucionais que resultaram no reconhecimento e tutela do direito à saúde.

No tocante ao direito à saúde, pode-se dizer que as suas expectativas normativas e a própria redefinição das funções do Estado brasileiro, em matéria de políticas públicas de saúde previstas na Constituição de 1988, resultam de um longo período de reordenação dos processos de comunicação e das inter-relações dos diversos sistemas sociais, marcados pela generalização de expectativas em torno da redemocratização e da redução das desigualdades sociais do país, causando um impacto concreto nas novas interações entre diversos atores sociais na luta pela concretização da saúde.

Cabe destacar que uma mudança no direito gerará uma mudança efetiva no funcionamento do SUS. Nesse caso, pode ser registrada como êxito político. Esse ato vai desencadear, simultaneamente, mudança na situação de vigência do direito, servindo de instrução para os tribunais, bem como para todos aqueles que queiram saber. Na sociedade de rede, um evento pode gerar demandas, consequências em outros sistemas, visto que eles estão conectados, já que a sociedade, para Luhmann, é uma rede, uma malha de comunicações.

No âmbito da política, isso significou um diálogo entre governo/oposição, manobras dentro deste cenário político. Isso é um pouco mais evidente no modelo democrático, pois o que reforça a democracia, dentre outras coisas, é esse embate/diálogo entre governo e oposição,

dentro da perspectiva de código binário dos sistemas. Essa característica não encontra nenhum ponto em comum dentro do sistema do direito.

A partir do contexto que expõe o direito à saúde ora como fruto da constitucionalização, ora como fruto de acoplamento estrutural, percebe-se que esse direito deve ser compreendido sob a ótica de um conjunto de deveres do Estado para com o cidadão, sendo que essas obrigações visam não só a minimizar ou a elidir as enfermidades, mas também garantir o pleno desenvolvimento de uma vida saudável.

Na Constituição de 1988, observa-se que o texto faz previsão para a saúde, inclusive, no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana. No que tange à nomenclatura direito fundamental, pode-se dizer que essa foi construída a partir da participação – por que não – inusitada, da população, cujo ensejo era a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 1980, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político.

Ainda no âmbito constitucional, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o direito à saúde. A partir disso, está na sociedade, que exerce o papel de legitimadora e legitimamente, o fundamento que institui de fato tal direito. Esse direito está amparado na autoaplicabilidade, que lhe é conferida a partir do direito concreto ligado ao conteúdo de autonomia, para então desenvolver-se como tal. Seguindo doutrina pátria, ele é uma norma programática, determinável de acordo com a autonomia, que estipula a ligação saúde/prestação estatal. Acaba por estabelecer-se um binômio no que tange à sua aplicabilidade.

São oportunas as contribuições de Ferrajoli no que concerne ao aspecto prestacional da saúde. O autor enfatiza que o direito à saúde é de alto custo, mas é muito mais valioso ao Estado propiciá-lo do que negligenciá-lo, pois essa negligência gera exclusão. Veja-se o que o autor diz sobre a complexidade do direito à saúde face à sua abrangência:

*Il diritto alla salute si configura peraltro come un diritto tipicamente molecolare. Esso include da un lato un diritto negativo di immunità, garantito dal divieto di lesioni: che l'aria e l'acqua non vengano inquinate, che non si mettano in commercio cibi adulterati, in breve che non si rechino danni alla salute; dall' altro, esso include un diritto positivo, tipicamente sociale, all' erogazione di prestazioni sanitarie (FERRAJOLI, 2007, p. 409)<sup>17</sup>.*

---

<sup>17</sup> O direito à saúde se configura como um direito tipicamente molecular. Este inclui de um lado um direito negativo de imunidade, garantindo a proibição de lesões: que o ar e a água não sejam poluídos, que não se coloquem no comércio alimentos adulterados, rapidamente que não se causem danos à saúde; de outro, esse inclui um direito positivo, tipicamente social, à prestação sanitária. Tradução livre.

A proposta do Estado de Bem-Estar Social foi incorporar a *questão social*, o que lhe conferiu um caráter eminentemente finalístico, propondo-lhe um caráter interventivo e promocional. Assim, o Estado Social passa a assumir funções atreladas diretamente ao seu principal ator: o indivíduo.

Pode-se dizer que esse processo de constitucionalização gerou algumas consequências jurídicas: abriu-se caminho para que todo indivíduo pudesse gozar do seu direito à saúde, visto que ela é um direito subjetivo, garantido pelo SUS, ao menos em tese; o direito à saúde ganhou uma perspectiva objetiva, sendo que passou a ser protegido não só pelo Estado, mas pela sociedade também, sem qualquer prejuízo do direito subjetivo, pois ainda é possível intentar ação judicial por ação ou omissão do poder público; coube a ele proteger a saúde na seara das relações privadas, no tocante ao legislativo estabelecer regras para disciplinar essas relações, mas em consonância com o texto constitucional (MANUÉS; SIMÕES, 2002, p. 477-478).

A constitucionalização do direito à saúde foi uma tentativa de reduzir a complexidade, porque na medida em que se positivava um direito, em tese, atende-se à demanda social de redução da complexidade, mas ao positivá-lo, tem-se a complexidade aumentada, pois, a partir disso, tem-se um leque de ações que se constituem obrigação para o Estado, e cria-se uma série de direitos advindos desse. Com a positivação do direito à saúde, assim como de qualquer outro direito, é preciso construir uma estrutura capaz de dar conta da concretização desse direito; apresentando-se, também, a possibilidade de exigí-lo judicialmente. Ou seja, torna-se ainda mais complexo, além de não excluir outras possibilidades de observação, como, por exemplo, a importância dos movimentos sociais ou o processo de redemocratização do país.

## **6. Desafios atuais do sistema da saúde – em notas conclusivas**

A construção teórica da saúde como um sistema social, em uma sociedade em permanente transformação é possível, embora apresente algumas limitações, as quais serão enfrentadas através do paradoxo limite/possibilidade. Ou seja, o limite que se apresenta para as nossas investigações é a não descrição teórica consistente até os dias atuais da saúde como um sistema social, e é exatamente nesta limitação que surge a possibilidade de entender a saúde como um sistema social autoreferencial e autopoietico, que se diferencia do seu ambiente e que tem uma estrutura própria. É através desta estrutura que, constantemente, ao reduzir a complexidade acabamos por incrementá-la, situação esta típica de sociedades diferenciadas funcionalmente em permanente evolução.

O modo de operar da Teoria dos Sistemas, de forma transdisciplinar construtivista, nos leva para o caminho da transformação social - com a qual, muito mais do que uma mudança que não altere determinada situação estruturalmente, ou uma reforma em que os reformadores nunca são reformados – opta-se por trabalhar com o conceito de transformação, pois este também rompe com a ideia da separação sujeito-objeto, uma vez que, ao transformar a sociedade, transforma também o ambiente da mesma.

Os conceitos de transformação e mudança social foram amplamente discutidos pelas ciências, mas – como esperado – não se tem uma única definição ou consenso. Para alguns, a mudança é vista como avanço ou como regresso ou como resultado de contradição. Luhmann não adota um ou outro pensamento, mas uma postura que de certa forma compila todas as concepções discutidas, fazendo uma construção nova através de desconstruções de antigas teorias. Luhmann agrega a ideia de mudança organizativa dizendo que esta se refere sempre e exclusivamente às estruturas do sistema, nunca às suas operações. Além disso, refere que este *mutamento*<sup>18</sup> é sempre um *mutamento* observado<sup>19</sup>.

Reações, manifestações provocam transformações no sistema social – é preciso olhar o passado para produzir novas alternativas. Em outros termos, quem decide leva em consideração o passado, a opinião pública, os movimentos de protesto, mas por fim, a decisão não é tomada por nenhum destes elementos; é tomada dentro da estrutura em que está inserida.

O problema é quando a decisão não é tomada dentro das estruturas, ou seja, pelas instituições que a compõem, tornando seus efeitos ainda mais imprevisíveis e, em muitos casos, corrompendo os códigos binários dos sistemas sociais. As estruturas não conduzem a transformações ou a não-transformações (LUHMANN; DI GIORGI, 1996, p. 273)<sup>20</sup>, mas estas devem se dar através delas.

Apresenta-se, ainda, a preocupação com alguns conceitos utilizados de forma banal e, muitas vezes, relacionando-os com a teoria sistêmica. É o caso da expressão judicialização, que reporta a uma série de reflexões: a) o direito à saúde é entendido como direito à assistência sanitária, este é um típico sinal da tendência de inclusão generalizada, do mesmo modo ocorre

---

<sup>18</sup> Que nós traduzimos como transformação.

<sup>19</sup> Il mutamento organizzativo è sempre un cambiamento osservato. [...] Ma il mutamento non osservato non è mutamento, poiché il sistema non può reagire ad esso. L'osservazione è necessaria perché altrimenti il mutamento non potrebbe essere introdotto nell'autopoiesi del sistema e non avrebbe quindi alcuna conseguenza (LUHMANN; DI GIORGI, 1996, p. 273). A mudança organizativa é sempre uma mudança observada. [...] Mas a mudança não observada não é mudança, porque o sistema não pode reagir a isso. A observação é necessária porque, de outra forma, a mudança não poderia ser introduzida na autopoiese do sistema e não haveria então nenhuma consequência. Tradução Livre.

<sup>20</sup> As mudanças de estrutura no sistema e as mudanças no ambiente têm seu lugar sem que haja uma coordenação; se devessem ser coordenados, deveriam se preocupar *ad hoc* pela casualidade que dela derivariam. Tradução Livre.

com o direito à educação, ao voto; b) imposição de atendimento à saúde por parte de um tribunal de maneira discricionária, o que revela um sério problema também para o sistema econômico, pois não existem recursos suficientes para o atendimento pleno da saúde.

Como consequência, os problemas de saúde são tratados pelo direito, fazendo com que a economia obrigue a política a intervir. Assim, todos os sistemas se agitam (se irritam, autoreproduzem, geram mais diferenças, em síntese: evoluem, o que não significa negativo ou positivo, controlável ou incontrolável). As pré-teses aparecem, mas o sistema da saúde continuará operando do modo como opera, em outros termos: vai operar com os recursos financeiros disponíveis, esperando que alguém vá provocar um processo de reforma ou transformação, imaginar uma possível reforma, depois uma reforma (ou não) dos reformadores.

Enfim, sistema da saúde ou da medicina? Para Luhmann, interessou somente esclarecer qual é a função da medicina e, por isso, tratou somente do sistema médico. A medicina cura as doenças, mas não produz saúde no seu sentido pleno, porque esta não existe! É necessário considerar sempre os códigos binários (doença/saúde, direito/não direito, etc.) que não indicam necessariamente a situação real, mas indicam comunicação, por exemplo: quando um juiz decide em favor de uma das partes, não significa necessariamente que a outra carece de direito, já que cabe ao juiz tomar uma decisão que demarca no sentido positivo ou negativo a própria decisão. Do mesmo modo, quando um profissional da saúde diz que alguém não tem uma doença, não afirma que tal pessoa é completamente sã; diz somente que não encontra motivos para intervir e, assim, marca a sua decisão. Neste sentido, o valor do código binário que tem cognitividade é o da doença, já que o indivíduo ativa o sistema quando privado de saúde.

## 7. Referências bibliográficas

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Claudio; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Golssario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi social**. Milano: Franco Angeli, 1996.

CORSI, Giancarlo. **Sistemi che apprendono**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

FERRAJOLI, LUIGI. Principia iuris. **Teoria del diritto e dela democrazia**. Editori Laterza: Roma/Bari, 2007.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffale. **Teoria della Società**. Milano: Franco Agnelli, 1996.

MANUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex. **Direito público sanitário constitucional. Curso de Especialização em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Ministério da Saúde. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

MARTINI, Sandra Regina. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DISCRICIONARIEDADE EM ROBERT ALEXY E O BALANÇO CRÍTICO ENTRE JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO**

**Mauricio Martins Reis**

*Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul*

**Gabriela Cristina Back**

*Mestranda em Direito pela Fundação Educacional do Ministério*

*Público do Rio Grande do Sul*

### **Resumo**

O objetivo do artigo é o de expor os argumentos defendidos por Robert Alexy para sustentar a sua original tese na Teoria dos Direitos Fundamentais (especialmente o posfácio da obra), abordando-se em particular a classificação das discricionariedades estruturais e epistêmicas, além da relação de vinculação dos poderes aos limites constitucionalmente estabelecidos. O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, mediante revisão bibliográfica específica sobre os conceitos desenvolvidos em abstrato, com contraste reflexivo em situações concretas do cenário jurídico brasileiro para se vislumbrar o possível impacto positivo que o estudo dessas discricionariedades poderia empreender para o desenvolvimento do Direito.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Judiciário, Legislador, Discricionariedade.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to present Robert Alexy's arguments to support his original thesis in the Theory of Fundamental Rights (especially the post-work), addressing the classification of structural and epistemic discretions as well as the relation of binding powers to the constitutionally established limits. The work will be developed using the deductive method, through a specific bibliographical review of the concepts developed in the abstract, with a reflexive contrast in concrete situations of the Brazilian legal context and the positive impact that the study of these discretion could have on the development of the Rule of Law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Judiciary, Legislator, Discretionary.

## 1. Introdução

A questão da ponderação e da proporcionalidade é vastamente estudada pelo meio acadêmico brasileiro, tendo em vista o número significativo de artigos e obras de natureza científica que se debruçam sobre o assunto em tela. Além disso, sua aplicação prática em tribunais é facilmente identificável pela singela constatação de referidos termos no bojo das decisões.

Um dos juristas que mais se notabiliza no estudo de ambas as temáticas é Robert Alexy, o qual tem sua obra estudada em todo o mundo, sendo que no Brasil o apelo ao seu nome é quase obrigatório em se tratando da análise da teoria da argumentação jurídica. No entanto, as contribuições do autor são muito mais vastas do que a específica abordagem da técnica de resolução de conflitos entre princípios constitucionais que estratificam direitos fundamentais.

O objetivo principal deste artigo consiste em apresentar os diferentes argumentos e análises efetuados pelo jurista alemão em sua relevante obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Referida apresentação permitirá aprofundar o estudo da relação entre as funções estatais do judiciário e legislativo, especialmente no tocante ao complexo panorama relativo aos problemas justapostos da interpretação jurídica, do estabelecimento da última palavra e da legitimidade das práticas discursivas com vistas ao desenvolvimento responsável da democracia constitucional.

O trabalho será desenvolvido mediante o emprego do método dedutivo, ademais de se adotar a pesquisa bibliográfica específica para dar suporte à investigação em torno do objeto de análise, sem descurar do emprego da pesquisa documental de instrumentos jurídicos (como lei e jurisprudência), pois se mostra imprescindível, além da leitura de textos acadêmicos pertinentes ao tema, a análise de documentos normativos propriamente ditos.

Na primeira parte do artigo será apresentada a tese de Robert Alexy e os conceitos fundamentais daquela obra capital em seu empreendimento teórico, bem como serão expostos os principais argumentos utilizados pelo autor na defesa posterior de sua tese, incorporados no posfácio do livro quase vinte anos após a publicação original. Para fins de uma melhor incorporação reflexiva, será realizado o cotejo simultâneo dessa análise com a posição crítica de alguns autores que procuraram dialogar com a teoria alexyana.

Na segunda parte, por sua vez, serão abordados alguns elementos normativos da experiência jurídica brasileira, seja em sede de jurisprudência seja no âmbito da legislação, que podem ser relacionados aos conceitos introduzidos pela gramática filosófica de Robert Alexy.

## **2. Comentários acerca da obra de Robert Alexy e a crítica à doutrina nacional sobre a ausência de aprofundamento necessário da tese alemã**

O jurista alemão Robert Alexy é autor de inúmeras obras e artigos na área da filosofia e do Direito, embora seja digno de nota que o reconhecimento do autor se difundiu principalmente em razão do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, fator que pode ser constatado no contexto brasileiro em virtude da recorrência de citações de aludido trabalho. Uma das teses centrais desse escrito é a de que direitos fundamentais têm a natureza de princípios, “independentemente de sua formulação mais ou menos precisa” (ALEXY, 2011, p. 575).

Nos tópicos a seguir delineados, serão esboçados os conceitos nucleares apresentados por Alexy no livro em questão, tanto no texto originário quanto no posfácio acrescentado em 2002. Ao final, serão feitas considerações relacionadas ao desdobramento reflexivo das análises complementares efetuadas pelo autor no posfácio, em especial levando-se em conta a circunstância prática da concretização normativa a partir do enfoque de duas situações jurídicas relevantes incidentes no Direito brasileiro.

### *2.1. Conceitos essenciais do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”*

O ponto de partida de Robert Alexy em sua obra mais difundida é o estudo das implicações práticas decorrentes da redação legislativa de um catálogo de direitos fundamentais, especialmente no âmbito constitucional. O autor, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, se propõe a dar “respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos”. Essa característica demonstra a preocupação de Alexy em não apenas teorizar acerca da fundamentalidade dos direitos, mas em oferecer contrapartidas racionais idôneas ao problema da viabilidade prática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 25-29).

Em complemento, importante sublinhar que a análise do autor objetiva responder a indagações concretas oriundas das decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) e das interpretações efetuadas a partir das disposições constitucionais alemãs (ALEXY, 2011, p. 51-65). Isso não impediu, contudo, que a sua tese fosse estudada pelos juristas das mais diversas nacionalidades e adaptada para diferentes

ordenamentos jurídicos com específicas peculiaridades, como aconteceu no Brasil<sup>1</sup>, dada a profundidade teórica decorrente da proficiente análise sobre normas jurídicas e direitos fundamentais<sup>2</sup>.

Um dos pontos essenciais da teoria de Alexy diz respeito à análise do sistema jurídico tido como um composto ou conjunto de normas jurídicas. Dessa forma, reforçando a teoria dos princípios, o autor defende a ideia de que os sistemas jurídicos são constituídos por dois tipos de normas jurídicas: regras e princípios. Portanto, regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se válidas, essas determinações devem ser aplicadas na sua totalidade, ou então sequer serem aplicadas. Por outro lado, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados. Para o autor, as normas de direitos fundamentais alemãs seriam qualificadas como normas “princípio” (ALEXY, 2011, p. 85-91).

A diferença entre regras e princípios evidencia-se com maior clareza no caso de conflito entre as normas jurídicas. Dessa forma, os conflitos de regras seriam resolvidos mediante a inserção de uma cláusula de exceção que solucione o conflito ou mediante o reconhecimento da invalidade de uma delas. Neste último caso, as tradicionais regras de validade entram em jogo, por exemplo, quando se utilizam os expedientes da cronologia, quando a norma posterior revoga a anterior, ou da especialidade, quando a lei especial derroga a lei geral (ALEXY, 2011, p. 92-93).

Já no caso de colisão entre princípios a solução não será a declaração de nulidade de uma das normas. Quando dois princípios colidem, por exemplo, quando um permite algo enquanto o outro proíbe o mesmo comportamento, “um terá que ceder”. Alexy diz que um princípio terá precedência sobre outro, dependendo do caso concreto. Assim, seria possível dizer que os princípios apresentam pesos, e que terá precedência aquele que tiver maior peso no caso concreto, o que será avaliado após o sopesamento desses interesses. Isso quer dizer que “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência

---

<sup>1</sup> Sobre o tema envolvendo a ponderação e a proporcionalidade, conceitos sistemáticos na obra de Alexy, existem diversas obras brasileiras específicas, dentre as quais, a título de exemplo, podemos referir: BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luiz Roberto (organizador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>2</sup> Klatt e Schmidt (2016, p. 199-200), conhecidos estudiosos da obra de Alexy, atribuem caráter “quase universal” da proporcionalidade como elemento fundamental ao direito constitucional.

condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” (ALEXY, 2011, p. 93-96).

Assim, nasce a fórmula  $(P_1PP_2)C$  que pode ser lida da seguinte forma: um princípio ( $P_1$ ) terá precedência ( $P$ ) sobre outro princípio ( $P_2$ ) a depender das circunstâncias do caso concreto ( $C$ ). O resultado dessa relação condicionada resultará em uma regra que prescreverá a consequência jurídica a ser realizada. Além disso, esse raciocínio permite ao autor concluir que não existe um princípio com precedência absoluta sobre qualquer outro, bem como demonstra a importância do caso concreto para a determinação do resultado da colisão (ALEXY, 2011, p. 97-99).

Os direitos fundamentais<sup>3</sup> possuem caráter duplo<sup>4</sup>, ou seja, têm feições de regras e princípios. Enquanto princípios, no caso de colisão de normas fundamentais, a resolução deverá ser feita mediante a lógica da ponderação (ALEXY, 2011, p. 86-144). É importante destacar, contudo, que alguns outros passos deverão ser realizados antes da ponderação. Isso porque a ponderação representa a terceira máxima decorrente do princípio da proporcionalidade.

A conexão ponderação-proporcionalidade, segundo o autor, “não poderia ser mais estreita”, uma vez que uma implica na outra. Isso quer dizer que da natureza dos princípios decorre logicamente a proporcionalidade em suas três máximas (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja, sendo os princípios “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” tem-se que a proporcionalidade em sentido estrito, ou, como também é chamada, a ponderação, permitirá a relativização jurídica do princípio (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Então, para se chegar a uma decisão de precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto, necessário fazer a ponderação desses princípios. A ponderação, por sua vez, é entendida como a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a terceira análise decorrente do princípio da proporcionalidade. Em outras palavras, de maneira bastante simplificada, pode-se dizer que a proporcionalidade é dividida em três máximas: a necessidade, a adequação e a ponderação.

---

<sup>3</sup> Sobre a definição do que seria uma norma de direito fundamental e o papel da argumentação jurídica para fundamentá-la, afirma o autor: “Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente (...). Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.” (ALEXY, 2011, p. 74-76).

<sup>4</sup> Acerca do caráter duplo ou dúplice das normas de direitos fundamentais, escreve Alexy: “Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo” (ALEXY, 2011, p. 144).

A análise da necessidade importa no desempenho da seguinte alternativa: que dentre duas medidas que permitem a realização de um princípio com a mesma intensidade, deverá ser escolhida aquela que afeta menos intensamente (ou seja, que restrinja menos) os direitos envolvidos na promoção do princípio. Ou seja, o objetivo do princípio não pode ser realizado por qualquer medida abstratamente adequada, muito menos por aquela que mais afete (ou restrinja) os direitos ou propósitos envolvidos na tutela casuística de direitos fundamentais, pelo que se pode dizer que a escolha por uma medida eficiente e menos gravosa ao cidadão (ou coletividade) será, então, necessária. A adequação, por sua vez, procura avaliar se a medida selecionada, tida como a que menos afeta a realização do princípio sob a ótica dos direitos envolvidos, de fato é capaz de realizar o seu objetivo. Caso a resposta seja afirmativa, então a medida será adequada (ALEXY, 2011, p. 119-120).

Importante mencionar a posição de Virgílio Afonso da Silva, tradutor e estudioso da doutrina de Robert Alexy, para quem a análise da adequação precede a verificação da necessidade, a qual, por sua vez, é anterior ao juízo da proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque a aplicação da proporcionalidade “nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras”, as quais se estruturam “de forma subsidiária entre si” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 34).

A ponderação, por sua vez, diferentemente das duas máximas anteriores, decorre da análise das possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização em colisão. Dessa forma, a ponderação pode ser formulada pelo seguinte enunciado, nomeado pelo autor como a regra do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 163-169).

Assim, a ponderação pressupõe a análise mais estrita da colisão entre princípios. É ela quem os coloca lado a lado, considerando e comparando a importância de realização de um e o grau de afetação no outro. A argumentação utilizada para realizar essa análise é que irá justificar a relação de preferência entre os princípios.

Portanto, percebe-se que a ponderação está inserida no princípio da proporcionalidade, e procura justificar a regra de precedência condicionada, a qual, por sua vez, explica a preferência de um princípio em detrimento de outro.

A flexibilidade ou maleabilidade da ponderação foi percebida de forma positiva pela academia, além de ter sido aplicada em larga escala pelos Tribunais, especialmente para a resolução dos casos difíceis, para os quais o tradicional raciocínio de subsunção de normas jurídicas não é suficiente ou adequado para a solução do caso concreto (BARROSO, 2006, p. 55-57).

A fórmula peso também apresenta papel de destaque na teoria de Alexy. Ela é muitas vezes confundida com a ponderação propriamente dita, o que leva autores como Humberto Ávila (2009, p. 143) a definirem a ponderação como um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.

A ponderação efetivamente encarna a representação lógico-matemática que possibilita a atribuição de pesos aos princípios colidentes, auxiliando, por conseguinte, na demonstração de prevalência de um sobre o outro, ou seja, na justificação da regra de preferência. Seus objetos de análise são as variáveis “I”, intensidade de intervenção, “G”, peso abstrato do princípio, e “S”, certeza das premissas apoiadoras (ALEXY, 2011, p. 603-619).

Dessa forma, pode-se ver que a distinção entre normas enquanto regras ou princípios, a observância metodologicamente acertada da configuração de uma colisão entre princípios e de um conflito entre regras, a definição do princípio da proporcionalidade em três máximas subsidiárias – adequação, necessidade, ponderação –, o estabelecimento de pesos para princípios colidentes no caso concreto, todas esses componentes corroboram a sedimentação de conceituações importantes para a adequada compreensão do vocabulário de Robert Alexy e da respectiva cadeia de argumentos utilizada em suas publicações.

## 2.2. *Nova argumentação*

A tese de Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais” foi alvo de muitas críticas. Assim, em 2002, o autor acrescentou um posfácio dedicado a responder aos argumentos “em torno da questão sobre se a tese da otimização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 575). Curiosamente, a crítica se divide em dois extremos opostos.

Parte dela entende que a teoria alexyana conduz a um modelo que enfraquece os direitos fundamentais. Isso porque, em se tratando de princípios, os quais podem ser ponderados no caso concreto, deixando à discricionariedade do judiciário definir qual a extensão do cumprimento dos correlatos direitos envolvidos, não haveria, efetivamente, qualquer “fundamentalidade” dos direitos com tal envergadura jurídica. Os direitos fundamentais não se diferenciariam dos demais direitos, não possuiriam qualquer forma de proteção especial à vista do seu caráter fundamental (ALEXY, 2011, p. 575-576).

Outra parte acredita que a teoria de Alexy culminaria na existência de uma realidade de excesso (ou de extrapolação desmedida) de direitos fundamentais. Entender direitos fundamentais como princípios implicaria na aceitação da sua influência no sistema jurídico de forma geral, demandando a ação positiva do Estado em grau crescente, em oposição à noção de direitos fundamentais enquanto barreiras à atuação invasiva do Estado. Além disso, haveria grave ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, haja vista a perda de autonomia do legislativo face à impossibilidade de alteração do catálogo de direitos fundamentais e à força normativa dos direitos fundamentais cada vez mais crescente a partir dos discursos de fundamentação do judiciário (ALEXY, 2011, p. 576-577).

Diante dessa oponível configuração, ao se defender a configuração normativa de direitos fundamentais enquanto princípios, não restaria outra alternativa senão optar por um desses quadrantes extremos, o que só seria possível por meio de um “Estado judiciário” potencializador desses direitos, ou, noutro polo, mediante a limitação desses direitos “à sua clássica função como direitos de defesa e, com isso, por um Estado legislativo parlamentar” (ALEXY, 2011, p. 578).

Nesse ponto, Alexy introduz novos conceitos a fim de responder a esses argumentos, expandindo a sua análise sobre a relação complexa entre Constituição, direitos fundamentais, legislativo e judiciário. O primeiro desses desdobramentos conceituais contempla a diferenciação de Constituição enquanto ordem-moldura ou com ordem-fundamento.

A Constituição como ordem-moldura se preocupa em responder o que deve estar contido na norma constitucional, e como ela altera a competência do legislativo. Assim, a ordem constitucional pode ser uma moldura que não estabelece limites substantivos ao legislador, apenas definindo o procedimento e a forma pelos quais o legislador terá que submeter as matérias ao regime legislativo (modelo puramente procedimental). A Constituição pode igualmente, em contrapartida, estabelecer deveres e proibições de conteúdo para toda proposta legislativa a ser conjecturada (modelo puramente material). No primeiro caso, haveria então um Estado legislativo, com ofensa potencial à força normativa dos direitos fundamentais, enquanto a segunda situação imaginada pelo autor configuraria um Estado judiciário, ofendendo-se em tese o princípio democrático e a separação dos poderes (ALEXY, 2011, p. 579-582).

Uma terceira variante da ordem-moldura, chamada pelo autor de modelo material-procedimental, consistiria na existência de elementos facultados e elementos não facultados (obrigatórios ou proibidos) (ALEXY, 2011, p. 582-583).

Por sua vez, a Constituição enquanto ordem-fundamento teria dois sentidos: quantitativo (ela nada faculta, pois contém um dever ou uma proibição para toda situação) ou

qualitativo (possui decisões fundamentais decididas para a comunidade) (ALEXY, 2011, p. 583-584).

Para a teoria dos princípios, a Constituição teria que ser uma ordem-fundamento no sentido qualitativo e uma ordem-moldura na sua terceira variante. Apenas assim haveria compatibilidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais, pois haveria respeito à competência do legislador – garantindo a sua discricionariedade mediante aquilo que é facultado pela Constituição enquanto ordem-moldura – e garantia de suporte da força normativa dos direitos fundamentais – uma vez que existiriam limites estabelecidos por aquilo que a Constituição não faculta ao legislador (ALEXY, 2011, p. 584).

Dessa forma, Alexy define o modelo de Constituição necessário para melhor garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais sem que haja prejuízo das competências constitucionalmente definidas e, conseqüentemente, para que se consubstancie a manutenção de relações saudáveis entre as funções estatais.

Sabe-se que o constitucionalismo alemão é referência no estudo das relações de poder, do estabelecimento de direitos e deveres e da imposição das atribuições legislativas, executivas e judiciárias decorrentes das normas constitucionais. Assim, o posfácio também se mostrou essencial para a aproximação da obra de Alexy em vista dos estudos tipicamente constitucionais, alargando ainda mais o espectro de análise da sua obra.

Estabelecidos os parâmetros constitucionais basilares para a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, passa o autor a expor na sequência do seu texto questões relativas aos limites atribuídos à discricionariedade do legislador. Dessa forma, ele introduz novos conceitos, como discricionariedade estrutural e discricionariedade epistêmica com as suas especificações.

A discricionariedade garantida ao legislador acima descrita é de ordem estrutural, pois decorre dos limites daquilo que a Constituição definitivamente obriga ou proíbe. Ela está contida, portanto, dentro daquilo que a norma constitucional faculta, e pode ser subdividida em três tipos, os quais serão brevemente expostos na sequência (ALEXY, 2011, p. 584-585).

A discricionariedade estrutural para definir objetivos permite que o legislador, diante de um direito fundamental que contenha uma autorização para intervenção ou que mantenha em aberto as razões para tanto, defina as finalidades a serem atingidas. Os interesses coletivos são, usualmente, inseridos nessa categoria (ALEXY, 2011, p. 585-586).

A discricionariedade estrutural para escolher os meios, por seu turno, está intimamente relacionada aos direitos positivos em sua regulamentação normativa, permitindo que o legislador decida por um meio dentre vários possíveis para concretizar o direito fundamental constitucionalmente definido (ALEXY, 2011, p. 586-587).

Por fim, a discricionariedade estrutural para sopesar determina que as escolhas do legislador devam ser pautadas pelas máximas do princípio da proporcionalidade. Isso porque, a otimização do princípio de direito fundamental envolvido não representa um ponto máximo a ser atingido e objetivado pelo legislador, mas representa a necessidade de análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser adotada pelo parlamento (ALEXY, 2011, p. 587-593).

A discricionariedade estrutural é aceita pela doutrina de forma ampla. Nas sociedades complexas da contemporaneidade, dificilmente poderia uma norma constitucional regulamentar todas as possíveis situações jurídicas envolvidas na vasta e intrincada gama (fático-normativa) de concretização dos direitos fundamentais. Por isso se vislumbra com recorrência a atuação das normas jurídicas abertas, com a utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais. É baseada nessa premissa que Alexy (2011, p. 123-135) entende problemática a defesa de um sistema puro de regras, diante da dificuldade de defesa dos direitos fundamentais nessas circunstâncias.

Assim, é próprio das Constituições democráticas a definição de seus direitos fundamentais na esteira de um programa mínimo constitucionalmente assentado, deixando à deliberação do legislativo e executivo, na medida das suas competências constitucionais, a competência para definir-se pelo conteúdo estendido (especificador) desses princípios. No entanto, não se pode olvidar que essa deliberação majoritária do poder político que culmina na edição das regras infraconstitucionais tem como condicionamento indisponível os limites estabelecidos pelo texto constitucional (BARROSO, 2006, p. 81).

Em virtude dessa análise sobre a discricionariedade legislativa que decorre dos limites normativos de uma Constituição enquanto ordem-fundamento e ordem-moldura, é possível afastar as críticas da primeira corrente, ou seja, no sentido de que o modelo alexyano enfraqueceria os direitos fundamentais. Isso porque a ponderação de princípios de direitos fundamentais não é arbitrária ou irracional e justifica-se pela própria natureza desses direitos. Existem limites que derivam da ordem-moldura, os quais devem ser respeitados durante o processo de sopesamento.

Quer dizer, é necessário garantir ao legislador uma margem de discricionariedade, o que decorre da própria natureza da Constituição enquanto ordem-moldura, para que também sejam respeitadas as competências constitucionalmente atribuídas para os três poderes (funções estatais). Isso não significa que o legislador – tampouco o poder judiciário no tocante ao controle e fiscalização das medidas editadas pelo arranjo legislativo – pode justificar qualquer tipo de intervenção em direitos fundamentais baseando-se na sua discricionariedade a partir da

competência em regulamentar tais matérias. Assim o é porque a própria Constituição estabelece limites (moldura) que não podem ser violados, ainda que à reboque do argumento em prol da discricionariedade das casas parlamentares.

Ademais, quanto à influência negativa da ponderação e ao seu contributo para o suposto enfraquecimento de direitos fundamentais, obtemperou Alexy que, nada obstante não se possa inferir com tom de certeza absoluta que o sopesamento conduza a um resultado racional (unívoco ou provável) para todo e qualquer caso, existe uma significativa quantidade de exemplos práticos que chancela a aplicação satisfatória de referido expediente, muitos deles extraídos de julgamentos pronunciados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (ALEXY, 2011, p. 594-595).

Por outro lado, é possível contrapor argumentos da segunda correte crítica, para quem a teoria de direitos fundamentais de Alexy, ao revés, confere força excessiva aos direitos fundamentais e retira o poder, por via de consequência, da esfera de competência advinda da discricionariedade democrática do legislador.

Além da compreensão de que existe de fato uma margem de escolha disponível ao legislador, seja para definir objetivos seja para escolher os meios para o alcance daqueles, a própria discricionariedade para sopesar, como visto, não exige uma única decisão do legislativo. Ainda, a própria técnica de ponderação permite algum grau de discricionariedade, visto que a atribuição de graus e de pesos depende da argumentação, sendo variável o resultado dependendo dessas atribuições. Ademais, no caso de empate do resultado da ponderação de princípios entre dois ou mais conteúdos normativos de concretização, há de se reconhecer que aquilo que a Constituição proíbe ou obriga culmina por integrar a discricionariedade estrutural, endossando-se a opção legislativa (ALEXY, 2011, p. 598-611).

Significa dizer que o legislador não está constrangido à adoção de um resultado único proveniente da ponderação. Na verdade, a ponderação é uma técnica que o auxiliará a selecionar, dentre as possibilidades inseridas na ordem-moldura, determinada medida racional e justificável por intermédio da argumentação. A argumentação é tarefa inerente à atividade jurídica. A sua racionalidade, no entanto, não é equiparada ao veredicto típico de uma “certeza conclusiva”, mas pode ser qualificada como a busca pela verdade por meio de um discurso que observe as regras do discurso racional (ALEXY, 2001, p. 181-182).

No entanto, uma questão permanece não esclarecida: como é possível esclarecer com justiça o que a Constituição obriga, proíbe ou faculta algo em virtude dos direitos fundamentais? Diante da incerteza em serem definidos os limites constitucionais, fala-se em discricionariedade epistêmica. Nesse caso, entra em jogo a relação entre princípios materiais e princípios formais.

Para a Teoria dos Direitos Fundamentais, será possível responder a tal controvérsia mediante a própria ponderação desses princípios.

Assim, novos conceitos surgem para ampliar a discussão acerca da obra de Robert Alexy: discricionariedade epistêmica e as suas premissas, bem como a distinção entre princípios formais e materiais. A incerteza em serem definidos os limites constitucionais decorre da insegurança das premissas empíricas e da insegurança das premissas normativas. A primeira insegurança atesta um “problema para qualquer fundamentação de direitos fundamentais” e é sentida mais sensivelmente no exame da necessidade e da adequação das medidas que intervêm nos princípios. A segunda insegurança revela uma “incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” (ALEXY, 2011, p. 612-614).

A questão da falta de segurança quanto às premissas empíricas decorre do conhecimento insuficiente para se determinar o alcance de determinado princípio e especialmente das consequências das medidas intentadas pelo legislador (KLATT; SCHMIDT, 2016, p. 212).

Conforme noticiado anteriormente, a discricionariedade estrutural é garantida ao legislador. Sendo assim, deve lhe ser garantida também a discricionariedade epistêmica? Em sendo positiva a resposta, para qual modalidade vislumbrada, a empírica ou a normativa? Para responder referido questionamento, Alexy lança mão da importância dos princípios formais.

Os princípios formais<sup>5</sup> ou procedimentais não definem qualquer conteúdo, apenas exigem que as “decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado”. Essas decisões, caso dependam de avaliações empíricas, incluem a competência do legislativo para deliberar nos casos de incerteza (ALEXY, 2011, p. 615).

Ocorre que nesses casos pode haver uma colisão entre os princípios materiais de direitos fundamentais e os princípios formais, uma vez que aqueles não permitem, nem ao legislador, a fundamentação de decisões desvantajosas para os direitos fundamentais baseada em premissas empíricas incertas, enquanto os princípios formais exigem que as decisões sejam tomadas respeitando-se o princípio democrático e o procedimento formalmente estabelecido pela Constituição (ALEXY, 2011, p. 615).

---

<sup>5</sup> A questão dos princípios formais é aprofundada no posfácio, visto que foi tratada no texto originário do livro como um assunto relativo ao tema da “hierarquia constitucional” (ALEXY, 2011, p. 137-139).

Nesses casos, novamente seria cogitável a opção dentre soluções extremas antagônicas. Ou haveria, então, a prevalência dos direitos formais, permitindo ao legislador a edição de normas baseadas em premissas extremamente incertas, podendo-se, inclusive, intervir excessivamente nos direitos fundamentais concretamente envolvidos, ou optar-se-ia pela primazia do âmbito material dos direitos fundamentais, de modo a restringir quase totalmente a capacidade do legislador em agir conforme a sua discricionariedade democrática, mesmo nas áreas de sua flagrante competência (ALEXY, 2011, p. 616-617).

Como se vê, a preocupação nuclear de Robert Alexy envolve a melhor forma de proteção ou de tutela dos direitos fundamentais, cuja análise invariavelmente toca o tema da observância da discricionariedade conforme a competência do ente legislativo em contribuir para a regulamentação normativa da sociedade nos moldes de uma salutar democracia constitucional. Para o autor, a melhor forma de tutela dos direitos fundamentais, respeitando-se os princípios materiais e formais, é a opção por uma solução intermediária, por meio da qual seria permitida ao legislador a intervenção em direitos fundamentais por meio de diferentes graus de certeza, a depender dos diferentes tipos de intervenções envolvidos (ALEXY, 2011, p. 617).

Tal raciocínio vai ao encontro da segunda lei do sopesamento formulada em sua obra, complementando a ideia defendida por ele no texto originário<sup>6</sup>, segundo a qual “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2011, p. 617).

Dessa feita, caso a intervenção em certo direito fundamental seja baseada em prognósticos “seguros ou certos”, mais facilmente poderá se sustentar tal medida. Noutra banda, se ela for justificada num nível “sustentável ou plausível”, mais dificultosa será a sua legitimação. Por outro lado, se essa intervenção tiver como base premissas apenas “não evidentemente falsas”<sup>7</sup>, a intervenção em direito fundamental visada pela discricionariedade do legislador será muito provavelmente bloqueada pelo controle judicial.

---

<sup>6</sup> A segunda lei do sopesamento complementa a primeira, que diz: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). Pode-se dizer, assim, que as leis do sopesamento estabelecem que os direitos fundamentais invariavelmente colidirão entre si – como se pode perceber diante das experiências práticas enfrentadas casuisticamente especialmente na jurisdição constitucional – tornando impossível o respeito integral e absoluto a um deles sem que haja influência prejudicial (mitigadora) ao outro. Dessa forma, devem os poderes competentes (legislativo e judiciário), no deslinde casuístico desses conflitos, objetivar o melhor alcance possível da tutela harmônica de ambos os direitos fundamentais em questão.

<sup>7</sup> Tal classificação nos moldes de níveis de controle, utilizada por Alexy, decorre da análise feita pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 50, 290 (333)) (ALEXY, 2011, p. 545).

Portanto, pode-se dizer que a segunda lei do sopesamento desempenha papel fundamental para a discricionariedade epistêmica empírica, determinando que “um direito fundamental poderá ser limitado apenas nos casos em que se tenha segurança sobre a verdade nas premissas empíricas” (KLATT; SCHMIDT, 2016, p. 201).

A preocupação com a qualidade das razões epistêmicas que justificam a intervenção em direitos fundamentais é um dos pilares constitutivos, pois, para o conjunto das formulações de Alexy no campo das relações entre democracia, Constituição e argumentação jurídica. Apesar da sua fundamental importância no domínio abstrato da teoria discursiva, a qualidade da argumentação deve ser também passível de efetiva verificação no discurso prático das razões conflitantes que se colocam em xeque cotidianamente no confronto diuturno de forças opostas reinante numa democracia de fato e de direito.

No entanto, esse ponto de vista em prol da racionalidade argumentativa do discurso só faz sentido (em compreensão e exequibilidade) se for possível utilizar as escalas de sopesamento para mensurar o grau de segurança relacionado às premissas em que se baseia o legislador (ALEXY, 2011, p. 619). Nesse sentido, destaca-se a observância da proporcionalidade e da ponderação, bem como o papel relevante da tese originária de Alexy exposta na sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Por esta razão, Alexy garante a análise das certezas empíricas por meio da inclusão da variável “S”<sup>8</sup> na sua fórmula de atribuição de peso. Klatt e Schmidt (2016, p. 211-217) defendem a ideia de ponderação da segurança das premissas empíricas, mas se preocupam igualmente com a escala de pesos atribuída pela entidade revisora. Tal ressalva importa em dizer que os graus de intervenção seriam sempre analisados a partir da atribuição de importância segundo a argumentação estabelecida pelo órgão julgador. Exatamente por conta de referida incidência, propõe-se a ponderação da própria classificação, isto é, ela mesma é colocada à prova, objetivando racionalizar o uso da métrica de pesos.

Assim, a discricionariedade epistêmica do tipo empírico só seria possível na hipótese de ocorrência do empate da “Lei da Classificação”, circunstância na qual se procede o exame da confiabilidade da própria classificação das intensidades. Isso quer dizer que “somente nos casos de classificação empatada, a discricionariedade epistêmica empírica apoia-se em

---

<sup>8</sup> As letras utilizadas para representar as variáveis da fórmula peso podem ser distintas conforme o autor que a utiliza. No presente trabalho será usada a representação da fórmula conforme estritamente exposta no posfácio do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 604-605). Quando necessário, foram adaptadas para este modelo as variáveis diferentes utilizadas por outros estudiosos.

incertezas sobre as premissas empíricas que são dadas”, e poderia o legislador nesses casos, portanto, tomar qualquer decisão (KLATT; SCHMIDT, 2016, p. 218-220).

Feitas essas considerações sobre a relação entre os princípios formais e os princípios materiais, retoma Alexy a indagação concebida inicialmente sobre qual o tipo de discricionariedade é facultado garantir ao legislador. Dedicar uma discricionariedade epistêmica ao legislador significa “conceder a ele a competência, em certa extensão – que é exatamente a extensão da discricionariedade cognitiva –, para determinar aquilo que a ele é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais”. Isso significa que poderia o legislador estabelecer os limites da sua própria atuação (ALEXY, 2011, p. 620).

A garantia de concessão de uma discricionariedade epistêmica empírica pode ser defendida nos moldes de uma conjectura razoável, condicionada ao suporte de índices transparentes veiculados na cadeia das razões formuladas no discurso intersubjetivamente válido, ou seja, mediante o apoio no efetivo controle de qualidade da argumentação e dos níveis de segurança estabelecidos como fatores influentes na gestão fiscalizatória das decisões.

Em contrapartida, a discricionariedade epistêmica normativa, à primeira vista, parece não ser sustentável, visto que “diluiria os limites da discricionariedade estrutural”. Assim, o legislador decidiria “como juiz em causa própria”, perdendo o vínculo de sujeição aos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 620).

No entanto, nos casos de incerteza normativa, essa discricionariedade parece ser inevitável. Pela relação entre direitos fundamentais e democracia, parece não ser possível que uma norma de direito fundamental possa limitar a discricionariedade epistêmica do legislador, a qual decorre do princípio da competência decisória do parlamento democraticamente assentado em legitimidade (ALEXY, 2011, p. 621-622).

Nesse ponto, Klatt e Schmidt (2016, p. 228-238) parecem discordar de Alexy. Os autores entendem que a discricionariedade normativa decorre da incerteza quando à classificação das variáveis “I” (intensidade de intervenção) e “G” (peso abstrato) da fórmula peso. Então, para resolver o problema da incerteza normativa, ambos propõem a aplicação da segunda lei da ponderação também para essas situações e sugerem consequentemente a divisão da variável “S”, adicionando à fórmula peso a variável  $S^n$ , ou seja, com vistas a embutir no procedimento elencado o elemento de certeza das premissas normativas.

Quer dizer, no caso de conflito entre dois princípios conformadores de direitos fundamentais, havendo um certo tipo de impasse limítrofe, ou seja, aquele tipicamente configurador do juízo de empate, quando resta impossível atribuir força maior de um princípio sobre outro – visto que cada qual procura a solução mais satisfatória para si a partir de seus

próprios meios em detrimento do outro –, nesses casos seria possível atribuir poder à discricionariedade do legislador para se incumbir de uma decisão.

Referida explanação não implica, contudo, que esse tipo de discricionariedade pode superar qualquer forma de vinculação do poder legislativo às normas de direitos fundamentais. Isso porque o legislador resulta vinculado à Constituição, pelo que não pode o princípio formal, isoladamente, relativizar ou menosprezar um princípio material de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 623-627).

Daí também avulta a importância do controle efetuado pelo judiciário dos atos legislativos, em especial diante da possibilidade envolvendo a restrição de direitos fundamentais. As prerrogativas do legislador decorrentes do princípio democrático exigem a escolha de premissas certas com o objetivo de concretização desses direitos, pelo que a fiscalização judicial se mostra indispensável para prover a garantia pública e indisponível de reverência aos ditames constitucionais (ÁVILA, 2009, p. 173-175).

De volta à questão dos princípios formais, problematizam Klatt e Schmidt (2016, p. 240-246) de maneira mais aguda aludido tema. Para os autores, a argumentação de Alexy com relação aos princípios formais “não é muito clara”, pois entendem que tais normas devem ser compreendidas apenas como regras de competência, desdobráveis então da “regra que atribui ao legislador e à corte constitucional a competência para decidir dentro da margem de discricionariedade epistêmica”. As regras de competência, os autores frisam, teriam mais influência na análise da discricionariedade estrutural do que no exame da discricionariedade epistêmica. Em razão disso, a discricionariedade poderia ser melhor compreendida pela análise das incertezas de classificação das variáveis da fórmula peso do que através da utilização dos princípios formais, os quais, por ornamentarem regras de competência, serviriam igualmente para justificar a revisão judicial.

Klatt e Schmidt (2016, p. 246-254) propõem a universalização da teoria da ponderação. Para possibilitarem essa medida, estabelecem uma análise em dois níveis da relação de competências e da vinculação aos princípios materiais: o nível da ponderação, relacionado às variáveis da fórmula peso com independência do controle jurisdicional e o nível do controle, “em que é possível rever as considerações sobre as justificações internas<sup>9</sup> e

---

<sup>9</sup> Klatt e Schmidt (2016, p. 247) esclarecem nesse ponto: “O controle da justificação interna significa a possibilidade da autoridade investida na revisão da decisão observar se a autoridade realizou a ponderação de maneira correta”.

externas<sup>10</sup> da ponderação”. Ou seja, inicialmente cabe ao legislativo identificar os princípios de direitos fundamentais colidentes e “testar a sua decisão” sem interferência do controle judicial<sup>11</sup>. Apenas em um segundo momento poderia o órgão julgador realizar o controle, estando autorizado, inclusive, a mudar os critérios e os pesos anteriormente atribuídos, o que deverá ser feito por meio da ponderação da classificação.

A proposta aqui articulada em rememorar a metódica da ponderação e da proporcionalidade a título dos principais aspectos do posfácio visa o aprimoramento constante – através da dialética entre teoria e aplicação do programa dos direitos fundamentais – e a possibilidade de aplicação da teoria alexyana num âmbito metodologicamente abrangente, podendo ser aproveitada por diversos modelos jurídicos. Isso só ressalta o ponto aqui defendido de aprofundamento do respectivo estudo por parte da doutrina nacional.

Conclui-se, destarte, que no cerne da argumentação utilizada no posfácio, preocupou-se Robert Alexy em corroborar o seu posicionamento favorável à tese publicada 20 anos antes. Ele alargou seu objeto de análise, introduzindo conceitos relativos à relação Constituição-Direitos Fundamentais-Legislativo-Judiciário a fim de confirmar mais uma vez a sua tese acerca da importância dos direitos fundamentais, da possibilidade de ponderá-los, sem que haja prejuízo à separação dos poderes e às competências constitucionalmente atribuídas, sem esquecer o grau de vinculação normativa oriundo do programa constitucional materialmente considerado.

### **3. Necessidade de análise das questões de discricionariedade**

Abordaremos nos tópicos sucessivos dois casos referenciais do cenário jurídico brasileiro, concluindo-se ao final com o alcance das possíveis implicações benéficas que o estudo das discricionariedades encampado por Robert Alexy é capaz de oferecer para o exame crítico-racional dos critérios normativos disponíveis no sistema jurídico, seja em sede de preceitos legais (discurso legislativo), seja no tocante aos julgamentos efetuados pelo judiciário.

#### *3.1. O caso do Habeas Corpus 124.306/RJ: descriminalização do crime de aborto*

<sup>10</sup> Complementam os autores (2016, p. 248): “O controle judicial relativo à justificação externa é mais problemático. Nessa, a questão de quem possui a competência para uma decisão final é o objeto de discussão e envolve a questão se e em que extensão a revisão judicial pode modificar as decisões da autoridade competente”.

<sup>11</sup> Aduzem ambos que “(t)anto a justificação das premissas quanto a ponderação em si deve ser realizada pela autoridade dentro de sua responsabilidade independentemente da relação com o controle judicial” (2016, p. 247).

Um caso paradigmático para a jurisprudência constitucional brasileira diz respeito ao Habeas Corpus 124.306 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, originário do Rio de Janeiro. O caso tratava de crime de aborto provocado por terceiro (artigo 126, Código Penal) e formação de quadrilha (crime de associação criminosa previsto no artigo 288, também do Código Penal), devido à administração por parte dos pacientes de clínica ilegal de aborto. Os argumentos do HC diziam respeito à suposta inexistência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (artigo 312, Código de Processo Penal), pelo que requeriam a concessão da ordem, com o objetivo de revogar a constrição preventiva e possibilitar a soltura dos pacientes.

O julgamento possui argumentos bastante distintos proferidos por cada julgador que integrou a deliberação decisória, merecendo destaque no presente estudo o voto-vista da lavra do Ministro Luiz Roberto Barroso. Para analisar a compatibilidade da norma penal com a Constituição, o Ministro analisou a possibilidade da criminalização de determinada conduta com base na “proteção de um bem jurídico relevante” e anotou a exigência de que “o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal” (BRASIL, 2017, p. 12-13). Na sequência, o Ministro aferiu a constitucionalidade do crime de aborto, listando os princípios afetados pela medida incriminadora estatal para empreender o que ele chamou de “teste da proporcionalidade”, momento em que explorou os três subprincípios componentes anteriormente listados no início deste artigo.

No plano da adequação, concluiu que a criminalização “é ineficaz para proteger o direito à vida do feto”, tornando a medida inadequada. Da análise da necessidade entendeu que “há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher”, tornando a tutela penal desnecessária para o cumprimento do direito fundamental que visa garantir. Por fim, a ponderação efetuada pelo juízo permitiu concluir que a tipificação penal da interrupção voluntária da gestação “confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher”, bem como “promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto” tornando a medida ilegítimamente constitucional (BRASIL, 2017, p. 13-26).

Desta panorâmica apreciação do voto-vista do Ministro Luiz Roberto Barroso convoca-se a exigência metodológica da doutrina de Robert Alexy para efeito de se legitimar – ou não – o tipo de julgamento efetuado naquele juízo, muito especialmente quando se trata do contraste casuístico judiciário diante de um critério normativo geral e abstrato envolvendo a

disputa argumentativa entre direitos fundamentais colidentes. Muito pode ser debatido a partir daquele julgamento, por exemplo, sobre a falta ou déficit de debate acerca da tipificação das normas em análise, se elas seriam regras ou princípios (o que seria elementar para a pertinência da utilização da tese alexyana), ou até mesmo questionar-se acerca da qualidade da argumentação utilizada para o estabelecimento concreto de pesos, mas enfatizaremos a deficiência de fundamentação do julgado no tocante ao tema da discricionariedade.

A única passagem do pronunciamento do voto-vista que trata a respeito do assunto refere o seguinte: “O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas” (BRASIL, 2017, p. 21). Toda a discussão sobre a competência legislativa e sobre a moldura constitucional se encerra nessa assertiva. Limitou-se, portanto, o julgador a afirmar a existência da discricionariedade estrutural garantida ao ente legislativo. Esse tema, conforme assinalado antes, é pacificamente aceito pela doutrina e não impõe um estudo mais profundo sobre seus desdobramentos.

Por outro lado, a problemática da discricionariedade epistêmica não foi abordada. Ainda que sejam identificadas no voto citações relativas ao direito comparado, decorrentes de estudos científicos sobre o tópico (importantes para a análise da discricionariedade epistêmica de ordem empírica), não questionou o julgador sobre a possibilidade de o discurso legislativo interpretar a norma constitucional que confere proteção ao direito do feto de forma a ultrapassar a moldura estabelecida pela Constituição.

A questão relativa ao aborto já foi tratada anteriormente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e incidentalmente abordada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, sendo que nas duas ocasiões houve menção explícita à ponderação, sem, contudo, evidenciar nelas o aprofundamento necessário da temática das discricionariedades, objeto maior do presente estudo.

Essa é uma das questões mais problemáticas e controversas do constitucionalismo e da política na atualidade nacional. É recorrente a aplicação de expedientes teóricos da doutrina de Robert Alexy pelos discursos de fundamentação conformados pela função jurisdicional, especialmente mediante o recurso (teórico e retórico) da ponderação de direitos fundamentais, mas a jurisdição constitucional – especialmente ela de quem mais se espera a maturação de responsabilidade argumentativas na democracia constitucional – ainda não aprofundou a sua análise quanto à extensão dos direitos fundamentais e a vinculação do legislador a esse programa normativo vinculante. É possível afirmar que caso fossem estabelecidos esses limites com mais afinco, seriedade e comprometimento institucional pela jurisdição especializada

(processo constitucional), teríamos um bagagem jurídica muito mais consistente e digna de contribuições positivas para a história político-social de nosso país.

### *3.2. O caso do Projeto de Lei n. 6.583/2013: a união homoafetiva*

Outro caso que pode ser beneficiado pela análise da discricionariedade no âmbito do processo legislativo diz respeito ao Projeto de Lei n. 6.583/2013, o qual dispõe sobre o Estatuto da Família. O expediente normativo tem relação de efeito a partir do julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, quando o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo a constitucionalidade da união homoafetiva, tomando-a congruente como um instituto jurídico tutelado pela Constituição Federal (nos moldes do artigo 226, CF), com a consequente proibição de discriminação de pessoas em razão do sexo ou orientação sexual, concedendo à sexualidade o caráter de direito fundamental do indivíduo.

Em decorrência desta decisão do STF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013 regulamentando o tema do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, seguindo o julgamento da nossa Corte Constitucional quanto à impossibilidade de distinção do instituto relativamente a casais homossexuais ou heterossexuais. A resposta do Legislativo a essas decisões foi o referido PL 6.583/2013. O projeto objetiva regulamentar o instituto da família, e logo no seu artigo 2º define como entidade familiar “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável (...)”<sup>12</sup> (BRASIL, 2013).

Assim, logo após a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, havendo-se estabelecido interpretação sistemática das normas constitucionais, intentou o legislador normatizar o mesmo tema com um critério diametralmente oposto.

O PL 6.583/2013 ainda está em trâmite no ano de 2018, e não houve até o presente momento a correlata lei promulgada sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal também não foi instado a se manifestar sobre o caso em sede de controle preventivo de constitucionalidade.

---

<sup>12</sup> Existem outras propostas, como o Projeto de Lei n. 470/2013 do Senado Federal (Estatuto das Famílias), que se adequam à decisão do STF e à regulamentação do CNJ, buscando regulamentar o instituto familiar nas suas mais diversas modalidades (vide o artigo 3º, que diz: “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”).

Parece que a solução para a situação descrita, caso fosse aprovado o PL 6.583/2013, seria a decretação superveniente de sua inconstitucionalidade, por via difusa ou concentrada, não havendo necessidade aqui de abranger os argumentos da discricionariedade.

No entanto, esse exemplo pode servir de exercício, ainda que meramente acadêmico, para se analisar o caso concreto sob a perspectiva da discricionariedade conforme tratada por Robert Alexy. Isso porque o que aconteceu de fato foi a insatisfação do legislador com a decisão do Supremo e a tentativa inequívoca de não aplicar – ou desrespeitar – o julgado.

Nesse sentido, as indagações que demandariam reflexões e respostas seriam de várias ordens. Poderia o legislador intentar certa medida baseada na sua discricionariedade normativa após o Tribunal Constitucional ter delimitado a moldura constitucional? Existiria possibilidade de revisão dos limites epistêmicos após a delimitação pelo órgão máximo judiciário?

Além disso, a partir do vislumbre dessa situação é possível verificar a fragilidade da relação entre legislativo e judiciário no cenário político brasileiro nos tempos hodiernos. Nesse contexto, fortalece-se a ideia aqui defendida de necessidade de aprofundamento do estudo da temática das discricionariedades enquanto limites às atividades jurisdicional e legislativa prejudiciais ou potencialmente lesivas aos direitos fundamentais.

#### **4. Conclusão**

Conclui-se que o estudo da obra de Robert Alexy no Brasil é essencial e de imenso valor, quer no âmbito acadêmico, quer no campo prático. Sua contribuição em benefício das garantias dos direitos fundamentais se mostra sem precedentes, sendo que a técnica da ponderação é considerada de interesse múltiplo com repercussões internacionais inequívocas.

No entanto, as contribuições do autor são ainda mais relevantes para o Direito Constitucional, especialmente em se tratando dos conceitos desenvolvidos por ele no posfácio da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. No Brasil polarizado politicamente e com as constantes menções à crise de representação e à crise judiciária, o estudo da vinculação às normas constitucionais e dos limites delas decorrentes, especialmente aqueles impostos ao legislador e à jurisdição constitucional, se mostra improrrogável.

Os direitos fundamentais, tomados enquanto princípios, podem ser ponderados, cabendo ao legislativo a escolha das medidas concretas que menos intervenham prejudicialmente nos direitos envolvidos pela normativa disciplinadora. Os princípios materiais determinam então que essas escolhas se constringam aos limites constitucionalmente estabelecidos, ou seja, fornecendo-se uma discricionariedade estrutural ao legislador. Já a

discrecionalidade epistêmica resguarda a opção legislativa no caso de incerteza quanto às premissas empíricas.

Por outro lado, os limites estabelecidos pela discrecionalidade normativa são os mais tormentosos, debatidos especialmente quando as opções legislativas parecem enfraquecer os ditames fixados pela orientação constitucional. São escassos os estudos sobre referidas discrecionalidades. A doutrina brasileira, especialmente os defensores da técnica da ponderação, devem desenvolver mais profundamente essa temática em pesquisas de fôlego. Os casos do HC 124.306/RJ e da PL 6.583/2013 comprovam os benefícios que poderiam ser alcançados com o aprofundamento dessas discussões.

## 5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy. 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros Editora. 2011. 669 p.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002, 23-50.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 2013.

Acesso em: 04/12/2017

Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1174113.pdf> >

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306 do Rio de Janeiro**. Acórdão da primeira turma do Supremo Tribunal Federal. Diário de Justiça. Julgado 17/03/2017. Publicada 27/03/2017. 49 p. 2017.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **A discricionarietà epistêmica no direitos constitucional**. Tradução e revisão: Fausto Santos de Moraes. In: A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais. MORAIS, Fausto Santos de; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (org). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2016.

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL  
COMO LIMITE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

**Lucas Gonçalves da Silva**

*Universidade Federal de Sergipe*

**Ana Patricia Vieira Chaves Melo**

*Universidade Federal de Sergipe*

**Resumo**

O norte substantivo da limitação da judicialização da política é a fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões, através de uma compreensão hermenêutica circular dos dados normativos e da realidade, num processo de concretização vinculado ao caso concreto, sob o paradigma do giro ontológico-linguístico operado em Heidegger e a fenomenologia hermenêutica de Müller. Limita-se o poder criativo dos juízes, para conferir controlabilidade jurídica e social das decisões judiciais, resguardar sua legitimidade democrática e promover a eficácia dos direitos fundamentais. Através de compreensão circular hermenêutica, com lastro em pesquisa bibliográfica, tratar-se-á do tema numa perspectiva da hermenêutica constitucional.

**Palavras-chave:** Judicialização da política, Limites, Fundamentação das decisões judiciais, Hermenêutica, Interpretação.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The substantive north of the judicialization of politics' limitation is the strict constitutional grounds of its decisions, through a circular hermeneutic understanding of normative data and reality, in a concretization process linked to the concrete case, under the paradigm of the ontological-linguistic turn operated in Heidegger and Müller's hermeneutic phenomenology. The creative power of judges is limited to confer legal and social controllability of judicial decisions, safeguard their democratic legitimacy and promote the effectiveness of fundamental

rights. Through a circular hermeneutic understanding, based on bibliographical research, the subject will be treated in the perspective of constitutional hermeneutics.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:**

Judicialization of politics, Limits, Grounds of judicial decisions, Hermeneutics, Interpretation.

## **1. Introdução**

A constitucionalização do direito<sup>1</sup>, na medida em que conferiu papel primordial ao Poder Judiciário, ampliando-lhe os poderes e papel criativo, conduziu à politização dos Tribunais e a uma insegurança jurídica. A função do Poder Judiciário de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos produzidos pelo Executivo e Legislativo, de efetivação dos direitos fundamentais e de guardião da Constituição demanda a criação de normas jurídicas, tomando para si função que, segundo a divisão dos poderes, pertence ao Legislativo.

A judicialização da política<sup>2</sup> e o ativismo judicial<sup>3</sup>, por sua vez, suscitaram questionamentos e opiniões contrárias, haja vista a falta de legitimidade democrática dos juízes para realizar escolhas políticas, em suas decisões, quando exercem o controle judicial (MACHADO, 2012, p. 118). Essa oposição à judicialização da política e ao ativismo judicial se verificou nos países da América que adotaram o modelo difuso-concreto de controle de constitucionalidade das leis e estabeleceram uma Corte Suprema, inclusive o Brasil.

---

<sup>1</sup> “[...] quando falamos em Constitucionalização do Direito estamos tratando da virada paradigmática ocorrida no Direito, e opor conseguinte da sua interpretação para o pressuposto calcado nos ditames principiológicos do texto constitucional (SILVA, 2015, p. 126).

<sup>2</sup> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 3). Frise-se que a judicialização é gênero, de que são espécies judicialização da política e a judicialização do direito, implicando, respectivamente, transposição ao Judiciário de matérias até então deliberadas e decididas pelas instâncias políticas, e das relações sociais *lato sensu*, à apreciação e decisão do Judiciário. (LEAL; ALVES, 2014, p. 6).

<sup>3</sup> Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos da América para designar uma atuação proativa da Suprema Corte, em especial uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais da Corte Warren, entre 1954 e 1969. No entanto, em sua origem era uma expressão conservadora e nela “[...] se encontrou apoio para a política da segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral [...]” (BARROSO, 2015, p. 49). Frise-se que a judicialização facilita o ativismo, além de não ser vinculada ao caráter liberal ou conservador da Corte. Ativismo conecta-se à ideia de movimento advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedade. (GERVASONI, LEAL, 2013, p. 90-92).

Impende ressaltar que, embora doutrinadores de escol os tratem como conceitos distintos<sup>4</sup>, a judicialização da política e o ativismo judicial envolvem o mesmo fenômeno e implicam os mesmos riscos. A transferência ao Judiciário de matérias até então decididas nas esferas políticas – judicialização da política – poderá acarretar um comportamento ativista, caracterizado por um comportamento proativo do Judiciário, em duas perspectivas: associado à interpretação constitucional e à interferência na esfera de atuação dos demais Poderes (LEAL; ALVES, p. 76).

No Brasil, pode-se afirmar, tal como Tocqueville (2002, p. 309), que raramente surge uma questão política que não é resolvida, cedo ou tarde, em uma questão judicial. (TOCQUEVILLE, 2002, p. 309). Com efeito, questiona-se se tal poder criativo atribuído aos juízes pode se justificar em uma democracia e, em caso positivo, em quais limites pode ser exercido democraticamente.

Nesse diapasão, verificar-se-á se a fundamentação das decisões judiciais constitui norte substantivo à limitação judicialização da política operando como legitimador político das decisões judiciais. Com este desiderato, faz-se necessário, primeiramente, perscrutar a relação intrínseca entre neoconstitucionalismo e judicialização da política. A partir desse suporte teórico, verificar-se-á este fenômeno jurídico no contexto brasileiro. Nesse sentir, estabelecer-se-á norte substantivo para impor limites à judicialização da política, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizar-se-á uma compreensão hermenêutica circular, nos moldes preconizados por Frederich Müller<sup>5</sup>, baseada em pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e estrangeira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a judicialização da política e sua relação com a constitucionalização do direito e com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, numa perspectiva constitucionalizante, com o fito de construir um quadro de referência teórica para traçar limites a este fenômeno jurídico.

---

<sup>4</sup> Segundo Luís Roberto Barroso “A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. [...]” (BARROSO, 2009, p. 17).

<sup>5</sup> Criador da Teoria Estuturante da Norma, Frederich Müller supera a dicotomia Sujeito-objeto, entendendo que a interpretação não se dá linearmente – dos fatos à lei ou da lei aos fatos – mas circularmente, não metodologicamente, mas de forma histórica. Para o filósofo, “o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo, que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento. A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-configurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos.” (GADAMER, 2008, p. 13).

## 2. A judicialização da política e o neconstitucionalismo

A constitucionalização do direito exsurgiu no Estado Constitucional de Direito, sob o influxo do pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre ética e direito e pela centralidade dos direitos fundamentais.

No contexto do pós-positivismo, os princípios passaram a ter total hegemonia e preeminência. Paulo Bonavides assevera que, com o advento das Constituições das últimas décadas do século XX, os princípios converteram-se em pedestal normativo sob o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Aponta, ainda, que “Essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios”, especialmente no tocante à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As constituições principiológicas, por sua vez, exigem atuação mais intensa da Justiça Constitucional substantiva<sup>6</sup> – o controle jurisdicional da constitucionalidade (TAVARES, 2012, p. 40).

O fenômeno mundial da expansão da jurisdição constitucional conferiu maior relevância ao Poder Judiciário, infirmado sua concepção como legislador negativo, de modo a tornar inequívoco seu papel criativo do direito. Haja vista a submissão da lei à Constituição, inclusive no que tange aos direitos e garantias fundamentais, reconheceu-se que o magistrado exerce a função de criador de normas, ou como aponta Marinoni (2009a, p. 21), criador de efetiva tutela de direitos, ainda que isso requeira o desconsiderar e/ou considerar parcial da lei.

No Brasil, a judicialização da política acentuou-se diante da desilusão com a política majoritária, em razão dos escândalos de corrupção e consequente crise de representatividade. A respeito deste fenômeno, Cappelletti (1993, p. 45) aponta o declínio da confiança no parlamento como elemento característico de todo mundo ocidental. Nesse contexto, o Poder Judiciário tomou para si as atribuições da interpretação normativa, com o escopo de resguardar os direitos fundamentais, passando a tomar decisões de conteúdo político e moral, inclusive em questões polêmicas. Destarte, a judicialização política – fenômeno mundial – tornou tênue os limites entre política e direito, criação e interpretação do direito.

As resistências à judicialização da política estão intrinsicamente ligadas à hermenêutica jurídica. Ainda é disseminada a crença entre os juristas em dois mitos dos

---

<sup>6</sup> “A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria).” (BARROSO, 2015, p. 50).

positivismos jurídico<sup>7</sup>: a de completude do ordenamento jurídico e inevitabilidade de decisões discricionárias.

Sem menoscar as conquistas epistemológicas do positivismo jurídico, suas contribuições para a sistematização da teoria do direito e, tendo em vista que a lei é um *tópos* importante (POSNER, 1992, p. 436), o pós-positivismo busca acrescentar-lhe uma teoria de interpretação e da decisão judicial. Assim, demonstra-se a superação das concepções de Direito que limitam o direito à norma estatal produzida (SILVA, 2015, p. 128).

Seja na escolas exegética francesa, seja na Jurisprudência dos Conceitos alemã, apresentava-se a lei como despidiende de interpretação. Todo esforço hermenêutico já teria sido feito pelo Legislador e, após um período de legitimidade das decisões sem fundamentação, a exigência de motivação foi introduzida na lei de organização judiciária da França 1790 como mecanismo de controle da magistratura, que, por estar ligada ao Antigo Regime, era vista com desconfiança pela burguesia (SCHMITZ, p. 53-54). Nesse contexto, concebeu-se o juiz como a “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>8</sup>, na expressão utilizada por Montesquieu (2010, p. 175). De acordo com a cultura positivista, cabe ao juiz, num raciocínio lógico-dedutivo, aplicar a lei através de uma operação silogística. Da dicotomia entre fato e direito, exsurge a decisão, que reproduz o sentido unívoco já contido na lei.

Diferentemente das escolas exegéticas, Kelsen (1985, p. 247) entende que a norma jurídica é uma moldura que admite diversas possibilidades de aplicação e que a construção da norma individual é ato subjetivo e relativo, insuscetível de controle. Malgrado a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1983, p. 76) não desconheça a existência de valores e uma justiça relativa, extrai da ciência jurídica o que há de valorativo para o campo da moral ou política, colimando segurança jurídica. Para Kelsen, a interpretação e aplicação do direito estão fora dos limites da teoria do direito.

O pós-positivismo propugna por uma teoria da interpretação e da decisão judicial. Conforme exposto em outra oportunidade, “[...] é na interpretação constitucional com o apreço pelo bom funcionamento da ciência jurídica que a preocupação do estudioso/intérprete deve recair” (SILVA, 2015, p. 134). Destarte, os limites entre direito e política nas decisões judiciais é perpassado pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição.

---

<sup>7</sup> Positivismo exegético e normativista (SCHMITZ, p. 52).

<sup>8</sup> “Consoante anota F. Callejón: A imposição da lei, é, assim, tão brutal que não deixa lugar algum para a construção teórica no primeiro positivismo, e menos ainda para a interpretação e criação do Direito fora dos limites da aplicação mecânica da lei. “ (TAVARES, 2014, p. 46-47).

### 3. Judicialização da política

A judicialização da política é um fato inelutável, decorrente do modelo de constitucionalização analítico e abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil (BARROSO, 2015b, p. 442-443). Por outro lado, a forma como o Judiciário exercerá essa competência indicará a existência e o grau de ativismo judicial – associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A ideia de ativismo judicial, portanto, é proporcional ao grau de discricionariedade que se confere à atividade jurisdicional. No entanto, por vezes, camufla-se esse poder criativo de normas sob o manto da interpretação.

São inúmeros os precedentes de postura ativista do Supremo Tribunal Federal, tais como a imposição de fidelidade partidária<sup>9</sup> e da vedação ao nepotismo<sup>10</sup>; liberdade de expressão e discurso do ódio<sup>11</sup>, possibilidade de união estável homoafetiva<sup>12</sup>, descriminalização do aborto em caso de fetos anencefálicos<sup>13</sup>, demarcação da reserva Raposa Serra do Sol<sup>14</sup>, bem como imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, em caso de inércia (criação de municípios<sup>15</sup>) ou de políticas públicas insuficientes (direito à saúde<sup>16</sup>). O ativismo judicial se justifica especialmente na seara da tutela dos direitos fundamentais.

Haja vista a participação ativa do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, no processo político, subjacente ao neoconstitucionalismo, a doutrina tece críticas à possibilidade de o magistrado moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito, apontando a existência de uma espécie de poder constituinte permanente (SARMENTO, 2009, p. 12). Aponta-se, assim, um excesso de discricionariedade judicial e questiona-se a legitimidade de certas intervenções da Justiça Constitucional, especialmente diante de decisões que geram insatisfação na mídia, no Governo e no âmbito político-partidário.

---

<sup>9</sup> ADI 5081(STF, 2015)

<sup>10</sup> Súmula vinculante nº 13 (STF, 2008) .

<sup>11</sup> HC 82.424/RS (STF, 2004).

<sup>12</sup> ADI 4.277/DF (STF, 2011).

<sup>13</sup> ADPF 54/DF (2012).

<sup>14</sup> Pet. 3388/RR (STF, 2013).

<sup>15</sup> ADI 2.240 (STF, 2007).

<sup>16</sup> RE 271286 AgR/RS (STF, 2000).

A esse respeito, Dworkin (2010, p. 54-62) sustenta que o juiz nunca deve legislar, porquanto ao juiz não cabe produzir o Direito, mas somente dizer o Direito já existente. Outrossim, para este filósofo, a seara das políticas públicas é terreno proibido, reservado à legislatura eleita. Cappelletti (1993, p. 42), em contraposição, assevera ser manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação legislativa e dos direitos sociais.

É certo que a judicialização da política justifica-se na seara dos direitos fundamentais e na proteção das próprias regras da democracia. Assim, não é possível excluir uma atuação do juiz constitucional ou ativismo, como implementador da Constituição e concretizador de direitos fundamentais. Em que pese não seja exclusiva sua função na implementação destes direitos, a sua competência para tanto decorre da opção do texto constituinte, o que se depreende de “institutos como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF e seus magistrados a guarda (final) da Constituição e o alocam como implementador da Constituição.” (TAVARES, 2012, p. 37). Ademais, é consequência inexorável das exigências fundamentais da pós-modernidade, econômicas, políticas, sociais e constitucionais. (CAPPELLETTI, p. 73).

Frise-se, ainda, que a judicialização das políticas, em especial das políticas públicas, propicia outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito jurídico. Trata-se de fenômeno intrinsecamente ligado ao Estado Social, visto que, “após a positivação dos direitos sociais, seguiu-se um processo de positivação de suas garantias, o que leva a um processo de judicialização de tais direitos [...]” (FRISCHEISEN, 2000, p. 97).

No contexto da Segunda Modernidade ou Pós-Modernidade<sup>17</sup>, redimensionaram-se diversos conceitos, tais como o de Estado-nação, soberania nacional e separação dos poderes. A esse respeito, pontuou-se, em outra obra, que “[...] a globalização, o aumento da interdependência dos Estados e das economias, da diminuição das fronteiras, do avanço das formas de comunicação, caracterizam esse momento contemporâneo, ou para alguns chamados de pós-moderno.” (SILVA, 2015, p. 134).

Após a Constituição de 1988, verificou-se crescente judicialização das demandas coletivas, como consequência de positivação dos direitos sociais e suas garantias, de modo que o Judiciário assumiu papel central na concretização dos direitos fundamentais. O caráter

---

<sup>17</sup> Expressão cunhada por Ulrich Beck para se referir à Modernidade Reflexiva, caracterizada pela globalização e consequente superação da ideia de Estado nacional como contêiner de determinada sociedade, pela individualização da sociedade, pela superação da oposição entre natureza e sociedade e esvaziamento do conceito de sociedade de trabalho (BECK, 2003, p. 23).

promocional da legislação social transformou a própria função jurisdicional, visto que passou a exigir dos demais poderes o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social. Nesse aspecto, Ana Paula de Barcellos (2014, p. 148) pontua que a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos e indeterminados transfere ao Judiciário um amplo poder de dizer o que é o direito. Diante disso, as escolhas judiciais demandam justificativas, sob pena de serem acusadas de arbitrárias e ilegítimas em um Estado Democrático de Direito.

Daniel Sarmiento (2007, p. 33) adverte que muitos juízes, deslumbrados pela possibilidade de alcançar justiça através da aplicação dos princípios, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Por conseguinte, não se deve descuidar de impor limites à judicialização da política, sob pena de incorrer nos perigos do decisionismo judicial.

#### **4. Limites da judicialização da política**

Com o escopo de abordar os limites da judicialização da política, impende invocar as lições de Hart (1983, p. 123-144) acerca do pesadelo – *jude made law* – e o “nobre sonho” – a aplicação formalista do direito legislado, dois extremos de um fenômeno das decisões judiciais. Diante deste paradoxo, invoca-se a conclusão de Hart de que, na prática, os juízes às vezes descobrem e às vezes produzem o direito e o ato de interpretar – pressuposto do direito – envolve tanto a criação quanto o descobrimento. E isso implica o risco de politizar os tribunais.

Segundo a análise de Hart, os juízes americanos, em especial no primeiro período de ativismo judicial, entre a Guerra Civil e a *New Deal*, sob o fundamento da *due process clause*, julgaram inconstitucional diversas legislações sociais e econômicas de bem-estar social, aplicando, de fato, doutrinas pessoais políticas e econômicas do *laissez-faire*, como se encontrassem, de modo imparcial, alguma solução já latente naquela cláusula, supostamente acima do nível da política (HART, 1983, p. 127). A fim de ilustrar a judicialização da política, Hart invoca a decisão da Suprema Corte de 1973, que eliminou completamente a secular legislação contra o aborto em diversos estados-membros da União, contrariando a opinião moral de grande parte da população, em nome do direito à privacidade, o qual não é mencionado em nenhum lugar da Constituição, mas foi lido no *due process clause*.

Diante deste paradoxo, invoca-se a conclusão de Hart de que, na prática, os juízes às vezes descobrem e às vezes produzem o direito e o ato de interpretar – pressuposto do direito – envolve tanto a criação quanto o descobrimento. Logo, a decisão judicial deve ser proferida de

acordo com os princípios e valores estabelecidos no sistema, os quais exercem um papel de constrangimento sobre a escolha judicial, consoante a leitura do “nobre sonho” de Karl Llewellyn (HART, 1983, p. 136).

A decisão judicial, em que pese tenha uma dimensão política, deve encontrar lastro em argumentos de princípio e não de política, aplicando-se a ideia de integridade de Dworkin<sup>18</sup>. Com efeito, deve-se compreender a limitação da jurisdição no sentido de fundamentar as decisões judiciais com argumentos de princípio, os quais buscam resguardar e garantir direitos já estabelecidos pela Constituição (SCHMITZ, 2015, p. 202-203).

O fenômeno jurídico não é concretizado por um sentimento ou vontade do julgador. Deve-se combater o uso estratégico da jurisdição, quando o juiz, com base na preferência subjetiva por um determinado resultado, aplica ou não um enunciado de súmula ou interpreta a norma de uma ou outra maneira, sem motivar a decisão (SCHMITZ, p. 204).

No Brasil, a prática jurídica demonstra que é corrente a prolação de decisões cuja fundamentação bem se aplica a qualquer caso. Em diversas liminares, discorrem-se páginas a respeito dos seus requisitos legais, colacionam-se jurisprudências e não se despende um parágrafo sequer para apreciar o caso concreto. Outrossim, é corrente a aplicação de um dispositivo legal como fundamentação da decisão, sem proceder um esforço argumentativo, ocultando-se a sua ação criativa, sob o argumento de que o texto é claro. Reproduzem-se enunciados de súmula e julgados como se fossem suficientes para fundamentar a decisão judicial, baseando-se na crença de que a súmula é a norma extraída do texto e pode ser aplicada de forma mecânica. Nesse aspecto, é mister lembrar que não há norma pronta a ser mecanicamente aplicada e que o processo hermenêutico sempre se faz necessário.

Na aplicação dos direitos fundamentais, dada sua natureza principiológica, os Tribunais rotineiramente invocam o princípio da proporcionalidade com fulcro na teoria de direitos fundamentais de Alexy (1997, p. 160-172), mormente nos casos em que não há regra expressa sobre a questão *sub judice*. Nesses casos de judicialização da política e de ativismo judicial, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e a técnica do sopesamento, constata-se, num processo silogístico, a existência de conflito de princípios, invoca-se o princípio da proporcionalidade, porém não se fundamenta a escolha ou a invalidação da norma. Virgílio

---

<sup>18</sup> Dworkin diferencia política de princípio, *in verbis*: “Denomino ‘política’ que será aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar um situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2010, p. 36).

Afonso da Silva enfatiza que a invocação da proporcionalidade na jurisprudência do STF<sup>19</sup> é, não raramente, um recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Com efeito, o silogismo é despido de fundamentação racional e estruturada, constituindo em raciocínio simplista e mecânico.

Diante dessas práticas, é inegável que se impõe a limitação da judicialização da política nos Tribunais em prol da democracia. Nesse aspecto, é mister ressaltar que, malgrado esta imponha limites àquela, não se constitui empecilho, com sustentam alguns escritores do tema<sup>20</sup>. Como afirma Mauro Cappelletti (1993, p. 88), “a ‘orgia’ da criatividade judiciária [...] não seria menos perigosa do a ‘orgia’ da legislação [...]”. Acrescenta, ainda, que a acentuação da criatividade judiciária foi em larga medida consequência do crescimento dos próprios ramos políticos e da necessidade de promover um controle efetivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 89-90).

A judicialização da política deve realizar-se a partir de parâmetros a fim de não conduzir à ineficácia dos direitos fundamentais. Conforme pontua Cappelletti, “Discrecionabilidade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador de direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certo *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 25)

É certo que o poder criativo da função judiciária não significa direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto, visto que está sujeito a limites substanciais, malgrado não de forma absoluta e completa. Ocorre que, na linha propugnada por Mauro Cappelletti (1993, p. 26 e 74), esses limites substanciais não são a nota distintiva da atividade judiciária – quando a atividade do juiz é livre para basear suas próprias decisões em preceitos vagos e não escritos da equidade – do papel do legislador. Haja vista não haver, do ponto de vista substancial, diferença ontológica entre os processos de criação do direito legislativo e judicial – ambos são *law-making processes*, eles se distinguem pelo aspecto processual – o modo de criação judiciária em relação ao modo de criação legislativa.

Destarte, faz-se necessária uma fundamentação específica e consistente das questões de fato e de direito na decisão judicial a fim de estabelecer limites à judicialização da política ou, como afirma Hart (1983, p. 136), um constrangimento sobre a escolha judicial. Isso porque a motivação das decisões judiciais estabelece a conexão da atividade decisória com o caso

---

<sup>19</sup> HC 76.060-40 (STF, 1998).

<sup>20</sup> Por todos, Edinilson Donisete Machado. (2012, p. 153-158).

concreto, promove a imparcialidade do juiz ao controlar sua discricionariedade, além de constituir elemento fundamental para o regular exercício do contraditório.

A respeito do dever de motivar, sustenta-se, compartilhando o entendimento de Michele Taruffo, que o dever de motivar não é somente formal, consistente em palavras que acompanham o dispositivo afirmando os fatos se verificaram, mas sobretudo material, determinado por um raciocínio justificativo idôneo a demonstrar que aqueles enunciados podem ser considerados verdadeiros. Desta forma, a motivação propicia um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade das decisões judiciais, de modo a superar a difundida concepção segundo a qual a motivação não seria outra coisa senão um discurso retórico-persuasivo (TARUFFO, 2012, p. 274)

A maneira de fundamentar as decisões judiciais deve-se pautar não em um método específico, que racionalize, posteriormente, uma compreensão que já ocorreu, incorrendo no que Müller (2013, p. 97-99) denomina de cripto-argumentação – uso de argumentos pelo juiz para esconder convicções pessoais, opiniões políticas, argumentos não expressos, destinados a conferir uma falsa legitimidade e racionalidade às decisões. Deve-se pautar em uma compreensão circular hermenêutica, de modo a superar o esquema filosófico sujeito-objeto, consoante fenomenologia hermenêutica de Frederick Müller. Com efeito, a fundamentação “faz parte do círculo hermenêutico e, como princípio constitucional, ela é a própria explicitação do ato de mover-se nesse círculo, constituindo a própria condição de possibilidade dele.” (MOTTA, p. 97).

Segundo Gadamer (2008, p. 406-407), compreensão, interpretação e aplicação constituem um processo unitário, integrantes do processo hermenêutico. Assim, não há interpretação em abstrato, com o escopo de revelar o sentido unívoco da norma, para, posteriormente, aplicá-lo em um caso concreto através do silogismo, como propunham as correntes do positivismo. Assim, fundamentar não é explicitar a interpretação. Lênio Streck (2012, p. 31) sintetiza a relação entre interpretação, compreensão e aplicação: “Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”.

A hermenêutica interpretativa proposta neste artigo para limitar a discricionariedade das decisões judiciais no contexto do fenômeno jurídico da judicialização da política tem por fundamento filosófico o giro ontológico-linguístico operado em especial por Heidegger (2006, p. 34-55) e a superação das dualidades da metafísica da consciência. A filosofia da consciência retira a essência das coisas do objeto e transfere para o sujeito cognoscente, tendo caráter

subjetivista, assentado no pensamento humano. Pressupõe o esquema sujeito-objeto, presente no pensamento racional cartesiano do homem como fundamento último da compreensão do mundo, e revolucionada mas não superada por Kant (1980, p. 13), que entende o homem-sujeito como constituidor do sentido das coisas-objeto.

Em Heidegger (2006, p. 38-40), por outro lado, o sujeito da subjetividade é substituído pelo “ser-aí”, composto pelo um “ente” objetificado e por um “ser” ontológico, que compreende as coisas antecipadamente, sem se desvincular da sua própria facticidade e de sua história. Tendo como condições de possibilidade a historicidade e a linguagem, Heidegger desconstrói a subjetividade e a construção matemática do conhecimento. Por conseguinte, entende-se que a interpretação é a manifestação de algo que já compreendemos (SCHMITZ, 2005, p. 46-48).

Através da fenomenologia, são superadas as dicotomias da metafísica clássica, tais como as que se operam na ciência jurídica entre questões de fato e do direito, interpretação e aplicação, decidir e fundamentar (SCHMITZ, 2015, p. 45). Dentro da hermenêutica filosófica de Gadamer, a linguagem deixa de ser instrumento para a compreensão do mundo para ser constituidora do mundo.

Sob o paradigma de uma compreensão hermenêutica circular de Müller, intérprete (sujeito) e objeto (leis e fatos) já não podem mais ser compreendidos separadamente, sem compromisso com a realidade e o mundo concreto. Assim, o sentido não fica adormecido na lei, mas é atribuído pelo intérprete durante o processo de compreensão. Superada a dicotomia entre teoria e realidade, a norma pós-positivista não é abstrata, um imperativo ou estrutura material existente, nem se confunde com texto normativo (MÜLLER, 2013, p. 54).

Segundo a Teoria Estruturante da Norma de Müller, norma é resultado da interpretação, é decisão que somente existe diante da facticidade concreta, que condiciona a existência da norma. Para a concretização da norma, o texto normativo configura o dado mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente (MÜLLER, 2013, p. 55). Com efeito, não seria possível a prevalência de um argumento puramente juspolítico que não encontre qualquer base no texto normativo, “[...] Muito pelo contrário, o texto constitucional é necessariamente o ponto de partida de uma operação interpretativa válida” (SILVA, 2015, p. 136). Ambos são coconstitutivos da norma, pois ao mesmo tempo que a norma é aplicada ao caso, este é aplicado à norma (MÜLLER, 2008, p. 120 e 247). Müller explicita dois conceitos jurídicos essenciais para o controle da subjetividade nas decisões judiciais: programa normativo – gama linguística de possibilidades interpretativas do texto normativo – e âmbito normativo – facticidade concreta. Ambos tem por finalidade definir os limites reais de aplicação

do direito. Essa teoria coaduna-se com a concepção de Direito e fenômeno jurídico adotada por Lucas Gonçalves da Silva (2015, p. 218) em outra obra:

Entretanto, embora deixado claro que a concepção de Direito aqui aplicada vai muito além do direito como norma produzida pelo ente estatal, do Estado, este é imprescindível, sendo ao mesmo tempo fundante e fundado por ele. Em outras palavras, a necessidade de entender o fenômeno jurídico necessita da compreensão do Estado e das relações e interações sociais que coligiram para a formação desse Estado e dos paradigmas a serem aplicados pela ciência jurídica. Dessa forma, não pode se fazer um estudo pretensamente científico do Direito ignorando as matizes históricas e filosóficas do Estado criador e ao mesmo tempo produto dessa mesma ordem jurídica (SILVA, 2015, p. 218).

Tendo por paradigma a Teoria Estruturante, o intérprete/aplicador não pode ter discricionariedade ou arbitrariedade no momento da compreensão, pois é condicionado pela facticidade (SCHMITZ, 205, p. 73). Como já assentado em outra ocasião, “[...] com a teoria estruturante não se visa transformar um Estado de Direito em Estado Judiciário[...]” (SILVA, 2014, p. 200). Compartilhando este entendimento, Lênio Streck (2012, p. 43) assevera que o intérprete não está autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária, como se texto e norma estivessem separados.

O esquema de silogismo jurídico, que ainda permeia a mentalidade jurídica no país, transforma a compreensão em um esquema de solução jurídica de lógica formal, conferindo aparência de legitimidade a decisões baseadas em preferências pessoais. Ovídio Baptista (2008, p. 145) adverte que a não superação do positivismo nos tornará “vítimas das mais variadas formas de arbitrariedade, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da ‘vontade da lei’, em sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir”.

A metódica dos cânones de interpretação da hermenêutica clássica – gramatical ou literal, exegética, teleológica, entre outras – constitui racionalização posterior de uma compreensão, envolvendo falsa argumentação para decisões judiciais discricionárias. Destarte, não é epistemologicamente adequada como motivação judicial (SCHMITZ, 2015, p. 113). O intérprete escolhe o método que lhe agrada para justificar seu subjetivismo. Frise-se que correm-se tais riscos mesmos nas decisões pautadas em normas “claras e expressas”, fora dos limites da judicialização da política. Trata-se de fenômeno inerente à interpretação e aplicação do direito.

A esse respeito, Schmitz (2015, p. 71) assevera, com supedâneo na teoria estruturante da norma, que não é a vontade do legislador, nem a vontade da norma, nem mesmo exclusivamente a vontade do julgador que ditarão o conteúdo do direito, mas a junção desses elementos em constante relação com a realidade. Assim, o jurista, em um movimento circular hermenêutico, verifica se o âmbito normativo se amolda ou é relevante para o programa normativo, que, por sua vez, já foi elaborado em decorrência da facticidade apresentada pelo âmbito normativo.

Gize-se que não é epistemologicamente coerente com o pós-positivismo a ideia de que se devem utilizar elementos extratextuais somente quando o ordenamento for omissivo, na lacuna da lei (SCHMITZ, p. 206). Tais elementos não se circunscrevem aos casos de judicialização da política e de ativismo judicial. José Rodrigo Rodriguez (2013, 2008) leciona que textos normativos “abertos” não implicam maior espaço para manobras interpretativas. Significam, por outro lado, maior responsabilidade política no momento de reconstruir a história institucional daquele conceito jurídico, demandando um esforço argumentativo maior. Destarte, textos normativos fechados não significam maior segurança jurídica. Ao contrário, implicam maior risco de que sejam aplicados sem a necessária fundamentação e necessária correlação com o caso concreto, sob a alegação de sua clareza. Disfarçam-se, ainda, as escolhas subjetivas feitas pelo juiz.

Conclui-se, pois, que os temores em face da judicialização da política devem-se, em grande parte, à influência positivista ainda presente na doutrina e prática jurídica no Brasil e à aplicação da hermenêutica jurídica clássica. Por isso, impende ressaltar que, ainda quando há texto normativo claro e expresso, estabelecendo o programa e o âmbito normativo, faz-se necessário o ato de interpretação e compreensão. Cada norma jurídica é irrepetível (SCHMITZ, p. 71). Os textos normativos se descolam da intenção do legislador no momento da sua entrada em vigor e seu sentido muda conforme o substrato fático-valorativo que o fundamenta (PEREIRA, p. 15).

Deve-se respeitar, com maior rigor, o programa e âmbito normativo dos princípios jurídicos invocados por ocasião das decisões judiciais com conteúdo político, numa compreensão hermenêutica circular, vinculada à realidade concreta. Impende ressaltar que o controle sobre o magistrado é diretamente proporcional ao seu poder criativo a fim de combater o decisionismo judicial. Não significa isto que os juízes devem se sobrepor à primazia da lei, porém, como aponta Schmitz (2015, p. 82), o juiz neutro é uma ficção que não é conveniente ao próprio Direito, porquanto a neutralidade ideológica é uma forma velada de ideológica. Nesse aspecto, Posner (1992, p. 45) adverte que, nas áreas em que o juiz possui poder

discrecionário, as suas concepções filosóficas, religiosas, econômicas e políticas devem orientá-lo.

Assim, o dever de motivação será tanto mais intenso quanto mais aberto ou vago for o direito a ser aplicado (PIRES, 2014, p. 110), desempenhando os princípios um papel de constrangimento sobre a escolha judicial, conforme ensina Hart. É o que ocorre na seara da judicialização da política, área que demanda maior “consciência de aplicação do Direito enquanto construção teórica de proteção dos indivíduos do arbítrio estatal [...]” (SILVA, 2015, p. 135).

A fundamentação das decisões judiciais opera, portanto, como legitimador político das decisões judiciais, na medida em que permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, pelas partes do processo, como também um controle mais amplo por toda a coletividade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 74).

## **5. Conclusão**

A judicialização da política é fato, consequência inexorável do Estado Constitucional e Democrático, do modelo de controle de constitucionalidade e constitucionalização abrangente adotados. Ademais, a judicialização da política demonstra um potencial democrático e sensível às necessidades da população, notadamente na busca pela concretização dos direitos fundamentais e por garantir as regras e mecanismos de participação da própria democracia.

Por ser a Constituição uma opção política, constitui-se porta de entrada da política no Direito. Destarte, a interpretação das suas normas envolve decisões políticas relevantes, do que decorre a necessidade de uma decisão interpretativa justificada. Não se deve negar a judicialização da política para se escorar na legitimidade democrática do Poder Legislativo expondo uma compreensão racional-dedutiva de uma compreensão que já ocorreu na mente do intérprete, como se fosse a vontade unívoca da lei ou do legislador – poder constituído. Não se pode decidir para depois buscar fundamento, porquanto, sob o paradigma do giro ontológico-linguístico operado por Heidegger e a fenomenologia hermenêutica de Müller, decisão e fundamentação constituem momento único.

Com efeito, a legitimidade das decisões do Judiciário assenta-se em uma fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões, através de uma compreensão hermenêutica circular dos dados normativos e da realidade, num processo de concretização vinculado ao caso concreto. Um maior rigor na fundamentação das decisões judiciais coaduna-se, pois, com o maior poder criativo atribuído ao juiz e importância política e social de suas

decisões. Por conseguinte, adequadamente compreendida, a fundamentação das decisões judiciais constitui limite à judicialização da política na medida em que permite seu controle social e jurídico.

## 6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009.

Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade cracática. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 4. ed, jan/fev 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BECH, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Bech conversa com Johanne Wilms. São Paulo: ed. Unesp, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240/BA. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, 03 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cr3a4a9>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5081/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5081%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5081%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/po5jmun>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76060/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 31 de março de 1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+76060%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+76060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvkt7nz>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3388/RR. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, 23 de outubro de 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>

listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3388%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR/RS. Ministro Celso de Mello, Brasília, 24 de novembro de 2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+271286%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CAPPELLETTI, MAURO. **Juízes legisladores?**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: A responsabilidade do administrador e do ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e métodos**. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

HART, H. L. A.. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. **Essays in jurisprudence and philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 1983.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. **A judicialização da política e do direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens**. Disponível em: < <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/.../1630> >. Acesso em: 13 mar. 2018.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2012.

MOTTA, Cristina Reindeolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das leis**. Trad.: Cristina Murachco. Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Frederich. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008

PEREIRA, Hugo Filardi. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2012.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard A. **Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights**. Chicago, 1992. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2885&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2885&context=journal_articles)>. Acesso em 22 nov. 2017.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** São Paulo: FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 10 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ubiquidade constitucional**: Os Dois Lados da Moeda, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Lucas Gonçalves da; GUIMARAES, C. N. . A concretização dos direitos sociais e a atuação do Ministério Público sob o prisma da metódica constitucional de Friedrich Müller. In: Ilton Norberto Robl Filho; José Filomeno de Moraes Filho; Janaína Rigo Santin. (Org.). **Teoria do estado e da constituição**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 194-208.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, L. L. P. **A Constitucionalização do direito como paradigma para a ciência jurídica**: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do neoconstitucionalismo brasileiro. In: Júlia Maia de Meneses Coutinho; Daniela Veloso Souza Passos. (Org.). **Temas do pensamento Constitucional Brasileiro**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. IV, p. 125-139.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Chicago, 2002. Disponível em: <<http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

## **NICHOLAS ROERICH E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: UMA ANÁLISE DE SEU LEGADO PARA O DIREITO E DA REPRESENTAÇÃO DE SUA LUTA NA PINTURA**

**Wanilza Marques de Almeida Cerqueira**

*Universidade Federal de Pernambuco*

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar o legado de Nicholas Roerich para o direito, sobretudo para o direito internacional. O seu trabalho e engajamento para a consolidação da Liga das Nações e do Pacto Roerich, bem como a criação artística da bandeira da paz serão trazidos a lume. Além da literatura jurídica, pretende-se analisar alguns quadros significativos de sua carreira, que representam os elevados ideais de paz e de preservação da cultura da humanidade. A análise dos quadros seguirá uma ordem cronológica, de acordo com os acontecimentos históricos referentes ao projeto de preservação da cultura em âmbito internacional.

**Palavras-chave:** Nicholas Roerich, Pacto Roerich, proteção do patrimônio cultural da humanidade, bandeira da paz, arte, direito internacional.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze the legacy of Nicholas Roerich for the law, especially for international law. His work and commitment to the consolidation of the League of Nations and the Roerich Pact, as well as the artistic creation of the flag of peace will be brought to light. In addition to the legal literature, we intend to analyze some significant pictures of his career, which represent the high ideals of peace and preservation of the culture of humanity. The analysis of the tables will follow a chronological order, according to the historical events related to the project of peace.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Nicholas Roerich, Roerich Pact, protection of the cultural heritage of humanity, banner of Peace, art, international law.

## 1. Introdução

Nicholas Konstantinovich Roerich foi uma grande personalidade do século XX. Com habilidades excepcionais em diversas áreas, foi pintor, escritor, arqueólogo, filósofo, líder espiritual e ativista em prol da paz mundial. Formou-se, simultaneamente, pela Academia de Belas Artes e em Direito na Universidade de São Petersburgo. Apesar do talento artístico, teve também uma formação jurídica para atender aos anseios de seu pai.

O talento excepcional como pintor logo foi reconhecido pelo meio artístico. A sua formação em Direito, no entanto, foi útil em sua biografia. O conhecimento jurídico foi utilizado para o propósito nobre e ousado de defesa do patrimônio cultural da humanidade. Roerich aliou Arte e Direito ao idealizar um inédito tratado internacional de proteção ao patrimônio cultural da humanidade. O Pacto Roerich foi pioneiro na defesa do patrimônio cultural da humanidade e lançou os alicerces para a Convenção de Haia e dos fundamentos da própria UNESCO. Roerich ajudou também na construção da Liga das Nações, que embora não tenha logrado o êxito almejado, serviu de base posteriormente para criação da ONU.

A bandeira da paz, "Pax Cultura", idealizada por Roerich, é equivalente à da Cruz Vermelha, com a finalidade de proteger o patrimônio nos lugares nas quais é hasteada. Como reconhecimento de seu trabalho, o Roerich foi indicado ao Prêmio Nobel da Paz em 1929, 1933 e 1935.

O presente artigo tem como objetivo analisar o legado de Nicholas Roerich para o Direito, sobretudo para o Direito Internacional. O seu trabalho e engajamento para a consolidação do Pacto Roerich, bem como a criação artística da bandeira da paz serão trazidos a lume. Para tanto, o artigo empregará, como método de investigação, as pesquisas bibliográfica e documental. Além da literatura jurídica, pretende-se estudar alguns quadros significativos de sua carreira, que representam os elevados ideais de paz e de preservação da cultura da humanidade. A análise dos quadros seguirá uma ordem cronológica, de acordo com os acontecimentos históricos referentes ao projeto de preservação da cultura em âmbito internacional.

Na primeira parte, será observada a evolução do pensamento e das ações de Roerich, que culminaram no Pacto Roerich. Na segunda, a concepção da bandeira da paz será debatida. Ao final, algumas conclusões serão tecidas sobre a contribuição de Roerich para o pensamento jurídico, com um olhar atento de como isso se refletiu em sua produção artística.

## 2. Pacto Roerich e a proteção ao patrimônio cultural da humanidade

Nas primeiras décadas do século XX, Nicholas Roerich viajou por algumas cidades russas, inclusive pintou algumas obras em diversas cidades no norte da Rússia e presenciou a necessidade de maior proteção ao patrimônio histórico de seu país natal (NICHOLAS ROERICH MUSEUM NEW YORK). Merece destaque a monumental obra Rainha do Céu sobre o Rio da Vida (*Queen of Heaven over River of Life*) de 1914, executada no interior da Igreja do Espírito Santo em Talashkino.



Figura 1: Rainha do Céu sobre o Rio da Vida (*Queen of Heaven over River of Life*) de 1914

O interesse de Nicholas Roerich em relação à defesa das obras culturais fortaleceu-se diante da perplexidade causada pela devastação resultante da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa. Roerich percebeu que a herança cultural estava em risco e sua ideia de patrimônio cultural ampliou-se, para incluir mais do que apenas os restos físicos das culturas anteriores - os edifícios e a arte, por exemplo - mas também as atividades criativas, as

universidades, as bibliotecas, os hospitais, as salas de concerto e os teatros (NICHOLAS ROERICH MUSEUM NEW YORK). A situação crítica russa é bem representada em duas obras marcantes: Último Anjo (*Last Angel*), 1912 e Cidade Dominada (*Doomed City*), 1914.



Figura 2: Último Anjo (*Last Angel*), 1912



Figura 3: Cidade Dominada (*Doomed City*), 1914

De 1924 a 1928, Nicholas Roerich organizou e conduziu uma notória expedição na Ásia Central. Entrou em locais desconhecidos pelos ocidentais e trouxe ao mundo científico informações históricas inéditas, especialmente da região do Himalaia e Tibet (ROERICH, 1931, IX).

A expedição trouxe para estudo fotografias de muitos monumentos, além de alguns objetos e artefatos relevantes em relação à cultura dos povos visitados. Roerich pintou, neste período, cerca de cinco mil quadros, que além de grandes obras de artes, serviram para registrar a viagem e representam um panorama único do continente asiático (ROERICH, 1931, X). George Roerich, filho de Nicholas, exímio linguista, acompanhou a expedição e estudou cientificamente os aspectos culturais e históricos das civilizações que conheceram durante a viagem.

Ficou claro para Roerich que era necessário um esforço internacional para salvaguardar os bens culturais da humanidade. Durante os anos 1920, ele participou da construção e negociação de um tratado internacional, Georges Chklaver, PhD em Direito Internacional e Ciencia Política da Universidade de Paris, formulou as regras acatadas internacionalmente, alguns anos depois.

Na década de 1930, em virtude da enorme destruição ocasionada pela Primeira Guerra, a sociedade internacional começou a dar mais atenção à criação de um tratado que protegesse o patrimônio cultural durante a guerra (BISCHOFF, 2004, p. 197).

Neste contexto, o movimento do Pacto Roerich e da Bandeira da Paz cresceu rapidamente no início dos anos 1930, com centros em vários países. Houve três conferências internacionais, em Bruges, na Bélgica, em Montevideu, no Uruguai, e em Washington, Estados Unidos da América.

Em 1929, Roerich propôs uma ideia do Pacto Internacional de Proteção dos Valores Culturais e o projeto do Pacto foi encaminhado ao Comitê de Museus da Liga das Nações e aos estabelecimentos culturais de muitos países. Em 1929, Roerich foi indicado para o Prêmio Nobel da Paz.

Durante a VII Conferência de Montevideu de 1933 foram assinadas numerosas resoluções e recomendações sobre o “intercâmbio de obras de arte, bibliografia americana, civilizações pré-colombianas e a proteção de monumentos”. Foram, na oportunidade arrolados, entre os documentos, uma coleção de informativos do Museu Roerich, que expressavam a ideia

de se criar uma bandeira para proteção dos monumentos de todos os países (GUEDES, 2013, p. 10).

Das intensas discussões, decorreram importantes recomendações, entre as quais, a assinatura do Pacto de Roerich,

que vinha sendo discutido na Bélgica do 1929, e depois aprovado pela VII Conferência com a aprovação dos países presentes. A União Panamericana, dando cumprimento à recomendação da VII Conferência, elaborou o projeto do tratado, mais tarde conhecido com o nome de Pacto de Roerich, o qual visa assegurar, em qualquer época de perigo, proteção a todos os monumentos históricos, museus e instituições dedicadas à ciência, arte, educação e cultura que “constituem o tesouro cultural dos povos”(GUEDES, 2013, p. 11).

O Pacto Roerich declarou a necessidade de proteção da cultural no mundo - tanto durante a guerra quanto a paz - e prescreveu o método que todos os locais de valor cultural seriam declarados neutros e protegidos, assim como a Cruz Vermelha faz com os hospitais. O Pacto de Roerich ficou conhecido como a Cruz Vermelha da Cultura, pois assim como a Cruz Vermelha é incorporada em um sinal de proteção e estandarte, o Pacto de Roerich também designa um símbolo para ser exibido em uma faixa: a Bandeira da Paz. Esta bandeira, que seria hasteada em todos os locais de atividade cultural e valor histórico, os declararia neutros, independentemente das forças combatentes (NICHOLAS ROERICH MUSEUM NEW YORK).

O Pacto de Roerich foi assinado na Casa Branca, nos EUA, juntamente com mais 21 países da América. Outros depois o assinaram, representando este um antecipado instrumento de proteção às artes. O pacto declara a necessidade de se proteger a atividade e produção cultural no mundo, independentemente de a época ser de guerra ou de paz. Lugares de valor cultural seriam declarados neutros e protegidos, incluindo universidades, bibliotecas, salas de concerto e teatros (como a Cruz Vermelha faz com seus hospitais, razão pela qual é frequentemente chamado Cruz Vermelha da Cultura). A herança cultural das nações deve ser, segundo o acordo, cuidada e renovada, impedindo que se deteriore, pois não há nada de valor superior para uma nação do que sua cultura. Tem como símbolo a Bandeira da Paz, na qual três círculos representando a arte, a ciência e a religião aparecem envoltos por uma circunferência que significa a totalidade da cultura (MOURA, 2012, p. 97).

Em 1935, ano de assinatura do Pacto Roerich, Nicholas Roerich recebeu nova indicação ao Nobel da Paz.

Conhecido como Pacto Röerich – em referência à luta do pintor e filósofo russo Nicholas Röerich, considerado um expoente da defesa dos bens culturais como modelo de promoção da paz entre as civilizações – o Tratado de Proteção das Instituições Científicas e Artísticas e de Monumentos Históricos, celebrado em Washington em 1935, buscou, em sua origem, a preservação, a qualquer tempo, de todos os bens de caráter monumental imóvel que compõe os tesouros culturais dos povos. Com o objetivo de promover o reconhecimento jurídico em torno da ideia de que a defesa da propriedade cultural é mais relevante do que a defesa militar, o mesmo contou com a participação e a assinatura de todos os membros da então União Panamericana, considerada um embrião da Organização dos Estados Americanos (OEA) (SANTORINI, 2015, p. 42).

O inédito tratado internacional, debatido no âmbito da Liga das Nações, serviu de referência para elaboração dos tratados internacionais posteriores que foram firmados sob a tutela da UNESCO, agência especializada da ONU para a Educação, Ciência e Cultura (CARDOSO, 2013, p. 201). No início dos anos 50 do século passado, toda a documentação relacionada com o Pacto de Roerich foi transmitida à UNESCO (GEORGIEV; TERZIYSKA, 2013, p. 1281).

Dentre os tratados que se inspiraram no Pacto Roerich, destacam-se a Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, o Primeiro e o Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 (datados de 1977), e, até mesmo, a Convenção de Paris sobre Importação, Exportação e Transferência Ilícita de Bens Culturais de 1970, além da Convenção sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 (CARDOSO, 2013, p. 201).

### **3. Roerich e a Bandeira da Paz**

A bandeira da paz é um símbolo de enorme significado, adotada no Pacto Roerich. A preocupação com a paz mundial, motivou Roerich a criar o símbolo e o lema “Pax Cultura”. A bandeira, como símbolo, tem uma força semelhante ao da Cruz Vermelha, com a função de salvaguardar a obra sobre a qual tremula.

O desenho da Bandeira da paz está presente nas obras de Roerich. O símbolo é composto de três esferas vermelhas cercadas por um círculo da mesma cor, sobre um fundo branco.

Para Roerich, o símbolo está presente nas mais variadas culturas e períodos históricos da humanidade.

O mais velho dos símbolos hindus, Chintamani, o signo da felicidade, é composto por este símbolo e podemos achá-lo no Templo do Céu, em Pequim. Aparece nos três tesouros do Tibete; no peito do Cristo, no quadro bem conhecido de Memling; na Madonna de Estrasburgo; nos Escudos dos Cruzados e nos Brazões dos Templários. Pode ser visto nas lâminas das famosas espadas caucasianas conhecidas como “Gurda”.

Aparece como um símbolo em vários sistemas filosóficos. Pode ser encontrado nas imagens de Gessar Khan e Ridgen Djapo, na “Tamga” de Timurlane e no Brazão dos Papas. Pode ser visto nos trabalhos de antigos pintores espanhóis e no de Ticiano, e no antigo ícone de São Nicolau, em Bari, e no de São Sérgio e da Santíssima Trindade. Pode ser encontrado no Brazão da cidade de Samarcanda, em antiguidades Etíopes e Coptas, nas rochas da Mongólia, em anéis tibetanos, nos ornamentos de peito de Lahul, Ladak e em todos os países do Himalaia, e na cerâmica da era neolítica.

É visível nas bandeiras budistas. O mesmo símbolo é marcado em cavalos mongóis. Nada, então, poderia ser mais apropriado para reunir todas as raças do que este símbolo que não é um mero ornamento, mas um símbolo que carrega com ele um profundo significado.

Existiu por imensuráveis períodos de tempo e pode ser encontrado pelo mundo todo. Ninguém, portanto, pode pretender que pertença a qualquer seita específica, confusão ou tradição, e ele representa a evolução da consciência em todas as suas variadas fases. Quando se trata de defender os tesouros do mundo, não poderia ter sido selecionado um símbolo melhor, pois ele é universal, de antiguidade ilimitada e carrega com ele um significado que deveria encontrar um eco em cada coração. (INSTITUTO ROERICH DA PAZ E CULTURA DO BRASIL).

Segundo Victoria Klimentieva (2009, p. 25), provavelmente o símbolo dos três círculos cercados por um círculo maior apareceu nas pinturas de Roerich pela primeira vez, provavelmente, no quadro *Conjuração da Terra* (*Conjuration of the Earth*), de 1907, o qual retrata o símbolo presente na civilização pré-histórica.

No quadro *Pedra Branca, sinal de Cintamani ou Cavalo de felicidade* (*White Stone, Sign of Cintamani or Horse of happiness*), de 1933, percebe-se o símbolo adotado na bandeira da paz, presente no Oriente, com a sua inscrição da lendária Pedra de Cintamani. Tanto no ocidente, quanto no Oriente, nota-se a existência do mesmo símbolo. É uma das obras provenientes de sua expedição à Ásia e da fixação de sua residência no vale do Kulu, Índia.



Figura 4: *Conjuração da Terra* (*Conjuration of the Earth*), de 1907



Figura 5: Cintamani ou Cavalo de felicidade (*White Stone, Sign of Cintamani or Horse of happiness*), de 1933.

Das inúmeras interpretações dos Estados e dos indivíduos sobre o símbolo da tríade representada na Bandeira da Paz, há duas explicações mais recorrentes. A primeira entende que os círculos menores seriam a Religião, Arte e Ciência como aspectos da Cultura, que seria o círculo que as unificaria, já a segunda defende que as três esferas seriam as realizações da humanidade, no passado, presente e futuro, imersas dentro do círculo da eternidade (INSTITUTO ROERICH DA PAZ E CULTURA DO BRASIL).

Nicholas Roerich, em suas obras, retrata a mulher como guardiã da bandeira da paz. A valorização da mulher é um tema recorrente em sua obra e no pensamento de sua esposa, Helena Roerich, escritora e filósofa, a qual escreveu sobre o movimento feminista insurgente na época, considerando os mesmos necessários para o empoderamento feminino.

Na iconologia de Röerich, as mulheres são propagadoras e guardiãs da cultura e beleza universal, as que levantarão a Bandeira da Paz. “Mulheres, realmente vocês tecerão e desdobrarão a Bandeira da Paz”, escreveu ele. “Destemidamente vocês ascenderão para defender o aperfeiçoamento da vida. Vocês acenderão um belo fogo em cada lar que criar e o sustentará. Vocês dirão a primeira palavra sobre beleza. Vocês pronunciarão a palavra sagrada CULTURA”. Indubitavelmente a imagem que Röerich tem da mulher foi inspirada e influenciada por Helena Röerich, que devotou muitos dos seus escritos ao papel destinado às mulheres na Nova Era (INSTITUTO ROERICH DA PAZ E CULTURA DO BRASIL).

Neste sentido, seu quadro mais famoso sobre o tema, sem dúvidas é *Madonna Oriflamma*, de 1932, o qual retrata uma mulher, com características renascentistas portando a

Bandeira da paz. Outra obra marcante é *Madonna, A protetora* (*Madonna, The Protector*), de 1933, que mostra a mulher em uma atitude maior ação, em pé com a Bandeira da Paz sobre a Cidade, protegendo o patrimônio cultural.



Figura 6: *Madonna Oriflamma*, de 1932



Figura 7: Madonna, A protetora (*Madonna, The Protector*), de 1933

Além do signo universal para designar a paz e proteger a cultura, foi adotado por Roerich o lema “Pax Cultura”. Para Roerich, a união da humanidade seria possível através da utilização de uma linguagem comum e simples, através da Beleza e do Conhecimento. Pela primeira vez, a paz foi associada atavicamente à cultura. O entendimento de Roerich pode ser sintetizado na máxima: “onde há paz há cultura, onde há cultura há paz”. No quadro “Pax Cultura”, de 1931, Roerich pintou a bandeira da paz tremulando sobre os bens culturais da cidade junto com o lema “Pax Cultura”.



Figura 8: “Pax Cultura”, de 1931.

Em 1981, a Assembleia Geral da ONU instituiu o Dia Internacional da Paz, celebrado todos os anos em 21 de setembro. Sem dúvidas, o trabalho de Roerich contribuiu para a consagração da data e de todo arcabouço jurídico referente à manutenção da paz e preservação da cultura em nível internacional. Seus esforços em debater o tema na seara internacional, inclusive sua participação na Liga das Nações, fundaram os alicerces para o trabalho posteriormente desenvolvido pela ONU e, mais especificamente, pela UNESCO.

#### 4. Conclusões

A contribuição de Nicholas Roerich para a paz e a proteção do patrimônio cultural da humanidade é estuapenda. O Tratado Roerich foi inédito ao contemplar regras de proteção ao patrimônio cultural para as futuras gerações do planeta.

Percebe-se que a luta de Roerich para negociar o Pacto Roerich e implementar os seus ideais também encontra registro em seus quadros, tão reconhecidos e consagrados no meio artístico.

A representação da mulher também tem relevância histórica, enaltecendo as mulheres em um período histórico no qual o movimento feminista lutava para garantir direitos às mulheres e sua participação mais ativa na sociedade. O símbolo da Bandeira da Paz transmite um signo universalmente consagrado, traduzindo o ideal de unidade dentro da multiplicidade.

Roerich esteve na vanguarda em suas concepções referentes à paz e ao humanismo, e ajudou a fortalecer as organizações internacionais, em sua época a então Liga da Nações, que mesmo extinta, serviu para a posterior instituição da ONU. A UNESCO aproveitou seus esforços em defesa da cultura. As ações de Nicholas Roerich, então, contribuíram para a criação de um Novo Direito Internacional, menos Wesfaliano, e com maior ênfase no papel desempenhado pelas organizações internacionais.

## 5. Referências bibliográficas

BISCHOFF, James L. A proteção internacional do patrimônio cultural. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 24, 2004.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 196-209, Jul/Dez. 2013.

GEORGIEV, Georgi; TERZIYSKA, Ilinka. **Masterpieces of intangible heritage in the countries of southeast europe and tourism development**. 2013. Disponível em: <http://www.toknowpress.net/ISBN/978-961-6914-02-4/papers/ML13-407.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

GUEDES, Maria Tarcila Ferreira. A cooperação intelectual no fórum das conferências pan-americanas. **Revista Memória em Rede**, Pelotas, v.3, n.8, Jan./Jun.2013.

INSTITUTO ROERICH DA PAZ E CULTURA DO BRASIL. Bandeira da paz. Disponível em: <http://roerich.org.br/portal/bandeira-da-paz-e-cultura/>. Acesso em 15 de maio de 2018.

KLIMENTIEVA, Victoria. **Nicholas Roerich: in search of Shambhala**. Tese apresentada à Faculdade de Graduação da Universidade do Texas, 2009. Disponível em: <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/ETD-UT-2009-08-358/KLIMENTIEVA-THESIS.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

MOURA, Angela Acosta Giovanni. A proteção internacional do patrimônio cultural. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 12(23): 91-110, jul./dez. 2012.

NICHOLAS ROERICH MUSEUM NEW YORK. **Roerich Pact and Banner Of Peace**. **Disponível em:** <http://www.roerich.org/roerich-pact.php>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

ROERICH, George N. **Trails to inmost Asia**. Five years of exploration whith the Roerich Central Asian Expedition. Yale University press, 1931. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B3WtPJU95ARyR1hXc3REN3JPQVk/view>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

SARTORI, Marcelo Vanzella. **Uma interpretação da Convenção UNESCO de 2001 sobre proteção do patrimônio cultural subaquático**: Reflexões acerca do Direito Internacional e do Direito Brasileiro. Tese apresentada ao programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS, 2015.

## **PÓS-MODERNIDADE EM ZYGMUNT BAUMAN: REFLEXÕES PARA O DIREITO NO SÉCULO 21**

**Andressa Sloniec**

*Fundação Escola Superior do Ministério Público*

**Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

*Fundação Escola Superior do Ministério Público*

### **Resumo**

O presente trabalho tem o condão de estudar a modernidade sob uma ótica crítica do sociólogo Zygmunt Bauman, mediante o dualismo conceituado em modernidade sólida e modernidade líquida, os traços que caracterizaram a era da *fluides* da sociedade contemporânea, bem como breves reflexões sobre as consequências dessa era líquida em tempos de interregno para o Direito, com seu foco principal na desigualdade em seu entorno cultural. A base foi trazer à deriva uma abordagem analítica da modernidade conceituada pelo autor a partir do século 20, com o objetivo de verificar se o aparato jurídico, por intermédio de suas instituições democráticas, tem conseguido regular, de forma eficaz, a aplicação do Direito nos problemas decorrentes das desigualdades culturais e sociais no século 21. Em razão da complexidade do tema, foi utilizado o método de abordagem indutivo e dedutivo, bem como o dialético, e como método de procedimento foi empregado o histórico, monográfico e tipológico, baseado num modelo teórico sistêmico do autor. É possível verificar que a democracia tem sido uma vítima irrefutável quando correlacionada à desigualdade e, conseqüentemente, seus efeitos acabam por refletir em uma agonia constante para os cidadãos abarcados por tal situação desigual e que almejam a satisfação de seus direitos.

**Palavras-chave:** Modernidade líquida, Desigualdade, Democracia.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present work has the purpose of studying modernity from a critical perspective of the sociologist Zygmunt Bauman, through the dualism conceptualized in solid modernity and net modernity, the features that characterized the era of the fluidity of contemporary society, as well as brief reflections on the consequences of this was liquid in times of interregnum for law, with its main focus on inequality in its cultural environment. The basis was to derive an

analytical approach to modernity conceptualized by the author as of the 20th century, in order to verify if the legal apparatus, through its democratic institutions, has been able to effectively regulate the application of Law in the problems stemming from cultural and social inequalities in the 21st century. Due to the complexity of the theme, the method of inductive and deductive as well as the dialectical approach was used, and as a method of procedure historical, monographic and typological, based on a model theoretical system of the author. It is possible to verify that democracy has been an irrefutable victim when correlated to inequality and, consequently, its effects end up reflecting in a constant agony for the citizens covered by such unequal situation and that they aspire the satisfaction of their rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Liquid modernity, Inequality, Democracy.

## 1. Introdução

Explorar e refletir a trajetória histórica da sociedade é uma tarefa um tanto quanto desafiadora, e a sociologia, em diferentes aspectos, vem proporcionar que essa difícil tarefa se torne menos complexa e livre de utopias.

Zygmunt Bauman,<sup>1</sup> sociólogo nascido na Polônia (1925), examinou amplas mudanças na natureza da sociedade contemporânea e seus efeitos em comunidades e indivíduos, e se tornou um dos mais influentes intelectuais da Europa, onde dedicou-se ao trabalho de fazer sociologia analisando a sociedade contemporânea na pós-modernidade, a qual denomina “modernidade líquida”.

O termo “modernidade líquida” refere-se ao estado atual da nossa sociedade e a sua transformação em todos os aspectos da vida em uma taxa sem precedentes – amor, trabalho, sociedade, política e poder. Ele cobriu um aglomerado de temas desde a intimidade até a globalização, da realidade atual ao Holocausto,<sup>2</sup> e do indivíduo e sua atividade em comunidade,

---

<sup>1</sup> “Zygmunt Bauman, Polish-born sociologist (born nov. 19, 1925, Poznan, Pol. died Jan. 9, 2017, Leeds, Eng.), examined broad changes in the nature of contemporary society and their effects on communities and individuals in numerous works that made him one of the most-influential intellectuals in Europe.” Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Zygmunt-Bauman#bbp-boy-article-disclaimer>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>2</sup> O autor dispõe que “o Holocausto tem mais a dizer sobre a situação da sociologia do que a sociologia é capaz de acrescentar, no seu estado atual, ao conhecimento que temos do Holocausto” (BAUMAN, 1998b, p. 21, grifo do autor), em uma obra anterior à modernidade líquida (BAUMAN, 2001)

estendendo-se muito além de sua principal área de especialização, como nos domínios da filosofia e da psicologia.<sup>3</sup>

A relevância do estudo de Bauman está na interpretação da fluidez dos tempos pós-modernos. O autor é rígido neste aspecto e se declara um sociólogo crítico, recusando-se ao rótulo de ser “pós-modernista” e de usar termos conceituais como “pós-modernidade” ou “hipermodernidade”, de Gilles Lipovetsky, “segunda modernidade” ou “modernidade reflexiva”, de Ulrich Beck, ou “alta-modernidade”, de Anthony Giddens, entre outros. Para ele, “pós-modernista” é aquele que reproduz sob apenas uma ótica ideológica a era do pós-modernismo e se recusa a dar ensejo a esse tipo de debate, considerando que tal termo relativiza a vida ao seu ápice e que, dentro dessa, não é possível propor críticas tampouco formar regras para guiar a sociedade.<sup>4</sup>

Diante deste cenário, Bauman (2001) utiliza a teoria da “modernidade líquida” a fim de mostrar mais do que a condição da modernidade deixou de ser, mas, principalmente, para ilustrar e ressaltar a qualidade que adquiriu, que a fez diferente (por isso a discordância com outros termos citados no parágrafo anterior). Essa nova condição traz consigo a exigência de toda uma nova forma de fazer sociologia e de analisar e estudar os fenômenos sociais e culturais.

Na primeira parte do trabalho, verificar-se-á a conceituação e as consequências na transição da modernidade sólida para a modernidade líquida, e suas diferenças começam com o fim das utopias. A sociedade líquida, ao contrário do que ocorreu durante o século 20, não pensa a longo prazo, e não consegue traduzir seus desejos em um projeto de longa duração e de trabalho duro e intenso para a humanidade. Para Bauman (2001), houve um tempo em que conceitos eram sólidos e duradouros; as ideias, ideologias, relações, blocos de pensamento moldavam a realidade e a interação entre as pessoas. O século 20, com suas conquistas tecnológicas, embates políticos e guerras, viu o apogeu e o declínio desse mundo sólido. A pós-modernidade trouxe com ela a fluidez do líquido, ignorando divisões e barreiras, assumindo formas, ocupando espaços, diluindo certezas, crenças e práticas.

Na segunda parte do trabalho, analisar-se-á as desigualdades sociais dando ênfase à questão da anomia cultural, e o quanto a democracia tem sido vítima dessa desigualdade<sup>5</sup> em

<sup>3</sup> Tais informações foram coletadas em uma entrevista dada por Zygmunt Bauman à revista alemã **032c**, publicada em inglês, no dia 6 de novembro de 2016 em Berlim, Alemanha. Disponível em: <<https://032c.com/2016/zygmunt-bauman-love-fear-and-the-network/>>. Acesso em: 10 fev. 2018 (grifo nosso).

<sup>4</sup> KELLNER, Douglas. Zygmunt Bauman's Postmodern Turn. **SAGE journals – Theory, Culture & Society**. First Published February, ISSUE 1, vol. 1, London, England, 1998. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026327698015001008>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>5</sup> O sociólogo dispõe sobre a “naturalidade” da desigualdade social, em que “nós fomos educados e treinados a acreditar que o bem-estar da multidão é mais bem promovido zelando, lustrando, esmerando, apoiando e recompensando as capacidades da minoria. Capacidades, acreditamos nós, são por natureza desigualmente

tempos de modernidade líquida e, ainda, o quanto a liberdade deu abertura para a individualização destes. Verifica-se estarmos em um estado que não pensa num convívio em “comunidade”, mas apenas na predominância do “eu”. Em um estado de interregno, também é possível perceber, no presente texto, que o Estado<sup>6</sup> tem sido utilizado como “mecanismo” para dar “segurança” a esses indivíduos. Quanto mais liberdade, mais individualismo e, por consequência, mais insegurança, afinal “ninguém se importa mais com ninguém do que com si mesmo”<sup>7</sup>.

Por fim, o objetivo deste trabalho é verificar se a modernidade líquida, em seu estado de interregno, tem conseguido sustentar os problemas advindos da era moderna da fluidez com relação às desigualdades no aparato jurídico no século 21. Em razão, no entanto, da complexidade do presente tema e pela abordagem analítica<sup>8</sup> e crítica com que Bauman dispõe de seu conceito de modernidade líquida, foram empregados os métodos de abordagem indutivo,<sup>9</sup> dedutivo,<sup>10</sup> bem como o dialético.<sup>11</sup> Como métodos de procedimentos foram

---

distribuídas; por isso, algumas pessoas estão predispostas a realizar o que outras jamais poderiam alcançar, por mais esforço que façam. Aqueles abençoados com habilidades são poucos e esparsos, ao passo que os que não têm nenhuma capacidade ou somente uma variedade inferior são muitos; na verdade, a maioria de nós, membros da espécie humana, pertence à última categoria. É por isso, dizem-nos com insistência, que a hierarquia das posições e privilégios sociais tem a aparência de uma pirâmide: quanto mais alto o nível atingido, mais estreito é o grupo de pessoas capaz de escalá-lo. Apaziguadoras de pontadas na consciência e massageadoras do ego como são, tais crenças são agradáveis e bem-vindas para os que estão no alto da hierarquia” (BAUMAN, 2015, p. 110-111).

<sup>6</sup> Vale ressaltar que Bauman é “céptico sobre as possibilidades de mudança política.” Disponível em: <[https://elpais.com/elpais/2016/01/19/inenglish/1453208692\\_424660.html](https://elpais.com/elpais/2016/01/19/inenglish/1453208692_424660.html)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>7</sup> Tais perspectivas estão tratadas na obra póstuma *Retrotopia de Zygmunt Bauman*, que foi o último trabalho feito pelo sociólogo em razão do seu falecimento no dia 9 de janeiro de 2017. Nela, o autor demonstrou a era “nostálgica” na qual nos encontramos atualmente. Dispôs que: “Enquanto, no século XVII, a nostalgia era vista como moléstia eminentemente curável, que, segundo recomendação de médicos suíços, por exemplo, podia ser tratada com ópio, sanguessugas e uma viagem para as montanhas, no século XXI a doença passageira se tornou uma condição moderna incurável. O século XX começou com uma utopia futurista e acabou com nostalgia”. [...] a presente “epidemia global de nostalgia, um anseio emocional por uma comunidade com uma memória coletiva, um desejo ardente de comunidade num mundo fragmentado”, [...] e encarar essa epidemia como “um mecanismo de defesa numa época de ritmos de vida acelerados e sublevações históricas”. Esse “mecanismo de defesa” consiste essencialmente na “promessa de reconstruir o lar ideal que se encontra no núcleo de muitas poderosas ideologias atuais, tentando-nos a renunciar ao pensamento crítico em prol do vínculo afetivo” (2017b, p. 8-9).

<sup>8</sup> “A análise engloba: descrição, classificação e definição do assunto, tendo em vista a estrutura, a forma, o objetivo e a finalidade do tema. Entra em detalhes e apresenta exemplos” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 261).

<sup>9</sup> O “Método **indutivo** – cuja aproximação dos fenômenos caminha geralmente para planos cada vez mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias (conexão ascendente)” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 106, grifo nosso).

<sup>10</sup> O “Método **dedutivo** – que, partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendente).” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 106, grifo nosso).

<sup>11</sup> O “Método **dialético** – que penetra o mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 106, grifo nosso).

utilizados o histórico,<sup>12</sup> o monográfico<sup>13</sup> e o tipológico,<sup>14</sup> baseados num modelo teórico sistêmico.<sup>15</sup>

## 2. Da modernidade sólida à modernidade líquida: a fluidez da sociedade contemporânea pela globalização

### 2.1 Modernidade

O termo “modernidade”,<sup>16</sup> possui uma amplitude conceitual na concepção de Bauman (2001, p. 16) que constitui na vida moderna a ideia da “diferença que faz a diferença”, como um atributo crucial para as relações humanas no espaço tempo contemporâneo. Desse modo, “a modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação.”<sup>17</sup>

Bauman (2001, p. 140) afirma que a história do tempo começou com a modernidade, e dispõe que, “de fato, a modernidade é, talvez mais que qualquer outra coisa, a história do tempo: a modernidade é o tempo em que o tempo tem uma história.” Destarte, para poder criar

---

<sup>12</sup> O “Método **histórico** consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Seu estudo, para uma melhor compreensão do papel que atualmente desempenham na sociedade, deve remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 107, grifo nosso).

<sup>13</sup> O “Método **monográfico** consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações. A investigação deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 108, grifo nosso).

<sup>14</sup> No método **tipológico** “a característica principal do tipo ideal é não existir na realidade, mas servir de modelo para a análise e compreensão de casos concretos, realmente existentes” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 109, grifo nosso).

<sup>15</sup> O “modelo teórico (teoria da ação social, **teoria sistêmica**, teoria da dinâmica cultural, etc.)” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 268, grifo nosso).

<sup>16</sup> O autor traz ênfase ao termo modernidade e dispõe que “A antiga modernidade ‘desacomodava’ a fim de ‘reacomodar’. Enquanto a desacomodação era o destino socialmente sancionado, a acomodação era tarefa posta diante dos indivíduos. Uma vez rompidas as rígidas molduras dos estamentos, a tarefa de ‘autoidentificação’ posta diante de homens e mulheres do princípio da era moderna se resumia ao desafio de viver ‘de acordo’ (não ficar atrás dos outros), de conformar-se ativamente aos emergentes tipos sociais de classe e modelos de conduta, de imitar, seguir o padrão, ‘aculturar-se’, não sair da linha nem se desviar da norma. Os ‘estamentos’ enquanto lugares a que se pertencia por hereditariedade vieram a ser substituídos pelas ‘classes’ como objetivo de pertencimento fabricado. Enquanto os estamentos eram uma questão de atribuição, o pertencimento às classes era em grande medida uma realização; diferentemente dos estamentos, o pertencimento às classes devia ser buscado, e continuamente renovado, reconfirmado e testado na conduta diária” (BAUMAN, 2001, p. 45).

<sup>17</sup> Associado às facetas das práticas humanas em mudança com o início da era moderna, Bauman aponta: “A modernidade nasceu sob as estrelas da aceleração e da conquista de terras, e essas estrelas formam uma constelação que contém toda a informação sobre seu caráter, conduta e destino. Para lê-la, basta um sociólogo treinado; não é preciso um astrólogo imaginativo.” (2001, p. 143).

o seu conceito denominado “modernidade líquida”, Bauman faz referência a uma época remota, que vai da Idade Moderna e transita até a Idade Contemporânea, fundando o seu conceito de “modernidade líquida” a partir do século 20, ao fim da Segunda Guerra Mundial (2001, p. 25).

## 2.2 Modernidade Sólida

O autor denominou “**modernidade sólida**” o período da Idade Moderna que caracterizou uma época com seguidas revoluções a partir do século 15, quando crescentes e profundas mudanças surgiram e construíram uma realidade moderna fundada em padrões sólidos. Dessa forma, a era moderna passou a ganhar espaço na medida em que destruía os antigos e, também, os sólidos padrões e estilos de vida ainda ligados à Idade Média, e construía novos padrões compatíveis com o ainda crescente capitalismo (OLIVEIRA, 2012, p. 27, grifo nosso).

Na Idade Moderna, as ideias consideradas as mais corretas e impostas até então passam a ser questionadas, e os pensadores, que antes eram condenados por ameaçarem a verdade imposta pelos detentores do poder e pela Igreja Católica, ganham espaço. Nesse momento, Bauman observa um processo de “derretimento dos sólidos”, cunhado pelo *Manifesto Comunista* do século 18, que se referia ao tratamento “autoconfiante” e “exuberante” que o espírito moderno<sup>18</sup> dava à sociedade, pois a considerava estagnada e resistente demais para mudar e amoldar-se a suas ambições na sua habitualidade (2001, p. 9, grifo do autor).

Percebe-se que esse processo de “derretimento dos sólidos” não tinha o condão de terminar de uma vez por todas com os sólidos e construir um novo mundo livre deles para sempre, mas sim limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*, e substituir o conjunto herdado de sólidos “deficientes e defeituosos” por outro conjunto, “aperfeiçoado e perfeito”, e por isso não mais alterável. É possível identificar que os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos num avançado estado de desintegração, e um dos motivos mais firmes por trás da urgência em derretê-los era o *eros* de descobrir ou inventar sólidos de solidez *duradoura*, solidez essa na qual se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e consequentemente administrável (BAUMAN, 2001, p. 10, grifos do autor/grifo nosso).

---

<sup>18</sup> O autor dispõe que “se o ‘espírito’ era ‘moderno’, ele o era na medida em que estava determinado que a realidade deveria ser emancipada da “mão morta” de sua própria história – e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (isto é, por definição, dissolvendo o que quer que persistisse no tempo e fosse infenso à sua passagem ou imune a seu fluxo)” (BAUMAN, 2001, p. 9).

É possível identificar que os primeiros sólidos que vieram a *derreter* foram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações, que impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Esse derretimento levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais, e sedimentou uma nova ordem definida por termos econômicos. Alavancas políticas ou morais, capazes de mudar ou reformar essa *nova ordem*, foram quebradas ou feitas curtas ou fracas demais, ou, de alguma outra forma, inadequadas para tal tarefa. Assim sendo, “essa ordem veio a dominar a totalidade da vida humana porque o que quer que pudesse ter acontecido nessa vida tornou-se irrelevante e ineficaz no que diz respeito à implacável e contínua reprodução dessa ordem” (BAUMAN, 2001, p. 10-11, grifo nosso).

Destaca-se a relevância da modernidade sólida para dar sentido à criação do conceito de modernidade líquida por meio de todos os acontecimentos que ocorreram durante o período moderno até o período contemporâneo. O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da era moderna, contraiu, portanto, um novo sentido redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão derretendo e sendo lançados no momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – “os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro” (BAUMAN, 2001, p. 13).

Bauman (2001, p. 20-21) constata que o advento da era moderna significou, dentre outras coisas, o ataque consistente e sistemático dos “assentados”, convertidos ao modo sedentário de vida, contra os povos e o *estilo de vida nômades*,<sup>19</sup> completamente alheios às preocupações territoriais e de fronteiras do emergente Estado moderno. O autor destacou a “cronopolítica” de Pierre Levy, e nela a modernidade situa esses povos não apenas como seres inferiores e primitivos, necessitados de profunda reforma e esclarecimento, mas também como atrasados e “aquém dos tempos”, vítimas da “defasagem cultural”, arrastando-se nos degraus

---

<sup>19</sup> O autor destaca que ao longo do estágio sólido da era moderna, os hábitos dos povos nômades foram malvistas. Dispõe que “a cidadania andava de mãos dadas com o assentamento, e a falta de ‘endereço fixo’ e de ‘estado de origem’ significava exclusão da comunidade obediente e protegida pelas leis, frequentemente tornando os nômades vítimas de discriminação legal, quando não de perseguição ativa. Embora isso ainda se aplique à ‘subclasse’ andarilha e ‘sem-teto’, sujeita às antigas técnicas de controle panóptico (técnicas quase abandonadas como veículo principal para integração e disciplina do grosso da população), a era da superioridade incondicional do sedentarismo sobre o nomadismo e da dominação dos assentados sobre os nômades está chegando ao fim. Estamos testemunhando a vingança do nomadismo contra o princípio da territorialidade e do assentamento. No estágio fluido da modernidade, a maioria assentada é dominada pela elite nômade e extraterritorial. Manter as estradas abertas para o tráfego nômade e tornar mais distantes as barreiras remanescentes tornou-se hoje o metapropósito da política[...]” (BAUMAN, 2001, p. 21-22).

mais baixos da escala evolutiva, e imperdoavelmente lentos ou doentes relutantes em subir nela para seguir o “padrão universal de desenvolvimento” (grifo nosso).

Diante deste cenário, é possível observar o fim dos “estados absolutistas<sup>20</sup>” e a nascente ideia do Estado-nação, que tinha como objetivo construir uma unidade nacional forte e positiva, fornecendo o sentimento de pertencimento aos novos “donos de si mesmos”, aos homens que agora, dotados de razão e poder para decidir os caminhos da vida individual, ainda precisavam pertencer a algo maior, que atribuisse razão à luta coletiva (OLIVEIRA, 2012, p. 28-29).

Neste advento, o Estado era o grande provedor da segurança e da estabilidade da nação, onde os cidadãos depositavam sua confiança. A sociedade moderna era a conquista do espaço da ordem e da segurança. Ademais, a política desses Estados era exercida visando à educação moral e civil dos novos homens. Dessa forma, o poder público, o Estado burocrático, muitas vezes até opressor, colonizava a ordem exigida no espaço privado, estabelecendo a veracidade que concernia ao momento e à situação (OLIVEIRA, 2012, p. 28-29).

### 2.3 Modernidade Líquida

Após estabelecido o conceito de modernidade sólida, observar-se-á o que se evidenciou a formulação do conceito “**modernidade líquida**”, bem como seus traços caracterizadores, que se estendem até a era atual, mais precisamente no século 21.

A modernidade líquida se desenvolveu a partir do século 20, após o fim da Segunda Guerra Mundial,<sup>21</sup> momento no qual o estabelecimento do progresso e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia na modernidade avançaram de uma forma tanto quanto acelerada, e o próprio tempo parece ter adquirido um ritmo mais célere. As incertezas que começaram a surgir na modernidade agora tomam lugar central na sociedade, afetando os relacionamentos humanos e a relação destes com tudo que rege o *cosmos* humano. É questionado se essas incertezas tratam-se de uma ruptura do processo iniciado na modernidade clássica ou de sua intensificação.

---

<sup>20</sup> Para Hobbes, “diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido” (2003, p. 117-118).

<sup>21</sup> BAUMAN, 2001. p. 25.

Pode-se afirmar que a modernidade líquida é a fase seguinte da modernidade sólida, sua continuação, bem como a intensificação da mesma (OLIVEIRA, 2012, p. 29, grifo nosso).

Salienta-se que os *sólidos* construídos na modernidade e suas certezas acabam por adquirir forma líquida caracterizada pela sua *fluidez* – flexibilidade e poder de adquirir a qualquer momento desejado formas diferentes. A ruptura da rotina e da tradição é mais que uma tentativa para criar padrões novos, é a tentativa de evitar que qualquer padrão que se tenha criado congele em tradição (BAUMAN, 2001, p. 8, grifos nosso).

No que diz respeito à modernidade sólida e à modernidade líquida, vale dispor a referência que Bauman (2001, p. 144, grifos nosso) faz entre a modernidade *pesada* e a modernidade *leve*. Sob uma ótica prática, a modernidade sólida é a *pesada* (também usada pelo termo *hardware*<sup>22</sup>), e a modernidade líquida é *leve* (também usada pelo termo *software*<sup>23</sup>).<sup>24</sup>

O fato que chama a atenção para Bauman na **modernidade líquida** – leve – *software* –, é o fenômeno da instantaneidade dessa nova era, que dispõe que esse fator aparentemente se refere a um movimento constante e a um tempo muito curto, mas que denota a ausência do tempo como fator do evento e, por isso mesmo, como um elemento no cálculo do valor. Desse modo, “o tempo não é mais o ‘desvio na busca’, e assim não mais confere valor ao espaço. A quase instantaneidade do tempo do *software* anuncia a desvalorização do espaço” (2001, p. 149, grifo nosso/grifo do autor). Para Bauman (2001), “o tempo instantâneo e sem substância do mundo do *software* é também um tempo sem consequências. ‘Instantaneidade’<sup>25</sup>, significa realização imediata, ‘no ato’ – mas também exaustão e desaparecimento do interesse” (p. 150, grifo do autor).

#### 2.4 Modernidade líquida e a fluidez da sociedade contemporânea globalizada

Nota-se, na perspectiva da modernidade líquida, que a razão instrumental que transformou o homem moderno em indivíduo autônomo somou-se à técnica adquirida por meio dessa racionalidade e contribuiu para o surgimento de um novo contexto de relações humanas

<sup>22</sup> BAUMAN, 2001, p. 144 (grifo do autor).

<sup>23</sup> BAUMAN, 2001, p. 148 (grifo do autor).

<sup>24</sup> Para trazer clareza ao parágrafo exposto, a “era do *hardware*, ou modernidade *pesada* – trata-se da modernidade obcecada pelo volume, uma modernidade do tipo ‘quanto maior, melhor’, ‘tamanho é poder, volume é sucesso’. Essa foi a era do *hardware*.” Já a “era do *software*, da modernidade leve, a eficácia do tempo como meio de alcançar valor tende a aproximar-se do infinito, com o efeito paradoxal de nivelar por cima (ou, antes, por baixo) o valor de todas as unidades no campo dos objetivos potenciais” (BAUMAN, 2001, p. 144, 149-150, grifos do autor).

<sup>25</sup> O autor destaca que “a busca da ‘proximidade das fontes da incerteza’ reduziu-se a um só objetivo – a instantaneidade” (BAUMAN, 2001, p. 152).

e estilos de vida: a **globalização**.<sup>26</sup> Esse novo contexto é marcado pela alta e crescente tecnologia que trouxe um grande avanço na economia e nos meios de comunicação e transporte, apresentando como globalizado um mundo mais homogêneo, onde as distâncias são relativas e as culturas se encontram e se misturam (OLIVEIRA, 2012, p. 29-30, grifo nosso).

O fenômeno da globalização avançou na contemporaneidade e no mundo líquido moderno, e trouxe inúmeras consequências “no indivíduo e para o indivíduo”. Parte-se da ideia de liberdade e o quanto a tecnologia auxiliou para que essa ideia se expandisse e acabasse por afetar os “laços humanos” não obstante os valores morais e éticos que predominaram a sociedade contemporânea. O autor afirma que “o que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel” (BAUMAN, 1999a, p. 8).

Para Bauman (2001), o final da Segunda Guerra Mundial deu margem ao ortodoxo “dever” da sociedade em emancipar-se,<sup>27</sup> ou seja, ser “livre”, buscar a “**liberdade**”, num viés de emancipar-se e de desejo de “libertar-nos da sociedade”. Pois bem, “o que era um problema – o problema específico para a sociedade que ‘cumpre o que prometeu’ – era a falta de uma ‘base de massas’ para a libertação.” Assim, poucas pessoas desejavam, de fato, serem libertadas, muito menos dispostas a agir para isso, e virtualmente ninguém tinha certeza de como a “libertação da sociedade” poderia se distinguir do estado do qual se encontrava (p. 25-26, grifo nosso).

Corolário da era da modernidade líquida, destaca Bauman (2001) uma teoria crítica<sup>28</sup> pela experiência de outra modernidade, obcecada pela ordem, e assim informada e orientada pelo *telos* (objetivo) da emancipação, muito diferente do modelo como bom fundamento empírico da ideia crítica. Não obstante, a “modernidade pesada/sólida/condensada/sistêmica da ‘teoria crítica’ era impregnada da tendência ao totalitarismo”<sup>29</sup> (p. 35-36, grifo do autor).

<sup>26</sup> O autor Zygmunt Bauman faz referência ao tema no seguinte sentido: “A ‘globalização’ está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um tema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. **Para todos**, porém, ‘**globalização**’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos” (BAUMAN, 1999a, p. 7, grifo nosso).

<sup>27</sup> O autor dispõe que, para se livrar desse grilhão, a sociedade precisava se libertar. Portanto, “‘Libertar-se’ significa literalmente libertar-se de algum tipo de grilhão que obstrui ou impede os movimentos; começar a *sentir-se* livre para se mover ou agir. ‘Sentir-se livre’ significa não experimentar dificuldade, obstáculo, resistência ou qualquer outro impedimento aos movimentos pretendidos ou concebíveis” (BAUMAN, 2001, p. 26).

<sup>28</sup> Quando o autor dispõe em seus textos sobre a **teoria crítica clássica**, baseia-se no autor Theodor W. Adorno (BAUMAN, 2001, p. 35, grifo nosso).

<sup>29</sup> Ressalta-se que “o tipo de modernidade que era alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece ‘pesada’ (contra a ‘leve’ modernidade contemporânea); melhor ainda, ‘sólida’ (e não ‘fluida’, ‘líquida’ ou

O anseio que a teoria crítica pretendia desarmar e neutralizar, e de preferência eliminar de uma vez, era aquela tendência totalitária de uma sociedade que se supunha sobrecarregada de inclinações totalitárias intrínsecas e permanentes. Seu principal objetivo era a defesa da autonomia, da liberdade de escolha e da autoafirmação humanas, do direito de ser e permanecer diferido. Observa-se que desde o início a teoria crítica avistava “a libertação do indivíduo da garra de ferro da rotina ou sua fuga da caixa de aço da sociedade afligida por um insaciável apetite totalitário, homogeneizante<sup>30</sup> e uniformizante como o último ponto de emancipação e o fim do sofrimento humano – o momento da ‘missão cumprida’” (BAUMAN, 2001, p. 37-38).

Sob a ótica de Bauman (2001), “a sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente.” O que faz a modernidade do século 21 ser tão diferente da do século passado são as formas de convívio humano, ou seja, uma compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta *modernização*.<sup>31</sup> Desse modo, se a modernidade original era compacta no alto, “a modernidade de hoje é leve no alto, tendo se livrado de seus deveres ‘emancipatórios’, exceto o dever de ceder a questão da emancipação às camadas médias e inferior, às quais foi relegada a maior parte do peso da modernização contínua” (p. 40-42, grifo do autor).

Observa-se que ser moderno passou a significar, como significa na atualidade, ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar estagnado. Movemo-nos e continuaremos a nos mover não tanto pelo “adiamento da satisfação”, mas pela *impossibilidade* de atingir a satisfação. Assim sendo, “ser moderno significa estar sempre à frente de si mesmo, num estado de constante transgressão”, podendo ser dividida<sup>32</sup> essa “modernidade” em duas formas

---

‘liquefeita’); condensada (contra difusa ou ‘capilar’); e, finalmente, ‘sistêmica’ (por oposição a ‘em forma de rede’))” (BAUMAN, 2001, p. 36).

<sup>30</sup> Conforme Bauman, “[...] quando as culturas se multiplicam, o mesmo ocorre com as escolhas acessíveis ao indivíduo, e o liberalismo é inteiramente a favor da liberdade de escolha. Os liberais, por conseguinte [...] – deviam estar interessados em fomentar ativamente a variedade e resistir a todas as pressões **homogeneizantes**” (1998a, p. 232, grifo nosso).

<sup>31</sup> A incompleta *modernização* vista por ser “a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de ‘limpar o lugar’ em nome de um ‘novo e aperfeiçoado’ projeto; de ‘desmantelar’, ‘cortar’, ‘defasar’, ‘reunir’ ou ‘reduzir’, tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou da competitividade)” (BAUMAN, 2001, p. 40, grifo do autor).

<sup>32</sup> “A **primeira** é o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão moderna: da crença de que há um fim do caminho em que andamos, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de sociedade boa, de sociedade justa e sem conflitos em todos ou alguns de seus aspectos postulados: do firme equilíbrio entre oferta e procura e a satisfação de todas as necessidades; da ordem perfeita, em que tudo é colocado no lugar certo, nada que esteja deslocado persiste e nenhum lugar é posto em dúvida; das coisas humanas que se tornam totalmente transparentes porque se sabe tudo o que deve ser sabido; do completo domínio sobre o futuro – tão completo que põe fim a toda contingência, disputa, ambivalência e consequências imprevisíveis das iniciativas humanas.” E “A **segunda mudança** é a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costuma ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado

caracterizadas primeiramente por uma antiga ilusão moderna, e depois, por uma desregulamentação e privatização das tarefas e deveres modernizantes (BAUMAN, 2001, p. 40-41, grifo do autor).

Observa-se que uma “modernidade sem modernismo” é também uma condição na qual não é mais viável esperar por um desarraigamento radical da miséria e pela libertação da condição humana do conflito e do sofrimento de uma vez por todas. Se a ideia da “boa sociedade” é permanecer relevante no cenário da modernidade líquida, ela deve representar uma sociedade devotada à noção de “dar uma chance a todos”, ou seja, remover os obstáculos que impedem essas chances de se concretizar. Consequentemente, “a única estratégia possível de uma ‘sociedade justa’ é a eliminação gradual dos obstáculos quando eles forem aparecendo, a cada novo apelo de reconhecimento” (BAUMAN, 2013, p. 88).

Constata-se que a “individualização” é a essência do problema que assombra a teoria social desde seu começo. A sociedade dá forma à individualidade de seus membros, e os indivíduos formam a sociedade a partir de suas ações na vida, “enquanto seguem estratégias plausíveis e factíveis na rede socialmente tecida de suas dependências.” Diante disso, os membros, como indivíduos, são a marca registrada da sociedade moderna, e existe uma atividade incessante de “individualização”, bem como as atividades desses indivíduos constituem a reformulação e renegociação diárias da rede chamada “sociedade”, e consequentemente passam por mutações constantes, o que acaba por gerar novas formas e novos preceitos (BAUMAN, 2001, p. 43).

Segundo Bauman (2001), a individualização consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma “tarefa”, e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências de sua realização, ou seja, “consiste no estabelecimento de uma autonomia *de jure* (independentemente de a autonomia *de facto* também ter sido estabelecida.” Dessa forma, é notório que os seres humanos não “nascem” em suas identidades; precisam “*tornar-se* o que já se *é* a característica da vida moderna” e “falar da individualização e da modernidade é falar de uma e da mesma condição social” (p. 44-45, grifos do autor).

---

(‘individualizado’), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. Ainda que a ideia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização adicional do *status quo*) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a autoafirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da ‘sociedade justa’ para o dos ‘direitos humanos’, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado” (BAUMAN, 2001, p. 41-42, grifo nosso-grifo do autor).

Denota-se que a experiência da alteridade, algo essencial nas interações sociais, na construção na identidade<sup>33</sup> e para o enriquecimento existencial da nossa personalidade, é vivida de forma diferente e nova, tendendo à diluição da figura do “outro” em conjunto com a supervalorização do “eu”. Percebendo essa situação, é possível encontrar a mais marcante característica da vida e da sociedade no seu estado líquido da modernidade: a fatalidade da individualização e seu acelerado processo no homem moderno e, por consequência disso, a fragilidade que ela causou nos laços humanos (OLIVEIRA, 2012, p. 30).

### 3. Democracia como a primeira vítima da desigualdade em tempos de modernidade líquida: um breve estudo sobre a anomia cultural

Para entrar no abrangente tema modernidade e poder tratar sobre a teoria do estado, teoria política e teoria cultural,<sup>34</sup> e, ainda, perceber a densa problemática da vida moderna – a **desigualdade cultural** –, veremos a modernidade (BAUMAN, 1999b, p. 12, grifos nosso) como um tempo no qual “se reflete a *ordem* – a ordem do mundo, do *habitat humano*, do ‘*eu humano*’ e da conexão entre os três: um objeto de pensamento, de preocupação, de uma prática ciente de si mesma, cônica de ser uma prática consciente e preocupada com o vazio que deixaria se parasse ou meramente relaxasse.”

Para Bauman (1999b), seria fútil decidir se a cultura moderna oculta ou serve à vivência moderna; ela acaba fazendo as duas coisas e apenas podem fazer uma em conjunto com a outra. A negação compulsiva é a positividade da cultura moderna. A anomalia da cultura moderna é a sua funcionalidade. A luta<sup>35</sup> dos poderes modernos por uma ordem artificial precisa de uma cultura que explore os seus limites e as limitações do poder do artifício. A luta pela ordem informa essa exploração e é, por sua vez, informada pelas suas descobertas (p. 17).

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, Bauman discorre que a “(‘identidade é um eu transitório’), [...] parecemos deslocados e excluídos sempre que a nossa situação é medida [...] pela aparente infinidade de possibilidades intromissoras, tentadoras, sedutoras e, sobretudo, inéditas [...] duas proposições estão entre os principais *axiomas* discerníveis em todos os estudos sobre problemas pós-modernos de identidade: ‘o eu é indefinido, todo eu é possível’ e ‘o processo de autocriação nunca termina’. A vida diária fornece um monte de evidências indicando que essas proposições não requerem de fato outras provas e podem ser aceitas como axiomas.” (2000, p. 30, grifo nosso).

<sup>34</sup> Destaca-se que Bauman assim conceitua “a cultura”: “seria um agente da mudança do status quo, e não de sua preservação; ou, mais precisamente, um instrumento de navegação para orientar a evolução social rumo a uma condição humana universal” (2013, p. 12).

<sup>35</sup> Conforme Bauman, “No processo, a luta perde seu ímpeto inicial: a belicosidade nascida da ingenuidade e da ignorância. Aprende, em vez disso, a conviver com sua própria permanência, inconclusividade – e falta de perspectiva. Esperançosamente, aprenderia no final os difíceis dons da modéstia e da tolerância” (1999b, p. 17).

A interpretação “cultural”, tal como sua preexistência, suporta em silêncio o fato de que a desigualdade social<sup>36</sup> é um fenômeno amplamente autoinduzido. A representação das múltiplas divisões sociais nascidas da desigualdade é como um produto inevitável do livre-arbítrio, não como uma incômoda barreira, tornando-se um dos principais fatores de sua consolidação (BAUMAN, 2013, p. 48). Destarte, a visão “culturalista” do mundo não mostra que a desigualdade é sua própria causa mais resistente, e que “apresentar as divisões que ela gera como um aspecto inalienável da liberdade de escolha, e não como um dos maiores obstáculos a essa liberdade de escolha, é um dos principais fatores de sua perpetuação” (BAUMAN, 2003, p. 99).

Para verificar a conexão entre cultura e comunidade sob a ótica da modernidade líquida, é relevante abordar a ideia conceitual de Bauman com relação à comunidade. Pode-se asseverar que “a comunidade é um lugar ‘cálido’, um lugar confortável e aconchegante [...] aqui, na comunidade, podemos relaxar – estamos seguros, não há perigos ocultos (com certeza, dificilmente um ‘canto’ aqui é ‘escuro’).” Desse modo, numa perspectiva “ingênua,<sup>37</sup>” em uma comunidade todos nós nos entendemos bem, podemos confiar no que ouvimos, estamos seguros a maior parte do tempo e dificilmente ficamos desconcertados ou somos surpreendidos, e com isso nunca somos estranhos entre nós. (2003, p. 7-8).

É significativo salientar que a história da modernidade é uma história de tensão entre a existência social e a cultura. A existência moderna força sua cultura a ser oposta a si mesma. A história da modernidade redireciona a sua dinâmica excêntrica e sem precedentes da velocidade com que descarta ininterruptas versões de harmonia, “primeiro desacreditando-as como nada mais que pálidos e imperfeitos reflexos dos seus *foci imaginarii*. Pela mesma razão, pode ser vista como a história do progresso, como a história natural da humanidade” (BAUMAN, 1999b, p. 17, grifo do autor).

Vale ressaltar que o autor deixa claro que ele chama de “modernidade” um período histórico que começou na Europa Ocidental, no século 17, com uma série de transformações socioestruturais e intelectuais profundas que atingiram sua maturidade, primeiramente como projeto cultural, com o avanço do Iluminismo, e depois como uma forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial. Modernidade, portanto, da forma

---

<sup>36</sup> O sociólogo dispõe sobre uma das suposições tácitas e aceitas pela sociedade como “óbvias”, que é: “a desigualdade entre os homens é natural; assim, ajustar as oportunidades de vida humana à sua inevitabilidade beneficia todos nós, enquanto adulterar seus preceitos prejudica todos” (BAUMAN, 2015, p. 49).

<sup>37</sup> Já numa perspectiva real da modernidade líquida, Bauman destaca que “Em suma, ‘comunidade’ é o tipo de mundo que não está, lamentavelmente, a nosso alcance – mas no qual gostaríamos de viver e esperamos vir a possuir. [...] – ‘Comunidade’ é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido – mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá” (2003, p. 9).

como emprego o termo, de modo algum é idêntica a modernismo (BAUMAN, 1999b, p. 299-300).

Como visto na primeira parte do presente trabalho (BAUMAN, 2001), a modernidade<sup>38</sup> deu ênfase à individualização dos povos, tornando-os inseguros e buscando, de forma instantânea, tratar esse problema que os afeta. O autor (BAUMAN, 2017a) dispõe que um dos mecanismos utilizados para fornecer essa “segurança” é por intermédio do Estado, por uma política organizada e eficaz como modo de protegê-los. Percebe-se que o Estado, por meio da “securitização<sup>39</sup>”, traz “conforto” aos cidadãos e, dessa forma, deixa-os livres da insegurança (p. 34). Logo, “reconhecer e localizar desigualdades ‘injustas’ passou a ser, para todos os fins e propósitos práticos, ‘desregulamentado’ e em grande medida ‘individualizado’, no sentido de ser deixado à avaliação subjetiva” (BAUMAN, 2015, p. 119).

Observa-se que a “insegurança<sup>40</sup>” não é apenas um meio pelo qual os políticos buscam ganhos eleitorais. É verdade, contudo, que a insegurança real “inserida na condição existencial de setores cada vez mais amplos da população é um grão bem-vindo ao moinho dos políticos.” A vulnerabilidade está num processo de se converter em um ingrediente de extrema relevância, ou até principal – da atual moldagem técnica de governo (BAUMAN, 2017a, p. 33). O autor refere-se metaforicamente à insegurança num sentido universal da seguinte forma: “A insegurança atual é semelhante à sensação que provavelmente teriam os passageiros de um avião ao descobrirem que a cabine de comando está vazia, que a voz amiga do piloto é apenas uma mensagem gravada” (BAUMAN, 2000, p. 28).

Diante deste cenário, é possível afirmar que, em tempos líquido-modernos, a cultura é modelada para se ajustar à liberdade individual de escolha e à responsabilidade, e que sua

---

<sup>38</sup> Conforme Bauman (1998b, p. 26), “é corrosiva a suspeita de que o Holocausto possa ter sido mais do que uma aberração, mais do que um desvio no caminho de outra forma reta do progresso, mais do que um tumor canceroso no corpo de outra forma sadio da sociedade civilizada; a suspeita, em suma, de que o Holocausto não foi uma antítese da civilização moderna e de tudo o que ela representa [...]. Suspeitamos (ainda que nos recusemos a admiti-lo) que **o Holocausto pode ter meramente revelado um reverso da mesma sociedade moderna** cujo verso, mais familiar, **tanto admiramos**” (grifo nosso).

<sup>39</sup> O sociólogo Bauman traz os problemas dessa “securitização” e os divide em dois pontos principais. “No **primeiro** tipo de problema encontram-se fatores fundamentais da condição humana, como oferta de empregos de qualidade, a confiança e a estabilidade da condição social, a proteção efetiva contra a degradação social e a imunidade quanto à negação da dignidade – todos esses determinantes da segurança e do bem-estar que os governos, os quais antes prometiam pleno emprego e uma ampla previdência social, são hoje incapazes de anunciar, que dirá fornecer. No **segundo** tipo, a luta com terroristas que conspiram contra a segurança de pessoas comuns e suas estimadas posses facilmente se destaca e ganha predominância – ainda mais pela sua chance de alimentar e sustentar a legitimação do poder e os efeitos do esforço de amealhar votos por um longo tempo. Afinal, a vitória definitiva nessa luta continua a ser uma possibilidade distante (e bastante duvidosa)” (2017a, p. 34, grifo nosso).

<sup>40</sup> O autor dispõe que “a insegurança sobre como ganhar a vida, somada à ausência de um agente confiável capaz de tornar essa situação menos insegura ou que sirva pelo menos de canal para as reivindicações de uma segurança maior, é um duro golpe no coração mesmo da **política de vida**” (BAUMAN, 2000, p. 28, grifo nosso).

função é garantir que a escolha seja e continue a ser uma necessidade e um dever inevitável da vida. A responsabilidade pela escolha e suas consequências, no entanto, permanecem onde foram colocadas pela condição humana líquido-moderna – sobre os ombros do indivíduo, agora nomeado para a posição de gerente principal da “política de vida” –, ou seja, a seu único chefe: o executivo (BAUMAN, 2013, p. 17).

Percebe-se que os governos<sup>41</sup> não estão interessados em “livrar a ansiedade de seus cidadãos”, mas sim em alimentar a ansiedade que nasce da incerteza quanto ao futuro e do seu incessante e onipresente sentimento de insegurança, desde que as raízes dessa insegurança possam ser ancoradas em lugares que forneçam amplas oportunidades aos políticos de “aparecer”, ao mesmo tempo em que ocultam os governantes desalentados diante de uma tarefa, fracos demais para a levar a cabo (BAUMAN, 2017a, p. 33-34).

Em tempos modernos, a nação era a outra parte do Estado e a arma principal para a luta da soberania sobre o território e com a sua população. Bauman dispõe que a maior parte da credibilidade da nação e de seu atrativo, como uma garantia de segurança e de durabilidade, deriva de uma associação íntima com o Estado e, por meio dele, de ações que buscam estabelecer a certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e passível de confiança, porque coletivamente assegurado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o estado que “não é mais a ponte segura além do confinamento da mortalidade individual, em um chamado ao sacrifício do bem-estar individual, para não falar da vida individual” (2001, p. 230-231).

Consoante Bauman (2000), é possível identificar que as autoridades do Estado nem mesmo fingem que são capazes de garantir a segurança de todos os cidadãos que estão sob sua responsabilidade. Os políticos de todas as vertentes deixaram claro que, dada a rigorosa exigência de competitividade, eficiência e flexibilidade, já “não podemos nos permitir<sup>42</sup>” redes de segurança que comportem a todos. É possível perceber facilmente que “os políticos prometem modernizar as estruturas seculares de vida dos seus súditos, mas as promessas são presságios de mais incerteza, mais insegurança e menos garantia contra os caprichos do destino” (BAUMAN, 2000, p. 47).

Diante disso, observa-se que o desejo de segurança traz consigo o anseio por identidade. Embora pareça estimulante em um espaço de tempo longo, cheio de promessas e

---

<sup>41</sup> O sociólogo afirma que “no coração da política da vida jaz um desejo profundo e insaciável de **segurança**, mas agir segundo esse desejo redundaria em **insegurança** ainda maior e mais profunda” (BAUMAN, 2000, p. 31, grifo nosso).

<sup>42</sup> Nesse sentido, Bauman destaca que “[...] os governos não podem honestamente prometer aos cidadãos uma existência segura e um futuro garantido; mas podem, por ora, pelo menos eliminar parte da carga de ansiedade acumulada (e até lucrar com isso do ponto de vista eleitoral)” (2000, p. 58).

premonições vagas de uma experiência ainda não vivenciada, flutuar sem nenhum apoio num espaço pouco definido, em um lugar “teimosamente, perturbadoramente, ‘nem-um-nem-outro’, torna-se a longo prazo uma condição enervante e produtora de ansiedade.” Por outro viés, uma posição fixa dentro de uma infinidade de possibilidades também não se torna uma perspectiva atraente. “Em nossa época líquido-moderna, em que o indivíduo livremente flutuante, desimpedido, é o herói popular, ‘estar fixo’ – ser ‘identificado’ de modo inflexível e sem alternativa – é cada vez mais malvisto” (BAUMAN, 2005, p. 35).

Verifica-se que, ao longo de muitos séculos, a crença na desigualdade natural de talentos, capacidades e faculdades individuais da humanidade permaneceu como um dos fatores mais poderosos a contribuir para a plácida aceitação da desigualdade social existente. Ao mesmo tempo, contudo, “essa crença forneceu um freio moderadamente efetivo para conter sua extensão, oferecendo uma marca de referência” para reconhecer e medir dimensões excessivas da desigualdade a qual constantemente, reclama por reparo (BAUMAN, 2015, p. 120).

Sob a ótica de um Estado reconhecido por ser democrático com o fim de não deixar prevalecer a **desigualdade**, é possível estabelecer, conforme Bauman (2013), que, se concordarmos que o reconhecimento das diferenças entre culturas é o ponto de partida correto para um debate racional sobre o compartilhamento dos valores humanos, devemos, então, concordar também que o “regime constitucional” é um arcabouço capaz de abrigar esse debate. Além disso, deve-se lembrar que uma sociedade autônoma é inconcebível sem a autonomia de seus membros, tal como uma república é inimaginável sem que os direitos dos cidadãos estejam profundamente desenvolvidos e sejam respeitados (p. 63, grifo nosso).

Bauman afirma que “**a principal vítima do aprofundamento da desigualdade será a democracia**,”<sup>43</sup> uma vez que a parafernália cada vez mais escassa, rara e inacessível da sobrevivência e da vida aceitável se torna objeto de rivalidades cruelmente sangrentas” entre os cidadãos bem-providos e os necessitados e abandonados. Contata-se que a desigualdade social parece agora estar mais perto do que nunca em “se transformar no primeiro moto-perpétuo da

---

<sup>43</sup> Em uma entrevista dada por Bauman, quando indagado sobre tal afirmação, respondeu que “podemos descrever o que está acontecendo no momento como uma **crise da democracia**, o colapso da confiança: a crença de que nossos líderes não são apenas corruptos ou estúpidos, mas ineptos. A ação requer poder, poder fazer coisas, e precisamos de política, que é a capacidade de decidir o que precisa ser feito. Mas esse casamento entre poder e política nas mãos do Estado-nação terminou. O poder foi globalizado, mas a política é tão local quanto antes. A política teve suas mãos cortadas. As pessoas já não acreditam no sistema democrático porque não cumpre suas promessas. [...]. Nossas instituições democráticas não foram projetadas para lidar com situações de interdependência. **A crise atual da democracia é uma crise das instituições democráticas.**” Tais informações foram coletadas em uma entrevista dada por Zygmunt Bauman à revista espanhola El País, publicada no dia 25 de janeiro de 2016. Disponível em: <[https://elpais.com/elpais/2016/01/19/inenglish/1453208692\\_424660.html](https://elpais.com/elpais/2016/01/19/inenglish/1453208692_424660.html)>. Acesso em: 10 fev. 2018 (grifo nosso).

história – o qual os seres humanos, depois de inumeráveis tentativas fracassadas conseguiram inventar e pôr em movimento” (2015, p. 9-10, 19, grifo nosso).

Observa-se a questão “justiça” e “injustiça” numa concepção popular na desigualdade, quando, conforme Bauman (2015), a segunda concepção é que é a noção primária, a noção “não marcada”, ao mesmo tempo em que sua oposta, a noção de “justiça”, tende a ser definida com referência à outra. Em qualquer cenário social particular, portanto, o padrão de justiça é “evocado pela forma de injustiça, no momento percebida como ofensiva, dolorosa e enraivecadora – e, por isso, a que mais apaixonadamente se deseja superar e eliminar; em suma, a “justiça” é entendida como negação de um caso específico de “injustiça” (p. 113-114).<sup>44</sup>

Diante deste cenário, para Bauman a democracia liberal<sup>45</sup> é considerada uma das mais poderosas utopias modernas que desenharam o modelo que deveria estruturar e governar uma boa sociedade ou, pelo menos, desenhar uma sociedade garantida contra algumas deficiências. Quando se fala de utopia ou realismo, pode-se concluir que a democracia liberal é uma ousada tentativa de realizar um equilíbrio excessivamente difícil, sendo uma tarefa que poucas sociedades assumiram em outros tempos e lugares e que, de fato, nenhuma conseguiu materializar, quanto mais tornar seus resultados seguros e duradouros (2000, p. 157).

Perante o exposto, o resultado global são as atuais “condições fluidas de anomia generalizada e rejeição das normas” em todas as suas versões. De fato, a distância entre o ideal de democracia liberal e sua versão real aumenta ao invés de diminuir. Precisa-se percorrer um longo caminho “antes de sequer pensarmos em alcançar uma sociedade na qual ‘os indivíduos reconheçam sua autonomia junto com os laços de solidariedade que os unem’” (BAUMAN, 2000, p. 159).

Constata-se, segundo Bauman (2003, p. 48), incerteza, obscuros medos e premonições em relação ao futuro que assombram a sociedade no ambiente fluido e em perpétua transformação, em que as “regras do jogo” mudam no meio da partida sem qualquer aviso ou padrão legível; não une os sofreadores: antes os divide e os separa. As dores da incerteza e seus

---

<sup>44</sup> Zygmunt Bauman traz, quando faz referência a Thomas Hobbes na modernidade sólida pelo seu absolutismo, que, para Hobbes, “nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, e consequentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo” (2003, p. 99).

<sup>45</sup> Outras perspectivas do autor sobre democracia liberal é que, “tanto na sua versão visionária quanto na sua versão prática, é uma tentativa de manter a eficiência política do Estado no seu papel de guardião da paz e de mediador entre os interesses do grupo e dos indivíduos, permitindo a livre formação dos grupos e a livre auto-afirmação dos indivíduos e sua livre escolha do estilo de vida que quiserem seguir. [...] A democracia liberal, em outras palavras, aspira à quadratura de um dos mais notórios círculos dentre os menos enquadráveis – para preservar simultaneamente a liberdade de agir do Estado, dos indivíduos e de suas associações, ao mesmo tempo, que faz da liberdade de cada um uma condição para a liberdade dos outros” (BAUMAN, 2000, p. 157-158).

obscuros medos com relação ao futuro, que causam aos indivíduos, “não se somam, não se acumulam nem condensam numa espécie de ‘causa comum’ que possa ser adotada de maneira mais eficaz unindo as forças e agindo em uníssono.”

Observa-se que “a decadência da comunidade nesse sentido se perpetua; uma vez instalada, há cada vez menos estímulos para deter a desintegração dos laços humanos e para procurar meios de unir de novo o que foi rompido.” O destino dos indivíduos que lutam em solidão pode ser angustiante e pouco atraente, mas firmes compromissos a atuar em conjunto parecem prometer mais perdas do que ganhos. “Pode-se descobrir que as jangadas são feitas de mata-bor-rão só depois que a chance de salvação já tiver sido perdida” (BAUMAN, 2003, p. 48). Diante disso, parece que a globalização tem “mais sucesso em aumentar o vigor da inimizade e da luta intercomunal do que em promover a coexistência pacífica das comunidades” (BAUMAN, 2001, p. 239).

Certifica-se que as duas coisas de que temos certeza hoje em dia são: que há pouca esperança de serem amenizadas as “dores” de nossas atuais incertezas, e que mais incertezas ainda estão por vir. É possível observar grupos e categorias sociais lançados numa incerteza particularmente viciosa, e que têm feito o máximo para atar as mãos daqueles que estão numa “melhor posição para poder calcular os efeitos de seus movimentos – ao mesmo tempo tentando desamarrar as próprias mãos e se tornar assim uma fonte de incertezas para os adversários” (BAUMAN, 2000, p. 32, 35).

#### **4. Conclusão**

O cenário da atual sociedade nos mostra a crise da modernidade em sua forma mais avançada; um momento complexo que esboça mudanças pós-modernas na sociedade, na teoria, na cultura, na ética e na política. As mudanças na sociedade e na cultura contemporâneas exigem novos modos de pensamentos morais e políticos para tentar responder adequadamente às novas condições sociais. Isso requer uma espécie de (re)configuração da teoria social crítica e novas tarefas para uma sociologia pós-moderna.

Nesse sentido, Bauman representa desafios fundamentais para a teoria social contemporânea e oferece uma versão pós-moderna original e provocativa da imaginação sociológica, nos quais fornece o esboço das mudanças sociais e culturais fundamentais de nosso tempo e as formas como a teoria e a política devem ser alteradas para tentar responder, de maneira democrática, a estas questões, mesmo reconhecendo a sua visão cética com relação às possibilidades de mudanças na política contemporânea.

Observa-se que, quando utilizadas como argumentos que reduzem a frustração e a autocrítica, as crenças sobre a naturalidade da desigualdade acabam por serem uma espécie de “motivação” para aqueles situados nos degraus inferiores da escala dos desiguais. Elas também dão uma advertência conveniente a todos aqueles que não prestaram atenção aos cidadãos que miraram mais alto que sua própria capacidade, aos quais lhes permitiria alcançar ou realizar para a convivência em uma sociedade civilizada, de fato (BAUMAN, 2015, p. 112).

Diante disso, no fim das contas, essa espécie de “motivação” incita a nos reconciliarmos com esse sombrio crescimento da desigualdade e, por consequência, mitigando a dor da rendição e da resignação com o fracasso, ao mesmo tempo em que amplia a vantagem contra a desarmonia e a resistência. Para resumir, elas ajudam a desigualdade social a persistir e a se aprofundar sem ceder (BAUMAN, 2015, p. 111-112). O autor dispôs, portanto, em uma entrevista, que “ainda está ligado à ideia socialista de que uma sociedade deve ser medida pela qualidade de vida de seus membros mais fracos”.<sup>46</sup>

A era moderna, em sua liquidez, veio, desde seu início, predominante de um “Holocausto”, e essa se dissolve assim que a sociedade passa a funcionar mal, numa condição de anomia e livre-regulação social; “as pessoas podem reagir sem considerar a possibilidade de estar ferindo as outras. [...]” Deste modo, “o Holocausto foi um fracasso, não um produto, da modernidade”. Nessa perspectiva, percebeu-se a política como uma “Solução Final” para esse Holocausto moderno, mas essa ideia, no decorrer da era moderna, acabou por resultar uma preocupação gerada por uma “burocracia fiel em sua forma e propósito” (BAUMAN, 1998b, p. 22-23, 37).

Por fim, é possível reconhecer que a era pós-moderna trouxe consequências irrefutáveis para a sociedade. Uma dessas consequências, diante de muitas que merecem ser estudadas de maneira aprofundada posteriormente, é a desigualdade cultural e seus efeitos, que acabam por ser insanáveis e incuráveis diante da história pela qual passaram, mas podem tomar uma direção distinta, a qual estar-se-á enfrentando na atualidade por meio de uma democracia eficaz, que cumpra com suas promessas e que, acima de tudo, as instituições democráticas se projetem de uma forma que consigam lidar com as situações de interdependência enfrentadas na política, refletindo, por consequência disso, instantaneamente na aplicação e na eficácia do Direito.

---

<sup>46</sup> Disponível em: <<https://032c.com/2016/zygmunt-bauman-love-fear-and-the-network/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

## 5. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1998b.

\_\_\_\_\_. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1999a.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1999b.

\_\_\_\_\_. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Identidade**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **A cultura no mundo líquido moderno**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2013.

\_\_\_\_\_. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2015.

\_\_\_\_\_. **Estranhos à nossa porta**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Retrotopia**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017b.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** (1651). Tradução Eunice Ostrenky. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

KELLNER, Douglas. Zygmunt Bauman's Postmodern Turn. **SAGE journals – Theory, Culture & Society**. First Published February, ISSUE 1, vol. 1, London, England, 1998. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026327698015001008>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. Zygmunt Bauman: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. **Revista sem Aspás**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/semaspas/article/view/6970>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

## QUESTÕES FILOSÓFICAS DA CONVENÇÃO-QUADRO PARA CONTROLE DO TABACO

**Yuri Nathan da Costa Lannes**

*Bolsista PROSUP/CAPES, Universidade Presbiteriana Mackenzie*

**Valter Moura do Carmo**

*UFSC e Universidade de Marília – UNIMAR*

### **Resumo**

O presente artigo aborda a questão da Convenção-Quadro Para Controle do Tabaco e as questões filosóficas acerca da ética que envolve o tema. Baseado no método dedutivo e nos procedimentos de pesquisa bibliográfico, objetiva-se encontrar suporte para proporcionar a análise e apontar considerações a respeito da Convenção-Quadro Para Controle do Tabaco e suas limitações. Para tanto, inicialmente se analisam questões a respeito da convenção. Em um segundo momento serão apreciadas questões éticas e de valoração da ação. E ao final, uma análise dos princípios da liberdade e tolerância, focados em uma solução para proteção do indivíduo e de suas liberdades.

**Palavras-chave:** Convenção-Quadro para controle do tabaco, ética, liberdade, tolerância.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

His paper addresses the issue of the Framework Convention for Tobacco Control and philosophical questions about the ethics surrounding the subject. Based on deductive and inductive methods and research procedures of publications objective is to find support to provide the analysis and point considerations of the Framework Convention for Tobacco Control and its limitations. Therefore, initially discussed issues concerning the Convention. The second step will be appreciated ethical and valuation of action. Moreover, at the end, an analysis of freedom and tolerance, focused on a solution for protection of the individual and his freedoms.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Framework Convention on Tobacco Control, Ethics, Freedom, Tolerance.

## **1. Introdução**

Quando se fala da Convenção-Quadro Para Controle do Tabaco, pensa-se inicialmente na proteção de pessoas da exposição ao tabagismo. A questão ética entra justamente para ponderar a possibilidade de autodeterminação das pessoas, passando por uma análise histórica do pensamento ético, do certo e do errado, do que é bom e do que deixa de ser bom, até o ponto em que se percebe que o que é bom de uma determinada perspectiva pode não ser de outra, ou o que é considerado ruim para um indivíduo pode não ser considerado para outro, passando pelas complexidades de perspectivas e do valor da ação, até chegar na análise da liberdade e da tolerância.

O problema se apresenta com a seguinte questão: é possível definir um limite de atuação do Estado na promoção da proteção de pessoas expostas ao tabagismo? Se é possível, qual seria esse limite? Preocupa-se então em buscar definir questões filosóficas nas éticas que se relacionam com liberdade e tolerância para sopesar a ação do Estado. Tendo como objetivo a verificação da postura adotada pelo Estado contemporâneo frente a questões filosóficas a serem analisadas.

A relevância temática se apresenta na medida em que buscará, através de uma releitura dos institutos da filosofia, apresentar justificativas que poderão aperfeiçoar a proteção do direito dos cidadãos frente a um Estado interventor.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho tem alicerce no método dedutivo baseado nos procedimentos de pesquisa de material bibliográfico. Desta maneira, buscar-se-á apresentar inicialmente o que objetiva a convenção quadro em uma perspectiva internacional, qual é a situação que se mostra no ambiente interno, além de esclarecer questões relacionadas à ética, virtude e ao valor da ação, bem como de questões relacionadas a liberdades e tolerância, tendo como referencial teórico os preceitos da moral de Kant.

## **2. Convenção-Quadro para controle do Tabaco**

Inicialmente, observam-se alguns detalhes de ordem prática, contextualização e informações importantes da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco no cenário internacional e interno, para num momento seguinte se adentrar a discussões que envolvem os direitos e liberdades intrincados nessa celeuma.

Nota-se, então, que se trata de um primeiro tratado internacional que versa sobre saúde pública da história da Organização Mundial de Saúde (adotado pela Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e que entra em vigor no Brasil com o Decreto número 5.658, de 02 de janeiro de 2006) em um cenário mundial de crescente preocupação com o avanço do tabagismo.

Tal tratado, em seu artigo 3º, aponta como objetivo “proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco”. Tem como pontos principais um ambiente livre do tabaco, a responsabilidade civil das empresas envolvidas em toda a cadeia de produção de produtos tabagistas e questões relacionadas aos aditivos do tabaco.

Nesse contexto, diante de um compromisso político mundial, cada país membro se responsabiliza por estabelecer e apoiar (no âmbito internacional, nacional e regional) medidas multissetoriais e coordenadas buscando: a) medidas com a finalidade de proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco; b) medidas para prevenir a iniciação no mundo tabagista, promover e apoiar a cessação e alcançar a redução do consumo de tabaco em quaisquer de suas formas; c) inclusão de pessoas e comunidades indígenas nos programas de controle do tabaco que sejam social e culturalmente apropriados as suas necessidades e perspectivas; e, por fim, d) medidas, na elaboração das estratégias de controle do tabaco, que tenham em conta aspectos específicos de gênero.

Passando para o âmbito interno, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), segundo o artigo 8º da Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, estabelece que à agência compete “regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública”. Constam do referido artigo três verbos que garantem a elucidação da competência da ANVISA, quais sejam, editar regulamentos, controlar e fiscalizar produtos e serviços. Parece também não haver dúvidas na contemporaneidade de que o tabaco e seus derivados causam riscos à saúde pública. A conclusão mais óbvia nesse sentido é de que há competência da ANVISA, então, para regulamentar, fiscalizar e controlar os produtos relacionados ao tabaco.

### **3. Ética, virtude e o valor da ação**

O objeto íntimo do presente trabalho não é necessariamente discutir questões relacionadas diretamente à capacidade/competência ou não para a ANVISA regulamentar, fiscalizar e controlar ou não a produção e consumo de produtos tabagistas, mas pensar em questões filosóficas que permeiam e, por assim dizer, são em certo ponto anteriores a essa

discussão. Também não se quer discutir sobre os malefícios do cigarro, diante da certeza quase que absoluta que se tem dos problemas que ele causa.

Tem-se em mente uma questão de suma importância na sociedade contemporânea. É importante debruçar-se sobre temas que irão causar complexo desconforto em uma sociedade cheia de certezas e que busca soluções prontas em manuais como “dez passos para uma vida feliz”, como se fosse possível resumir a felicidade de uma vida plena em apenas dez passos.

A discussão sobre a ética, no contexto dos primórdios dos discursos filosóficos pré-socráticos, nada mais é do que a busca de melhores maneiras de se conviver e, a pergunta que se faz, em torno da produção e consumo de tabaco, caminha justamente nessa mesma direção. A escola pitagórica buscava a ideia de uma vida boa. E, nesse sentido, parece que a filosofia concorre com a religião na busca da salvação do homem da morte.<sup>1</sup>

Em Platão, encontra-se uma preocupação que não é nem com a vida boa nem com o continuar vivo, mas efetivamente com uma saúde coletiva, com o todo, com uma sociedade e não com uma pessoa individualmente considerada.

Uma passagem na obra de Platão (1997, p. 57-58), que bem exemplifica esse pensamento, encontra-se em a República, no diálogo de Sócrates e Glauco, onde inicialmente Sócrates apresenta, partindo de um modelo dietético, uma sociedade sã, sem muitas necessidades, uma cidade de poucos luxos, que é rebatida por Glauco, que pensa em uma cidade onde “devem se deitar em camas, [...] se quiserem sentir-se confortáveis, comer sentados à mesa e servir-se de pratos e de sobremesas hoje conhecidos”, ou seja, uma cidade de muitos luxos, iguarias, sofisticações.

Na sequência do diálogo, Sócrates replica dizendo que então seria necessário aumentar a cidade para enchê-la de pessoas que precisarão estar nas cidades para propiciar os luxos, como os músicos, poetas, atores, ambulantes, fabricantes, aumentando o número de servidores, pedagogos, amas, governantas, criadas de quarto, cozinheiros, médicos, pessoas e coisas que não havia na primeira cidade, porque não havia necessidade, mas que para a atual se tornam indispensáveis.

Partido dessa situação, parece que a pátria que era suficiente para alimentar seus habitantes, torna-se demasiadamente insuficiente e pequena. E Sócrates pondera: “então seremos obrigados a tomar as pastagens e lavouras dos nossos vizinhos? E eles farão a mesma

---

<sup>1</sup> Para Luc Ferry (2012, p. 11): “se as religiões se definem como ‘doutrina da salvação’ **por um outro**, pela graça de Deus, as grandes filosofias poderiam ser definidas como doutrinas da salvação **por si mesmo**, sem a ajuda de Deus.” (grifos no original).

coisa em relação a nós, se, ultrapassando os limites do necessário, se entregarem, como nós, a uma insaciável cupidez?”

Evidentemente o diálogo prossegue, mas desse trecho se pode retirar a ideia de uma sociedade que prima por uma saúde coletiva sem a escravização de muitos em favor do luxo de poucos, todos vivem uma vida de acordo com suas necessidades básicas sem a exploração do próximo. Mas também não parece que a sociedade contemporânea se preocupe muito com isso, basta constatar a marcha consumista a que se deu vida nos últimos anos.

Segundo Bauman (2004, p. 120),

Nada no mundo se destina a permanecer, muito menos para sempre [...] nada é necessário de fato, nada é insubstituível [...] tudo deixa a linha de produção com um prazo de validade afixado [...] A modernidade líquida é uma civilização do excesso, da superfluidade, do refúgio e da sua remoção.

Nessa mesma perspectiva de sociedade para o consumo Budrillard (1996, p. 33)

[...] é absurdo falar de uma ‘sociedade de consumo’ como se o consumo fosse um sistema de valores universal, próprio de todos os homens, uma vez que fundado na satisfação das necessidades individuais. Na verdade, trata-se de uma instituição e de uma moral e, a este título, em qualquer sociedade passada ou futura, de um elemento da estratégia de poder.

Perceba-se que ao se discorrer de apenas duas linhas primitivas sobre o pensamento filosófico já se depara com um enorme problema para alinhamento entre elas e entre elas e o pensamento contemporâneo de modelo de sociedade. Não há um entendimento uníssono no âmago individual de cada e todo cidadão que nos faça aceitar um valor como absoluto na sociedade contemporânea, muito pelo contrário, parece que cada um fala uma coisa em uma língua e não há de fato um entendimento, ou um valor, que se possa colocar como absoluto, apesar das tentativas cotidianas de Estados e indivíduos de fazerem valer as suas crenças, seus valores e suas vontades aos demais, e a questão do tabaco nem poderia ficar de fora dessas tentativas.

Quando se fala em valor da ação, percebe-se que a ética se preocupa com comportamentos humanos, mas não se preocupa necessariamente com a conduta das pessoas. Quer dizer que a investigação não recai sobre o porquê as pessoas agem como agem (talvez este estudo seja objeto das psicologias sociais), mas sim como elas deveriam agir, o objeto de estudo é a deontologia do comportamento humano.

Partindo desse pressuposto, a preocupação que se tem é em como se deve agir, ou qual é a vida que vale a pena ser vivida? Nesse ponto, a conduta individualizada ensimesmada desta

ou daquela situação singular não tem muita importância para o processo de avaliação, o que é significativo e uma coletividade de condutas que levam a um fim, ou uma visão de conjunto, que para o pensamento grego aristotélico só poderá ser avaliado após o fim da vida do indivíduo praticante do conjunto de condutas a serem avaliadas. Esse pensamento corresponde ao chamado de ética das virtudes – uma forma de pensamento que tem por objeto a vida e sua trajetória – e que tem como obra de referência o livro *Ética a Nicômaco* de Aristóteles (2013). Preocupa-se com o viver uma vida que proporcione o desabrochar das virtudes (o que Aristóteles denominava de eudaimonia), uma boa ação então é aquela que propicia o pleno florescer das próprias potencialidades.

Enquanto a ética das virtudes tem seu foco na coletividade das condutas, nas teorias morais o foco é voltado para as questões das condutas individualizadas, o certo e o errado para as situações que permeiam a individualidade de cada conduta. A busca não é pelo julgamento de uma vida boa ou ruim, mas busca-se avaliar as condutas a partir dos resultados obtidos. Essas maneiras de pensar podem ser resumidas em duas teorias, sendo que a primeira se subdivide em mais duas (a teria consequencialista [dividida em pragmatismo e utilitarismo] e a deontologia).

Para os consequencialistas, o valor da conduta dependerá das consequências da ação, ou seja, o valor moral de uma determinada ação existe por ser causa de coisas que acontecerão no mundo fenomênico, não há uma preocupação com a ação originária em si, mas com o que acontece a partir, ou em função, da ação inicial.

A teoria consequencialista, fundada no pragmatismo, tem como grande referência Nicolau Maquiavel (2002), e parte da ideia de que o valor da ação encontra-se na característica seguinte: age bem aquele que consegue o que queria conseguir agindo. Trata-se de uma filosofia moral egoísta porque o valor de uma ação guarda referência com o agente (é a coisificação do outro em favor do resultado). Não é difícil assimilar essa teoria com a lógica empresarial moderna, “a empresa adota determinado comportamento não pela simples boa vontade empresarial, mas com olhos fitos em um objetivo maior que é se manter no mercado, que em última análise pode se apresentar como *lucro*” (LANNES, 2014, p. 180-181).

Para o utilitarismo age bem aquele que produz boas consequências, trata-se de uma filosofia moral altruísta, porque a satisfação moral não está necessariamente no agente praticante da conduta, mas na satisfação moral do maior número de pessoas afetadas por aquela ação, ou seja, de outros que compõem uma maioria (o vetor medidor dessa satisfação é regido pela ideia do “máximo de prazer e mínimo de dor”). Vale lembrar que o autor referência deste pensamento é John Stuart Mill (SIMÕES, 2013).

O problema que se pode colocar nesse pensamento é justamente que uma ação poderá ter consequências eternas, havendo uma infinidade de efeitos possíveis que poderão ser ao mesmo tempo ruins ou boas.

Partindo desse problema de se avaliar o infinito de efeitos possíveis de uma determinada ação é que se chega na deontologia. Para Kant, o valor da ação não estava nas consequências que elas poderiam causar, mas o estudo moral das ações atribui valor em função das próprias ações a partir de princípios morais. Isto porque não se pode controlar o que acontece depois, então se deve julgar pelo que você faz.

Assim, diz-se na filosofia teórica: no espaço estão apenas o objeto dos sentidos externos, mas no tempo dados, tanto os objetos dos sentidos externos quanto os do sentido interno, porque as representações de ambos são sempre representações e pertencem nesta medida ao sentido interno, da mesma forma, seja a liberdade considerada no uso externo ou no uso interno do arbítrio livre em geral, têm de ser sempre ao mesmo tempo fundamentos internos de determinação dele, ainda que não devam ser sempre consideradas nessa relação. (KANT, 2014, p. 15).

Em outras palavras, o que efetivamente importa para Kant é o fundamento de determinação das ações. Mas o que se pode retirar tanto das questões éticas como da discussão do valor da ação é que não há uma única teoria que consiga apresentar uma solução definitiva para o problema de como a vida deve ser vivida, ou de como seria a melhor forma de avaliar uma conduta, em determinados momentos parece aceitável utilizar a teoria consequencialista para valorar uma ação (a ação vale pelo resultado que ela provoca e se o resultado é o resultado esperado melhor ainda), em outros momento parece ser de grande virtude avaliar uma ação pela intenção do agente, mas não parece que só uma delas tem a razão de como se deve viver a vida.

O intuito de apresentar diversas teorias, igualmente sedutoras, talvez seja este mesmo: não se limitar a um único pensamento como válido, ou como verdade absoluta diante de tamanha relatividade a que os indivíduos são submetidos no contexto do dia a dia.

Então, se no cotidiano há uma relatividade imensa de prazeres, uma relatividade imensa para se avaliar uma conduta como boa ou ruim, é partindo dessas reflexões que passamos ao próximo tópico.

#### **4. Liberdade e tolerância**

Quando se fala em liberdade, efetivamente uma avalanche de liberdades poderiam ser apresentadas, como, por exemplo, a liberdade de religião, de expressão, de circulação etc. e se

em alguns casos chega-se a ficar tentado a limitar, em outros casos parece válida a não limitação.

Na grande maioria dos exemplos dados, o campo parece bem sólido em favor ou não da limitação, possibilitando que o direito diga com absoluta convicção quais são os limites – como no caso do direito penal quando se diz que matar alguém, ressalvadas algumas exceções, é um fato típico, antijurídico e culpável (a maioria das pessoas concorda que matar alguém é uma conduta reprovável, principalmente se o sujeito receptor da ação for “uma pessoa de bem”, sendo a restrição da liberdade bem vinda).

O problema surge quando se caminha para campos mais nebulosos de restrição de liberdade, quando, por exemplo, se trata de produtos nocivos à saúde do consumidor e de terceiros, quando os danos causados por esse produto acabam interferindo em políticas de saúde pública, como é o caso do tabaco, mas que em contrapartida há uma forte pressão da indústria e dos consumidores do tabaco etc.

Voltando à linha do pensamento filosófico, é importante apresentar algumas leituras e ressignificados que Kant apresenta quando fala de dignidade moral, fazendo um breve comparativo entre o pensamento kantiano e o aristotélico.

Para Aristóteles, há um universo ordenado, cósmico e finito e cada coisa que ali está, está por uma finalidade, então para uma vida ser boa é preciso que se cumpra com a finalidade cósmica em sua plenitude. É preciso identificar as virtudes, e pô-las a serviço da vida.

Para Kant não é a virtude, nem o talento natural, nem o pleno desenvolvimento do talento natural, tampouco a busca do talento natural é que faz a dignidade moral. O que confere moral ao homem é a boa vontade.

Nessa simples comparação entre ambas as teorias, percebe-se que o homem está em lugares opostos para as duas filosofias, na aristotélica o homem pertence a um cosmo ordenado e ele deve ser submisso ao seu papel neste cosmo (e é até nessa fundamentação que Aristóteles fundamenta a escravidão). Conforme há uma evolução das ciências e se vai percebendo que talvez não haja esse cosmos pré-ordenado, o homem vai perdendo seu referencial de pertencimento/servidão.

É inclusive neste contexto que Rousseau diz (1999, p. 172-173):

Vejo em todo animal somente uma máquina engenhosa, a quem a natureza deu sentidos para funcionar sozinha e para garantir-se, até certo ponto, contra tudo quando tende a destruí-la ou a desarranja-la. Percebo precisamente as mesmas coisas na máquina humana, com a diferença de que a natureza faz tudo sozinha nas operações do animal, ao passo que o homem concorre para as suas na qualidade de agente livre. Um escolhe ou rejeita por instinto e o outro, por um ato de liberdade; é por isso que o animal não pode afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando lhe for

vantajoso fazê-lo, e o homem afasta-se dela amiúde para seu prejuízo. Assim é que uma pomba morreria de fome perto de uma bacia cheia das melhores carnes e um gato sobre pilhas de frutas ou de grãos, conquanto ambos pudessem muito bem nutrir-se com alimentos que desdenham se tivessem a idéia de prova-los. Assim é que os homens dissolutos se entregam a excessos que lhes causam a febre e a morte, porque o espírito deprava os sentidos e a vontade ainda fala quando a natureza se cala.

Todo animal tem idéias, uma vez que tem sentidos; chega a combinar suas idéias até certo ponto, e o home, a esse respeito, só difere do animal na intensidade; [...].

Dessa ruptura do pensamento filosófico, Kant se aproveita da ressignificação de três situações (ideia de trabalho, ideia de igualdade e ideia de humanidade), das quais a igualdade e a humanidade podem ser bem aproveitadas pelo presente trabalho.

Introduz-se no pensamento a ideia de igualdade, porque no mundo grego não havia que se falar em igualdade. Para Aristóteles os talentos naturais são, de fato, distribuídos desigualmente entre as pessoas – percebe-se que há um pertencimento entre a natureza e a moral, então, se somos desiguais nos talentos, somos também desiguais moralmente. Nesse sentido, os inferiores moralmente deveriam prestar serviço aos moralmente superiores (já que não há talentos para todos, então o papel dos que não têm talentos é contribuir para o pleno desabrochar dos que têm talentos, como forma de cooperar para o cosmo).

Se então a moral não está mais no talento, mas sim no que fazer com os talentos, então a decisão sobre o que se fazer com os talentos encontra-se no uso da razão para dar dimensões práticas ao talento. Pela suposição de que todos os homens são capacitados para decidir adequadamente o que fazer com os seus talentos, a igualdade passa a ser uma característica da moral – ou seja, a possibilidade de que todo homem tem para usar a razão para decidir o que é melhor para sua própria vida – da máxima da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), a liberdade só aparece porque o homem deixa de ser escravo de seus talentos.

Nesse mesmo contexto a ideia de humanidade, que não guarda relação com o coletivo de homem, mas surge do paradigma moral em que o homem se encontra, pertencente a um único grupo – é a característica que faz dos homens iguais e livres – um grupo daqueles que descolam sua vida da ordem cósmica, da natureza, e que podem deliberar a partir da razão, na ideia de transcender suas inclinações naturais. A antropologia de Rousseau e a moral de Kant foram as condições filosóficas para o surgimento de uma ideia de humanidade, uma vez que na filosofia aristotélica essa ideia de humanidade não existe.

Passando por essas questões, cabe então apontar um princípio universal do direito segundo Kant (2014, p. 231):

É *justa* toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal etc.

Se minha ação, portanto, ou em real meu estado, pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, então aquele que me impede nisso é injusto para comigo, pois esse impedimento (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais.

Segue-se disso também que não se pode existir que esse princípio de todas as máximas seja por sua vez também ele minha máxima, i.é, que eu *faça* dele a *máxima* de minha ação, pois cada um pode ser livre mesmo que sua liberdade me fosse inteiramente indiferente ou eu preferisse lá no fundo impedi-la, desde que eu não a prejudique por minha *ação externa*. A exigência de adotar como máxima o agir direito me é feita pela ética.

E resume Kant (2014, p. 231) que a lei universal do direito é: “age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal”.

Quando não há um discurso contrário à liberdade de terceiros, parece que estamos em solo bastante fértil ao florescimento de tal ideal, o problema nesse pensamento de Kant aparece exatamente quando se diz que mesmo havendo discurso contrário à liberdade de terceiros, esse discurso deve ter livre circulação. Pode-se exemplificar da seguinte maneira: o discurso do jornal satírico *Charlie Hebdo* em algumas oportunidades tem um discurso ofensivo com determinadas religiões; tais religiões não suportam a sátira e dizem que é um desrespeito com a sua religião e por essa razão o jornal deveria ser censurado – até esse ponto estamos no campo dos discursos e não há, para Kant e sua lei universal, nenhum problema, mas o problema aparecerá quando a liberdade for cerceada por uma ação externa.

Nesse sentido, pode haver a possibilidade de se querer impedir a liberdade do outro, o que não pode haver é a externalização, uma ação de impedimento. Nessa linha, vale a lembrança da frase que é atribuída a Voltaire, apesar de algumas contestações: “Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”.

Transferindo essa filosofia ao mundo do tabaco, parece evidente que cada um deve ter sua liberdade de escolher o que fazer com a sua própria vida garantida, de modo que o pensamento contrário seria uma injustiça nos dizeres de Kant. Cabe então refletir, entretanto, para qual seria talvez o limite dessa interferência do estado na vida dos cidadãos.

Sobre a religião e a liberdade de consciência, John Rawls (1997, p. 224) tece as seguintes ponderações: diz ele que o único reconhecimento que as pessoas podem fazer em uma posição inicial é a da igual liberdade de consciência. “Elas não podem correr o risco envolvendo a sua liberdade, permitindo que a doutrina religiosa ou moral dominante persiga ou elimine outras doutrinas se o pretender.” E nesse sentido não seria permitido nem aceitar o princípio da

utilidade. “Obviamente [...] um utilitarista pode tentar argumentar, a partir de fatos genéricos da vida social, que, executando como deve ser, o cômputo das vantagens jamais justifica essas limitações, pelo menos em condições culturais razoavelmente favoráveis.”

E considera:

Sendo absoluto o dever para com a lei divina e religiosa, não é permissível, de um ponto de vista religioso, nenhum entendimento entre pessoas de confissões diferentes. [...] É, todavia, desnecessário argumentar contra ela. Basta que se há qualquer princípio que possa ser aceito consensualmente, esse dever ser o princípio da liberdade igual, alguém pode de fato pensar que os outros deveriam reconhecer as mesmas crenças e princípios básicos que ele reconhece, e que não o fazendo estão lamentavelmente errados e fora do caminho da salvação. Mas a compreensão das obrigações religiosas e dos princípios básicos filosóficos e morais mostram que não podemos esperar que os outros concordem com uma liberdade inferior. Muito menos podemos pedir-lhes que nos reconheçam como os interpretes adequados de seus deveres religiosos ou obrigações morais. (RAWLS, 1997, p. 225-226).

A questão que fica é, se a liberdade é um valor bastante significativo em uma sociedade multicultural e o discurso contrário é permitido, então qual seria o limite? Talvez a questão a ser abordada da tolerância possa nos apresentar algumas soluções adequadas.

A tolerância é uma virtude moral<sup>2</sup>, uma questão ética, que tem como referência o indivíduo, como uma espécie de critério de conduta que diz respeito a cada um. E trata-se de uma virtude moral que se opõe ao fanatismo, à violência etc.

A tolerância é uma virtude que leva à aceitação de pensamentos, discursos e comportamentos diversos, não que se aprove, e tem três pressupostos básicos não tão óbvios: I) Ela é sempre em relação a alguém (é necessário que haja um outro, sem o qual não é possível ser tolerante; e se exerce na vida, na relação com o outro, na convivência); II) é preciso que o outro manifeste um pensamento, um discurso ou um comportamento (é preciso então que o outro encarne uma mensagem) e; III) que esse alguém comunique algo que se desaprove (passa pela premissa da desaprovação ou não concordância – não é possível haver tolerância na concordância ou na aprovação). É preciso que haja o outro, que haja comunicação e que haja desaprovação. Pode-se entender a tolerância como uma resistência ao desconforto da dissonância.

Vale apontar também que a tolerância só é possível em situações em que seria possível outra, ou seja, não há tolerância com acontecimentos da natureza (um terremoto, uma nevasca, um dilúvio etc.), ela somente será possível diante de uma conduta humana que poderia ser

---

<sup>2</sup> Vale lembrar que as virtudes morais são uma imitação do comportamento de quem ama (é o respeito à pessoa alheia), portanto as virtudes morais são uma exclusão deliberada racionalmente do comportamento de quem odeia.

diferente do que é, do que foi ou do que será, ou seja, manifestações de natureza moral ou política.

E a tolerância só é virtude moral quando se pode ser intolerante. Quer dizer, só se pode ser intolerante quando se pode tolher ou impedir a manifestação do outro. “Se sou mais fraco, suportar o erro alheio é um estado de necessidade: se me rebelasse, seria esmagado e perderia qualquer esperança de que minha pequena semente pudesse germinar no futuro” (BOBBIO, 2004, p. 189). Se há igualdade, o que entra em jogo é o princípio da reciprocidade, que está na base de uma convivência pacífica, “se me atribuo o direito de perseguir os outros, atribuo a eles o direito de me perseguirem” (BOBBIO, 2004, p. 189).

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2004, p. 193) apresenta dois significados à tolerância e à intolerância (um positivo e um negativo):

Em sentido positivo, tolerância se opõe a intolerância em sentido negativo. E vice-versa, ao sentido negativo de tolerância se contrapõe o sentido positivo de intolerância. Intolerância em sentido positivo é sinônimo de severidade, rigor, firmeza, qualidades todas que se incluem no âmbito das virtudes; tolerância em sentido negativo, ao contrário, é sinônimo de indulgência culposa, de condescendência com o mal, com o erro, por falta de princípios, por amor da vida tranquila ou por cegueira diante dos valores. É evidente que, quando fazemos o elogio da tolerância, reconhecemos nela um dos princípios fundamentais da vida livre e pacífica, pretendemos falar da tolerância em sentido positivo. [...]

Tolerância em sentido positivo se opõe a intolerância (religiosa, política, racial), ou seja, à indevida exclusão do diferente. Tolerância em sentido negativo se opõe a firmeza nos princípios, ou seja, à justa ou devida exclusão de tudo o que pode causar dano ao indivíduo ou à sociedade.

Aproximando essa discussão da questão do tabagismo, percebe-se que o Estado pode ser tolerante ou intolerante com a indústria e com os consumidores do tabaco, não por uma mera deliberalidade, mas porque está em posição para ser, o Estado possui os predicados necessários para ser ou não tolerante.

Mas, afinal, o estado deve ou não ser tolerante com a indústria e o consumidor tabagista?

As perguntas nem sempre são tão simples de serem respondidas, mas devemos nos atentar para as seguintes ponderações: se a lei universal do direito é agir de tal maneira que o livre uso dos arbítrios possam coexistir com a liberdade de qualquer um, não há em princípio uma necessidade de proibição do consumo de tabaco, exceto quando o consumo deste tabaco se dá em ambientes com pessoas que não possuem esse hábito, por exemplo, nesse caso singular, o consumo de tabaco estaria interferindo na liberdade de outro de não querer consumir tabaco.

Canotilho e Machado (2012, p. 16-17) fazem o seguinte apontamento:

Há muito que se entende que a liberdade individual não pode abranger apenas a verdade e a virtude, mas também o erro e o vício, sob pena de estar em causa própria autenticidade humana. Os indivíduos não são livres para tomarem apenas as decisões que os outros considerem vantajosas para os seus interesses. A liberdade humana supõe uma margem significativa de liberdade mesmo para escolher condutas e comportamentos considerados indesejáveis e nocivos pela generalidade da população. Se o Estado pretende forçar as pessoas a tomar unicamente as decisões que sejam vantajosas para a saúde física e psíquica, ele acabará por substituí-se aos indivíduos e neutralizar a sua autonomia.

É evidente que os indivíduos devem ter uma margem de deliberação sobre sua própria vida e escolher qual caminho pretendem trilhar por sua passagem nesta vida. Evidentemente que informações sobre os malefícios do consumo do tabaco devem estar acessíveis a todos, entretanto, a empreitada em ações que visem coibir a venda ou desestimular a compra para consumo do tabaco por sujeitos capazes de discernimento parece uma atitude intolerante do Estado, ao intervir na formação individual de cada um. Ao impor pesada tributação, que fuja à normalidade, como meio de desestimular a venda e o consumo o Estado viola uma lei universal de liberdade.

## **5. Conclusão**

No capítulo inicial, abordaram-se as questões atinentes à Convenção-Quadro para controle do tabaco, seus objetivos e suas propostas e responsabilidades assumidas por cada estado membro, que basicamente se sustenta na intervenção dos estados para proteção contra a exposição de fumaça do tabaco, medidas para prevenir a iniciação no mundo tabagista, inclusão de comunidades indígenas por meio dos programas de controle do tabagismo e a elaboração de estratégias para controle do tabaco.

Na sequência trabalhou-se com a evolução do pensamento ético e do valor da ação, passando pelos ensinamentos da escola pitagórica, Platão, Aristóteles, Maquiavel, Mill, até chegar em Kant. E por fim, partindo da filosofia moral de Kant, fez-se uma análise da liberdade e da tolerância.

Passando por todas essas questões, é importante consignar que a liberdade é uma lei universal do direito, que deve ser respeitada ante qualquer situação, mas que há limites a serem impostos, e que esse limite se encontra na coexistência. Já na questão da tolerância, chega-se à conclusão de que é preciso conviver com discursos diferentes, de que é preciso tolerar o diferente, o que não agrada.

Com base nessas duas ideias a resposta ao problema inicial pode ser respondido da seguinte maneira: é possível definir um limite na atuação do Estado na proteção de pessoas expostas ao tabagismo, e esse limite se encontra justamente na devida proporção entre a liberdade de autodeterminação do indivíduo e o dever agir do Estado, não sendo possível que o Estado se intrometa a ponto de retirar as liberdades individuais, ou seja, a formação de cada um não pode ser limitada tão somente em escolhas que “A” entende por boas, mas que é preciso tolerar as vontades e desejos alheios, mesmo que desaprovados por “A”, desde que esse “A” não seja prejudicado e não se prejudique quem optar por não se expor ao tabagismo.

Ou seja, é válida a criação de ambientes livres do tabaco desde que para proteger a liberdade de não fumantes, mas o Estado não pode forçar ações interventivas no intuito de diminuir o consumo, ou tolher ou dificultar a liberdade de escolha de cada um sobre a iniciação ou manutenção no tabagismo.

## 6. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BAUDRILLARD, J. **A Economia Política dos Signos**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto n. 5.658**, de 02 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.782**, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.. **A ANVISA e a proibição de substância aditivas nos produtos fumígenos**. Parecer Jurídico. Coimbra, 17 de abril de 2012.

FERRY, Luc. **Aprender a viver**: filosofia para os novos tempos. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014

LANNES, Yuri Nathan da Costa. *Ética empresarial e função social*. **Revista Jurídica**: Revista de direito da Unicuritiba, v. 3, n. 36, p. 177-193, jul./set. 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*: comentários de Napoleão Bonaparte. Tradução de Edson Bini. 18. ed. Curitiba: Hemus, 2002

PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Veritas**, revista de filosofia da PUCRS, v. 58, n. 1, p. 174-189, jan./abr. 2013.

## **RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DO PARADIGMA DA FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**Conceição de Maria de Abreu Ferreira Machado**

*Universidade Federal de Sergipe*

### **Resumo**

O presente trabalho aborda os desafios contemporâneos e os conecta à necessidade de resignificar o princípio da dignidade da pessoa humana a partir do dever jurídico fraterno. O estudo traçou a evolução dos conceitos de dignidade e fraternidade, inseridos no culturalismo jurídico e o interacionamento entre as duas categorias. A pesquisa bibliográfica realizada com base na doutrina da fraternidade de Baggio e do Humanismo Integral de Jacques Maritain, demonstrou a implicação da inserção da fraternidade na concepção da dignidade da pessoa humana, permitindo perceber o homem social e sua projeção universal.

**Palavras-chave:** Fraternidade, dignidade da pessoa humana, humanismo integral, busca da felicidade, constitucionalismo fraterno.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present work addresses the contemporary challenges and connects them to the need to reconfigure the principle of the dignity of the human person from the fraternal legal duty. The study traced the evolution of the concepts of dignity and fraternity, inserted in legal culturalism and the interaction between the two categories. Bibliographical research based on the doctrine of the Baggio Brotherhood and the Integral Humanism of Jacques Maritain, demonstrated the implication of the insertion of the fraternity in the conception of the dignity of the human person, allowing to perceive the social man and his universal projection.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fraternity, dignity of the human person, integral humanism, search for happiness, fraternal constitutionalism.

## 1. Introdução

A universalização da dignidade da pessoa humana, originada nas premissas filosóficas do cristianismo, contribuiu para abrir uma nova visão de pessoa natural, alterando-se o referencial de importância do “ter” para prevalecer o “ser”, de modo a relativizar a propriedade e constituir a pessoa humana como o centro do Direito. O desenvolvimento do chamado imperativo categórico, por Immanuel Kant, traz a exigência de que todas as normas devem ter como finalidade o homem, atribuindo à pessoa humana o valor absoluto, universal e incondicional da dignidade humana, cujo fim está em si mesma.

A promoção da dignidade da pessoa humana como elemento indispensável para a realização dos valores eleva a consciência de humanização e traduz a vontade de posituação por meio das Constituições, como valor ético, constituindo-se no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A hermenêutica esforçou-se em instrumentalizar as normas a partir dos contornos constitucionais, possibilitando uma releitura dos institutos privados, para dar-lhes o valor das conquistas históricas e sociais e assegurar o direito à existência digna.

Todavia, em que pese todo arcabouço jurídico mundial dedicado à dignidade humana, é flagrante a constante violação de direitos humanos básicos, como a vida e a saúde. No Brasil, a sociedade contemporânea reclama a concretização de direitos básicos para parcela significativa da população, apontando a ineficácia das normas constitucionais e a insatisfação com a democracia, num momento de desacreditação dos poderes constituídos, seja executivo, legislativo ou judiciário.

A crise de confiança liga-se à falta de valores, de ética e compromisso com o outro, cujo aspecto estava compreendido na origem da evolução das normas positivadas, mas que foram esquecidos dentre os desejos da burguesia no Iluminismo e o positivismo puro.

Verifica-se que o tema ganha relevância a partir da necessidade de se encontrar um parâmetro objetivo que resguarde o sentido e alcance da dignidade humana na compreensão da noção de humanização difundida no direito, trazendo a fraternidade como premissa essencial no esforço hermenêutico.

No contexto simbólico da trilogia: liberdade, igualdade e fraternidade, pensada na Revolução Francesa, com viés individualista, confere-se a efetivação superficial e formal apenas de dois elementos: liberdade e igualdade; nesse sentido, a invocação da dignidade a fim de resolver os problemas sociais, sem uma conexão com o mundo a sua volta, não responde ao

anseio social de igualdade para todos, pois o homem não é uma ilha e não é possível ser feliz numa sociedade infeliz.

No aspecto jurídico, as chamadas situações subjetivas existenciais, na ótica progressista, em que o homem tem direito à sua autodeterminação, o qual traz uma vasta diversidade de fatos ensejadores de tutela e proteção da condição humana, de dignidade, deve estar correlacionado à fraternidade, esta vista como dever-ser e não meramente no sentido de solidariedade ou caridade, mas vinculada ao campo de responsabilidades. Isso implica em qualificar o desejo de ser feliz, enquanto necessidade humana, ao núcleo social de que todos gozam desse direito, de modo a compreender que a finalidade da vida está voltada uma realização universal do homem e de todos os homens.

O presente trabalho visa estudar a hermenêutica do operador do direito para as soluções da complexidade da sociedade contemporânea e da pluralidade social, levando em consideração o multiculturalismo jurídico que fundamenta as normas, de maneira a resgatar o sentido original da dignidade da pessoa humana, a qual é concebida na concepção universal da fraternidade.

O estudo demonstrará, por meio da abordagem teórica qualitativa, as bases conceituais das categorias jurídico constitucional da dignidade da pessoa humana e da fraternidade e a importância da reflexão jurídica de aliar os dois institutos à aplicabilidade do texto constitucional, para que não se percam em subjetivismos. Atrela normas antropológicas concentradas no autêntico humanismo universal, no qual a fraternidade é a catalisadora para a concretização dos objetivos democráticos da sociedade brasileira, possibilitando criar uma cultura fraterna, de paz e unidade.

## **2. Concepções originárias da dignidade da pessoa humana.**

A concepção da ideia de dignidade da pessoa humana tem registros antecedentes no pensamento cristão, em que o homem é visto à imagem e semelhança de Deus e por isso possui *dignitatis*<sup>1</sup>, conforme mesmo reconhece Sarlet<sup>2</sup> (2010, p. 32).

---

<sup>1</sup> “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.” (Gênesis 1:26,27)

<sup>2</sup> “Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades

Essa singularidade da espécie humana como um ser ligado a Deus, dotado de dignidade, na visão filosófica cristã, o diferencia de todo ser vivo para conceder-lhe um atributo intrínseco, o qual carrega a partir de seu nascimento e decorre de sua própria natureza, sendo, portanto, um direito natural.

O valor inovador que transcende a cultura oriental da antiguidade e chega até o ocidente, numa concepção de valor ético absoluto, é anterior à sociedade, ao Direito e ao próprio Estado, e tem por fundamento a doutrina judaico-cristã por exprimir à natureza humana a noção de dignidade, de forma a universalizá-la.

O cristianismo, que traz a todos, sem qualquer distinção, o Salvador, considera a pessoa em si mesma, portadora de um valor individual inato. A contribuição rompe com a concepção oriental, das civilizações greco-romana, egípcia, fenícia, disseminada em várias culturas de até então, de tratar o homem como um ser apenas no seu meio social, visto diante da *polis*, passando a ser concebida a consciência singular que valoriza o ser humano como ser em si mesmo. Essa valoração é embasada na sua dignidade pessoal, o homem é tratado como pessoa humana, de forma individualizada.

Maria Celina Bodin (2006), amparada por Jean-Marie Breuvart, apresenta o desenvolvimento do pensamento cristão acerca da dignidade humana sob dois fundamentos: “o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, o que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural”.

Ao discorrer sobre o tema, a autora apresenta a ideia de personificação da espécie humana através da mutação do sentido do vocábulo latino *persona*, o qual se referia à máscara usada por atores romanos em representações teatrais: “Portanto, não uma pessoa, mas um papel, e justamente este é o significado que passou do teatro ao direito romano: “uma parte”, abstratamente considerada, a quem se atribuem direitos e deveres”.

Sarlet (2010, p. 34) registra a universalidade proposta pela dignidade concebida no Cristianismo com o pensamento do Papa São Leão Magno “sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo”.

O pensamento escolástico de São Tomás de Aquino (1226-1274), fluído na Idade Média, contribuiu para o sentido da dignidade como igualdade, cuja visão tomista é de que

---

praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”, pg. 32

todos são iguais perante Deus, independente das posses ou outras características, despatrimonializando a ideia de dignidade. Partindo a definição de pessoa formulada por Boécio como “substância individual de natureza racional”, a partir da análise da Trindade Santa, São Tomás compreende que o homem é livre por ter, singularmente, em relação aos demais seres, a racionalidade, sendo esta a característica que lhe confere a superioridade. Essa superioridade é chamada de dignidade: “Ora, é grande dignidade subsistir em uma natureza racional. Por isso dá-se o nome pessoa a todo indivíduo dessa natureza, como foi dito” (Suma Teológica, I, 29, 3).

Fábio Konder Comparato (2013, p. 24) afirma que nessa fase de concepção medieval de pessoa é que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano. Sarlet (2010, p. 33) cita o jurisconsulto, político e filósofo romano Marco Túlio Cícero (106 – 43 a.C) para desvincular a noção de dignidade da posição social ocupada pelo indivíduo, ligando à dimensão de liberdade pessoal e cada indivíduo, como seres iguais em dignidade.

Considerado como fundador do renascimento humanista, o antropocentrismo definido por Giovanni Pico – Conde de Mirandola (1486, 53), em discurso sobre a dignidade do homem, coloca o homem como centro do mundo, no sentido de que ele mesmo escolhe o seu caminho, para que se torne o que quiser ser. Porém, sua obra não significou a negativa da existência de Deus, ao contrário, defendeu que o homem é criatura de Deus e é pelo desejo DEle que ocupa o lugar central do mundo, dando-lhe o livre arbítrio.

### **3. O desenvolvimento da fraternidade – da vertente filosófica para o campo jurídico**

Mauro Bonazzi (2011) explica no artigo “Antígona contra o sofista” um humanismo de resistência já invocado na cultura grega, a partir da análise da tragédia de Antígona, explicitando o intuito de Sófocles em apresentar o conflito entre *nomos* (lei – tudo aquilo que os homens atribuem algum valor) e *physis* (natureza – realidade das coisas, prescindindo de qualquer intervenção externa). A reflexão grega encontra uma justificativa anterior à *nomos*, comum e universal para as leis positivadas ou as decisões tomadas pelo homem, sem a qual não haveria justiça. Antígona invoca a existência de uma ordem de valores pré-existentes para invalidar o decreto de Creontes e pô-lo à prova.

Aqui vê-se uma visão cósmica de uma lei natural, não escrita, mas que se sobrepõem e é fator de validade para a lei dos homens, positivada. Porém, a ideia grega de humanidade trazida por Protágoras (480, a.C.), era insuficiente para alcançar pobres, mulheres e escravos.

Bonazzi (2011) ressalta a problemática de Sófocles quando coloca Creontes com poderes autônomos para fixar a capacidade política, independente da ordem natural, recordando o humanismo e o relativismo de Protágoras, abordando que “um mundo no qual o homem é a única medida corre o risco de se tornar um mundo sem medida ou, pior ainda, um mundo com a força sendo a única medida.

Em que pese Aristóteles visualizar direitos subjetivos naturais do homem (*philia* aristotélica), não se encontra em sua filosofia uma aceção universal, uma vez que tais direitos não são para todos os homens, o filósofo faz distinção dos destinatários de tais direito, referindo-se a uma inferiorização de parte da espécie humana, aceitando para esta, a mais fraca, a escravidão, de modo a garantir e a restringir ao grupo de indivíduos, aptos ao domínio, a conquista da felicidade, vista como um objeto e fim principal da ação humana.

A universalidade de uma lei anterior para todos somente é concebida a partir de Jesus Cristo, sendo o cristianismo considerado um marco da revolução humanista, como uma novidade sem precedentes na história. A noção de direito humano como direito subjetivo inerente à condição humana, pelo simples fato de ser humano.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, p. 118) registra que o ponto de partida para a exposição da fraternidade é a comum filiação de todos os seres humanos, a raiz da fraternidade está imbricada na paternidade universal. O projeto de salvação, dirigido a todos indistintamente, incluindo todos os marginalizados da sociedade, mulheres, pobres e crianças, é de que, por meio de Cristo, todos se tornam irmãos. O amor fraternal cristão quebra as barreiras da exclusão sob vários aspectos: sociais, políticos e econômicos; exige o despojamento voluntário e por adesão ao projeto divino, através da conversão, com mudança comportamental que abrange não apenas as relações humanas, mas as relações sociais, ainda que não haja reciprocidade.

A inspiração cristã introduziu na filosofia, por meio dos escritos de São Tomás de Aquino, um movimento do antropocentrismo grego para o teocentrismo, o qual está voltado para afeição fraterna enquanto membros de um mesmo corpo, filhos de um mesmo Pai. A consciência universal de um direito natural anterior exige que a vontade humana, manifestada positivamente nas leis, somente tem validade se não se opuser à justiça natural.

Na Idade Média, Tomás de Aquino, em sua obra *Suma Teológica*, distingue-se de alguns aspectos do pensamento aristotélico, e trabalha a noção de lei natural, que tem raiz estóica (filósofo romano Cícero), qualificando a lei natural como aquela que rege moralmente e eticamente os homens, tendo por base a inspiração Divina, captada por lei através da chamada *sindérese*.

A filosofia tomista diferencia direito e justiça, sendo aquele emanado da vontade humana, que nem sempre é justa, autorizando o direito de resistência ao afirmar que se a lei positiva contrariar a lei eterna, torna-se em lei iníqua. Aqui já se vislumbra o prenúncio dos direitos humanos.

Jorge Martinez Barrera (2007) aponta que Tomás de Aquino aprimorou o princípio da totalidade apresentada por Aristóteles e correlacionando-o com o reconhecimento do homem enquanto matéria e espírito em unidade, no qual é possível identificar o homem todo (considerado em sua integralidade), sendo a totalidade substancial – e todos os homens (o gênero humano que é parte do Estado, enquanto união de pessoas).

A diferenciação da premissa aristotélica em São Tomás de Aquino é uma garantia no terreno político contra a tirania, de modo a extirpar o caráter totalitário de política de que o todo é superior à parte. Nesse pensamento, o entendimento de que uma criança nascida aleijada tem que ser levada à morte, em prol do equilíbrio econômico da *polis*, com fundamento na prioridade do todo sobre a parte, é um pensamento equivocado. Isso porque a parte é dotada de funcionamento, de autonomia, de vida, ou seja, numa noção mais contemporânea: a parte é sujeito de direito. Para ele o bem comum não pode distinguir-se de cada uma das partes; o fim da multidão não pode distinguir-se do fim da parte que a compõe.

Esse humanismo teocêntrico irradiou-se culturalmente na civilização feudal, já que o conhecimento se concentrava na igreja e era objeto de disseminação da cultura cristã.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, 24) registra o desenvolvimento da triologia: liberdade, igualdade e fraternidade, muito antes do período anterior à Revolução Francesa, vivenciada de forma religiosa, com maior ênfase da fraternidade. Antônio Maria Baggio (2009, p. 04ss) atribui ao filósofo francês e humanista cristão Étienne de La Boétie e a Fénelon (ano de 1.550) as três expressões como princípios reguladores da vida social. Sendo a fraternidade o expoente que possibilitava o equilíbrio entre liberdade e igualdade, por meio de valores como compaixão, misericórdia, solidariedade e caridade.

A premissa, pois, do humanismo é coletiva, é nele que se desenvolveu a essência da dignidade da pessoa humana, aqui se verifica seu berço, portanto, conceituá-la implica, obrigatoriamente, em retomar os objetivos de sua designação a partir da fraternidade, e compreender o alcance de seu objeto para abranger a totalidade de pessoas, convergindo para uma conexão universal expansiva e evolutiva.

Ricardo Hassum Sayeg e Wagner Balera (2011, p. 68) destacam que o aspecto introduzido de cunho universal pelos ensinamentos de Jesus Cristo não tem por fim a conquista da felicidade voltada ao “eu”, mas a dignidade da pessoa insere-se na lógica do universo, no

sentido de que todas as pessoas fazem parte do projeto universal, indistintamente, para expandirem-se e considerar o outro também como irmão.

#### **4. Racionalização da dignidade da pessoa humana e sua desconexação com a fraternidade**

A partir do Renascimento, há um esforço para buscar fundamentos racionais e seculares dos direitos do homem, com o fim de romper brutalmente com a cultura teocêntrica vivenciada na Idade Média, em virtude do ranço religioso da sociedade burguesa para com a Igreja, que concentrava o poder.

Para o Iluminismo era preciso libertar-se das amarras teocêntricas, de modo a enfraquecer o poder da igreja nas relações sociais e possibilitar à burguesia galgar por caminhos de liberdade, uma vez extirpada a cultura teocêntrica e dadas novas acepções ao homem, valorizando-o como ser existencial, independentemente de qualquer força transcendental, com um fim em si mesmo. Resgata-se, portanto, a figura do humanismo antropocêntrico.

A célebre frase difundida nesse movimento cultural de que o “homem é a medida de todas as coisas”, resgatada em Protágoras (Grécia, 486 a 411 a.C), traz uma carga individualista e descomprometida com o bem comum. Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera (2011, p. 68) observam que “o homem” referido na expressão iluminista, desprovido de qualquer valor, sujeito à sua própria vontade e poder, expõe o relativismo dessa cultura secular e acrescenta à frase “contato que seja cidadão”, demonstrando o viés excludente do movimento.

Nesse compasso, desenvolve-se a secularização da concepção de dignidade da pessoa humana, exposta por Sarlet ao trazer Samuel Pufendorf (1634-1694) como expoente da ruptura da tradição anterior para elaborar a formulação secular e racional da dignidade humana, tendo por fundamento a liberdade moral.

O citado autor afirma que é em Immanuel Kant onde se apoiam as bases da concepção da dignidade como parte da autonomia ética do ser humano que, “de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou as suas vestes sacrais”.

Para Kant, o homem é dotado de uma liberdade que lhe permite a autodeterminação, importando na sua autonomia de vontade de poder realizar seus atos com o mínimo de competência ética, utilizando-se de sua racionalidade, sendo este o fundamento da sua dignidade. Portanto, a dignidade não nasce com a pessoa, mas só se adquire no meio social, através do poder de liberdade, limitado ao direito dos demais.

O postulado ético de Kant envolve duas vertentes, a primeira é a diferenciação entre pessoa e coisa – o homem sendo ser racional, qualifica-se como pessoa e existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio; todos os que, na natureza, são irracionais tem valor relativo e se denominam coisas. Daí decorre que todo o homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A segunda vertente trata do imperativo categórico, em que a pessoa se submete às leis da razão prática por sua vontade racional, sendo esta vontade a fonte das leis, de modo a considerar também os fins de outrem: “age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, eu ela se transforme em lei geral”.

Com as escolas histórica e positivista, a razão de ser da dignidade humana deixa de ser sua própria natureza humana e a universalidade introduzida pelo cristianismo, desligando-se do direito natural construído pelos filósofos jusnaturalistas, numa visão ontológica, para racionalizá-la e justificá-la no direito positivo, segundo as quais é o único capaz de consolidar a dignidade.

A inserção da trilogia liberdade, igualdade e fraternidade no ordenamento jurídico, a partir da revolução francesa destacou os dois primeiros princípios, sem dar projeção maior à fraternidade, centralizando as reflexões unicamente nos princípios da liberdade e igualdade.

Todavia, Giuseppe Tosi (2009, III Capítulo) reflete, no campo político, que a racionalização como foi pensada durante o renascimento iluminista e propagada na revolução francesa, permitiu um poder autocrático e unilateral por não contemplar a fraternidade como integrante efetivo da trilogia, a qual permaneceu oculta e esquecida no período seguinte. A prioridade dos dois pilares: liberdade e igualdade não coincidiram com a experiência vivenciada na cultura cristã, antes de sua formulação racional, por apresentar-se excludente, ou seja, o individualismo impediu recepcionar a fraternidade, enquanto princípio que conduz ao aspecto universal do homem social, presente apenas no *slogan* do movimento, ao contrário, concentrou-se no homem em si mesmo, num personalismo extremado. A humanidade perdeu a sua própria humanidade.

De fato, Joaquim Herrera Flores (2009) vislumbrou a armadilha do humanismo antropocêntrico, quando rompe o pretense caráter democrático universalista da revolução e insere um sistema eleitoral censitária, desvelando os verdadeiros intentos da burguesa revolucionária, de modo a servir para assegurar apenas a perspectiva formal da igualdade, mantendo o sistema fechado e elitista de poder, o que causou um alargamento ainda maior das situações de desigualdades de forma desenfreada. As raízes cristãs foram arrancadas e agora vistas como incompatíveis com a concepção republicana de fraternidade.

Gustav Radbruch<sup>3</sup> (p. 90ss) observa que o caráter pluralista e fraterno divulgado na revolução francesa, de um direito fundado na vontade geral dos cidadãos, não derivado de um soberano, esvaziou-se a partir do modelo democrático representativo francês, o qual apenas legitimou o poder nas mãos de uma elite burguesa, que não estava disposta a promover o bem comum.

O que se viu posteriormente, foi a construção de um positivismo sem qualquer “amarra”, mas livre para servir ao poder déspota burguês, o que permitiu ferir de forma brutal e em grande escala a humanidade, com o surgimento de doutrinas totalitárias.

A noção de dignidade amparada apenas na lei e decorrente do entendimento da vontade humana, sem o reconhecimento de sua verdadeira natureza fraterna, ignorando o real fundamento do instituto, colocou em risco a vida humana pela própria negação da dignidade inata de todo o ser humano.

Basta lembrar a tragédia humana ocorrida durante a II Guerra Mundial, cujas atrocidades estavam protegidas na própria lei alemã, a qual, em que pese possuir um direito evoluído e progressivo, considerava pessoa, possuidora de dignidade, apenas aquelas da raça ariana.

As Leis de Nuremberg, aprovadas em 15.09.1935, justificavam e fundamentavam toda a ação e ideologia do nazismo, incluindo a segregação racial e a perseguição aos judeus, qualificados como indivíduos de segunda categoria. Tais leis justificaram um dos maiores crimes contra a humanidade, ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, com o aprisionamento, experiências humanas e extermínio, nos chamados campos de concentração, culminando com a morte de mais de seis milhões de judeus, chamado de Holocausto ou *Shoah*, sendo um dos eventos mais trágicos da humanidade.

Diante desse fato, o Tribunal de Nuremberg resgatou a dignidade humana como um valor suprapositivo, ou seja, acima da própria lei e do próprio Estado, condenando a política de governo como um desrespeito à humanidade.

Retoma-se a noção de que a dignidade deve ser para todos e de que a lei deve estar avalizada pelos valores universais ou direitos naturais.

## **5. O resgate da fraternidade pela filosofia humanista integral e a transposição para o campo jurídico por meio do juz-humanismo normativo**

---

<sup>3</sup> Radbruch apresenta uma hegemonia epistemológica do positivismo e monismo político-jurídico, ocasionada por uma ciência jurídica dogmática, racional e colonizadora, na qual estão excluídas as reflexões filosófica, sociológica e política.

Inaugurada uma nova ordem mundial, pós-positivista, a inserção da dignidade humana no âmbito jurídico como princípio, tratada como verdadeira norma jurídica, ainda que abstrata, de modo a vincular toda e qualquer outra norma jurídica, sendo sua observância obrigatória, foi aclamada pelo direito.

Várias proposições filosóficas e juristas contemporâneas continuam a desenvolver a noção de dignidade da pessoa humana, a fim de identificar o alcance de sua aplicação no direito positivo, de forma a não a banalizar. Sarlet traz a visão intersubjetiva, mencionando a dimensão defendida por Habermans, para quem a dignidade possui relevância quando está no âmbito das interações humanas.

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, registra o movimento de retomada do direito natural, admitindo que nenhum sistema de direito positivo pode libertar-se das inspirações mais abstratas e mais elevadas. Registra Perez (1986, p. 29-30) a necessidade de se retomar o sentido primeiro da dignidade como ínsito na natureza humana de seu relacionamento com Deus, sendo este a Fonte da dignidade humana.

Anderson Schreiber (2011, p. 7-8) alerta que é crucial a compreensão do conceito de dignidade humana, sob seus múltiplos aspectos, a fim de não ser esvaziada e sem sentido a invocação da dignidade como um valor fundamental, se o seu uso for desvirtuado.

De forma filosófica o Humanismo Integral, de Jacques Maritain (1965), apresenta uma proposta que permite resgatar a originalidade da noção de dignidade, somada ao aspecto universal da fraternidade e ligada à vertente do cristianismo, porém, despido de concepções religiosas e teocêntricas, para agregar os valores que dela emanaram, de modo a alcançar o outro, independentemente de qualquer credo.

O pensamento humanista integral rompe com o humanismo apresentado no Renascimento Iluminista, que de tão individualista tornou-se inumano, fazendo a retirada do homem como centro do universo e com o fim na felicidade em si mesma, e leva-o para ao meio difuso do universo, inserindo-o numa concepção universal do homem para todos os homens, num direcionamento de suas ações que permita a evolução, diante da vocação espiritual de cada um.

Enquanto no humanismo antropocêntrico o homem concentrava-se em si mesmo para a busca da felicidade, no humanismo antropofílico exige-se que o homem ultrapasse a si mesmo e enxergue a dimensão universal de sua existência, situando-o nas relações sociais como irmão do outro, donde atua com fraternidade, de modo a possibilitar o desenvolvimento da

dignidade de todos. Jacques Maritain assim define o humanismo integral como um humanismo diferente do burguês, concebido para a realização de uma comunidade fraterna.

Pretende fazer permear no direito os valores da fraternidade, impingindo no julgador o espírito da misericórdia e da compaixão, resgatando a dignidade da qual todos são titulares, sendo esta indisponível. Tornar sensível o julgador ao sistema desumano, hediondo, repulsivo e sórdido de alienação e desconsideração da pessoa humana.

Nessa fase pós-secular, diante da necessidade de dar uma resposta à ciência jurídica, golpeada pelo positivismo, não é possível uma reformulação sem considerar a cultura arraigada na sociedade durante sua evolução histórica e a experiência vivenciada pela humanidade. Pelos antecedentes apresentados, uma teoria desligada dos valores comuns e universais pode conduzir à barbárie.

Carlos Augusto Alcantara Machado (2014, p. 92) cita o esforço dos filósofos Joseph Ratzinger e Jurge Habermas de considerar a consciência pública de uma sociedade pós-secular a partir de da contribuição de seus aspectos religiosos, os quais formam a razão de ser de determinada ação/conduta.

Esse esforço de síntese é realizado por meio de culturalismo jurídico, destacado nas obras de Tobias Barreto de Meneses, Sílvio Vasconcelos da Silveira Ramos Romero e, posteriormente, por Miguel Reale, onde se busca a retomada da inclusão de valores da sociedade à elaboração/aplicação das normas a partir da análise de sua história e dos aspectos axiológicos que acompanharam sua evolução social, presentes na experiência vivida.

Para Sérgio Costa e Denilson Luís Werle (1.997, p. 160) o multiculturalismo constitui-se em um desafio de “como discernir, diante dos evidentes padrões étnico-normativos conflitantes de diferentes grupos sócio-culturais, critérios de justiça que tenham um mínimo de universalidade”

Pois bem, tomando como referencial o culturalismo jurídico, somando à filosofia de Hans Kelsen, Carl Gustav Jung e G. W. F. Hegel, a doutrina do Jus-Humanismo Normativo, concebida por Ricardo Hasson Sayeg, em parceria com Wagner Balera, permite a juridicização da filosofia Humanismo Integral, para reconhecer a cultura cristã da fraternidade como elemento jurídico e valor-síntese da nossa sociedade.

A perspectiva lançada por esta doutrina sobre o direito natural, que traz como elemento jurídico a cultura cristã da fraternidade, é de que o direito natural “integra a norma jurídica positiva por meio de sua inoculação no intratexto conformador do conteúdo significativo da Constituição e das leis, enlaçados no metatexto” (MACHADO, p. 102). O objetivo se dirige a concretizar os direitos humanos de maneira multidimensional, inclusiva, emancipadora,

verificada a conexão universal entre todos os homens, irmanados, no meio difuso das coisas, de modo a conceber a satisfação universal da dignidade da pessoa humana e planetária.

A fraternidade deixa de ser mero voluntarismo e passa a ser um dever jurídica, obrigação que tem eficácia não só vertical, com a exigibilidade em relação ao Estado, mas também horizontal, em relação à sociedade civil (relações sociais) e todo os homens (privadas).

## **6. A fraternidade como categoria jurídica constitucional e conceito de dignidade da pessoa humana – relacionamento interdependente.**

A norma jurídica encontra-se na dimensão cultural da sociedade, a fraternidade por sua vez também é identificada dentro dessa zona cultural, como visto nos tópicos anteriores.

De maneira pioneira, Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, p. 109) ultrapassa o estudo tradicional da fraternidade enquanto princípio (ideário político), categoria (política, com dimensão relacional), perspectiva (ponto de observação da própria disciplina) e até como experiência (maior desafio), para abordar a fraternidade como categoria jurídica.

A referência inicial trazida pelo catedrático é a doutrina de Chiara Lubich, fundadora do Movimento dos Focolares, com sede na Itália, donde se extrai que a fraternidade é a “categoria de pensamento capaz de conjugar seja a unidade, seja a distinção a que anseia a humanidade contemporânea” (2014, p. 116). Percebe-se que a fraternidade não encontra limitação em determinado espaço, ela sobressai para alcançar a todos, numa dimensão universal da humanidade.

A interação da fraternidade com o mundo jurídico, no sentido de se tornar também norma e, portanto, categoria jurídica, é descortinada pelo autor ao analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual a dignidade está dirigida a todas as pessoas indistintamente com o dever da fraternidade.

Para o autor, a fraternidade está inserida como categoria jurídica de direitos humanos de terceira geração, enquadrando-se como direito fundamental por meio das Constituições.

É no sistema jurídico constitucional de 1988 que se identificam os direitos humanos internalizados de forma expressa, integrados a partir da consciência universal de sua existência e legitimidade, de modo a estabelecer limites a qualquer tentativa de hermenêutica que conduza ao individualismo e hedonismo, marcada no modelo do humanismo antropocêntrico.

O reconhecimento jurídico do núcleo constitucional da dignidade da pessoa humana deu contornos jurídicos e carga axiológica, com sua inserção nos textos constitucionais do mundo ocidental enquanto elemento valorativo e principiológico central. Essa força irradiadora

teve por finalidade a proteção da pessoa diante da constatação de sua vulnerabilidade, implicou na transformação das codificações e dos sistemas micro legais, alcançando também os Institutos Privados.

A dignidade passa a ser o paradigma de observância obrigatória na interpretação do direito privatista, influenciando as relações civis. Essa mutação de percepção implicou na busca pela realização da pessoa humana, considerada em si mesma, dando relevância à condição humana própria, portanto, à ordem do ser, com a despatrimonialização das relações privadas e a realocação do direito das coisas em segundo plano.

Não foi diferente no Brasil, aliás reproduziu-se a inovação mundial com considerável avanço na Constituição Brasileira, visto que foi o primeiro texto constitucional a prever, expressamente, a dignidade da pessoa humana, mencionada como fundamento da República.

Segundo Sarlet (2010, p. 80), a dignidade caracteriza-se como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. A nova ordem constitucional importa na personificação dos direitos, como instrumentalização para salvaguardar os interesses humanos fundamentais e inaugurar uma racionalidade aberta e distinta do ordenamento liberal patrimonialista e egoísta para dar lugar à dignidade e solidariedade.

## **7. Crise da atualidade e a necessidade de ressignificação da dignidade da pessoa humana a partir do dever jurídico fraternal**

É importante considerar a análise de Antônio Maria Baggio (2010, I Capítulo), em reflexão que chama de politológica contemporânea, no qual apresenta o risco tendenciosa da modernidade quando limita voluntariamente a liberdade e a igualdade, não para alcançar a fraternidade, mas pelo contrário, pelo próprio bem e de sua proteção, renuncia parte da liberdade para obter segurança e substitui a igualdade pela ideia de paridade, a qual é vista no seu aspecto puramente consumerista, permanecendo a desigualdade no necessário. Em relação à ideia da fraternidade, o movimento é de ser apenas comunitário, está ligado a uma rede fictícia, proclamada no mundo virtual, sem reflexos na prática, substituindo relacionamentos humanos reais.

Atualmente vivemos uma crise da desconfiança, fala-se em “desconfiança coletiva”, que impede uma coesão social. Ora, onde não há união, não há fraternidade.

No Brasil, sentimos a Crise na Ética Moral, envolvendo todos os poderes constituídos, inclusive o Poder Judiciário, ao se analisar decisões que conduzem para o “Casuismo Judicial”

e a falta de aplicabilidade prática do compartilhamento de direitos para as camadas menos favorecidas, para quem a Constituição Federal também foi dada.

Apesar da grande invocação da dignidade da pessoa humana, nem sempre há associação com o intuito constitucional, construído no âmbito filosófico, social e político. João Costa Neto (2014) critica a aplicação desmedida, constando que a dignidade tem sido realizada de “forma corriqueira e obscura”, muitas vezes ao arbítrio de cada julgador, a partir de seus sentimentos pessoais, sem guardar relação com a essência do instituto jurídico.

A máxima amplitude e expansão buscada para um direito subjetivo individual pode resultar num grave perigo, qual seja, o panjusfundamentalização, de modo a debilitar a força normativa. A busca incessante pela felicidade pode resultar em situações para se obter a alegria a qualquer custo e o bem-estar por qualquer meio, contribuindo para uma concepção individualista e narcisista.

Antonini Luca<sup>4</sup> chama atenção para a visão individualista dos direitos subjetivos, através da análise da antropologia “negativa” que busca incessantemente direitos, considerando insaciável os desejos humanos, daí porque compete ao Estado a limitação da liberdade a fim de proteger os indivíduos, numa concepção coletiva.

O risco de cair em subjetivismo na análise das situações subjetivas existenciais decorre da plasticidade e universalidade que pode ser conferida à dignidade, enquanto cláusula geral, conceito aberto e plural, ao lado de concepções subjetivas, tão somente, de cada julgador, sujeita, portanto, às manipulações diversas. De fato, a invocação da dignidade humana no cenário doutrinário e jurisdicional passou a ser ordinária, frente às múltiplas e complexas facetas da dinamicidade social.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 19-20) também consigna a necessidade de se conferir conteúdo mínimo à categoria jurídica de dignidade humana, diferenciando-a do conceito ético, para dar unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. O jurista defende, principalmente, a laicidade para afastar concepções religiosas ou filosóficas, justificando serem intolerantes e autoritaristas. Também defende que o conteúdo mínimo a ser definido à dignidade deve ser politicamente neutro e universal.

De acordo com o jurista, os conteúdos mínimos da dignidade devem ser o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário (p. 41). Para cada conteúdo consideram-se elementos diversos: valor intrínseco é o elemento ontológico da

---

<sup>4</sup> ANTONINI, Luca. Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 5, in: <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 10/12/2017.

dignidade, autonomia da vontade como elemento ético e valor comunitário como elemento social da dignidade humana.

Desta feita, a doutrina busca a medida da ponderação para delimitar os contornos e limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do ponto de vista hermenêutico. Porém, é certo que as infinitas conotações que podem resultar da *ratio jurídica* é o risco da generalização absoluta que, levada ao extremo, pode atribuir um grau de abstração alto que torne impossível sua aplicação.

Por outro lado, fazer excluir todo conteúdo cultural de uma comunidade, abstraindo seus valores espirituais, pode levar a uma frieza técnica do conceito de dignidade que não reflete o anseio de humanização, construído ao longo da história, e remete a um esvaziamento do que seria mais relevante ao ser humano.

Vem à tona, assim, as reflexões de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera (2011, p. 98)), que ponderam: “de que vale a dignidade da pessoa humana sem liberdade? Sem igualdade? Sem fraternidade? ”, retomam os autores à tragédia do humanismo renascentista onde a trilogia restou fracassada e identificam: “sem liberdade haverá a tirania da igualdade. Sem igualdade, a tirania da liberdade. E, sem fraternidade, liberdade e igualdade são incompatíveis. ”

Evidencia-se que a potencialidade dos direitos humanos está nas mãos do intérprete por ter a tarefa de dinamizar o texto estanque, dando-lhe sentido e forma, de acordo com o princípio núcleo de todo o sistema de direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

A hermenêutica constitucional é instrumento que deve amparar a gama diversificada dos fatos jurídicos ocorridos na sociedade, cuja complexidade e pluralidade não comportam a operacionalização da mera subsunção, já que o texto literal não consegue abarcar todas as situações da pessoa humana.

A elasticidade da tutela da dignidade da pessoa humana importa na concepção da atipicidade e mera enunciação dos direitos, não se compatibilizando com uma ideia de que os direitos codificados são taxativos e fechados, ao contrário, a tutela não se esgota nas situações protegidas nas leis escritas, mas excede o texto tornando-o exemplificativo, dando lugar à chamada *clausula geral* da dignidade humana para abrigar as variadas facetas da tutela da personalidade. Assim lecionam José Lamartine, Francisco Muniz, Paulo Lôbo e Perlingieri.

De modo a afastar a tendência apresentada por Baggio e vista no mundo contemporâneo, especialmente na atual fase do Brasil, onde encontram resposta na democracia, a saída não é a substituição do núcleo da dignidade da pessoa humana, mas ao contrário, é a sua

valorização ao conectá-lo com a razão de sua existência, a fraternidade sentida em toda a sua essência.

A busca pela felicidade, que é inerente ao ser humano e se realizada pela consagração da dignidade da pessoa humana, não deve ser pautada à felicidade corporal ou ao animar racional, mas à pessoa como universo de natureza especial dotada de liberdade de escolha, de inteligência e vontade.

O direito de um deve estar conectado ao exercício do direito do outro, qualificando a liberdade e a igualdade como: liberdade fraterna e igualdade fraterna, no qual a Constituição Federal possa ser efetivada ao homem e ser partilhada por todos os homens, sob pena de recair no erro passado em que se bradavam liberdade, igualdade e fraternidade, mas se mantinha a economia escravagista, sendo, portanto, “palavras ao vento”.

Essa análise inter-relacional que deve nortear toda hermenêutica constitucional foi bem balizada por Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, p. 165) que reconhece a formulação jurídica como resultado da doutrina social da igreja católica e, portanto, alicerçado nas raízes evangélicas, transmutando para a seara positivada, pelo culturalismo, sem ater-se aos aspectos religiosos, mas conservando a dimensão universal de abrangência.

O autor vai além e defende a força normativa do Preâmbulo Constitucional, reconhecendo o Constitucionalismo Fraternal Pátrio, cujo conteúdo é vinculante e irradia-se em todo ordenamento.

Essa é a releitura que aqui se apresenta como oportunização para a concretização dos direitos humanos conquistados ao longo da história. A dignidade da pessoa humana atrelada à dimensão fraternal implica em reconhecer os limites da compreensão e os parâmetros da aplicabilidade da norma, validada na dimensão intratexto normativo, compreendo-se sua mensagem verdadeira. Uma dignidade coletiva que vence a indiferença social e cria responsabilidades para todos indistintamente.

A resignificação da dignidade da pessoa humana, no processo hermenêutico do Direito, importa considerar o intratexto de base humanista, buscando o valor da justiça que está anterior à própria lei escrita e a convalida.

Nas lições de Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, p. 146), há um comprometimento constitucional para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, pelo legislador constituinte, com a indicação dos valores que darão concretude ao compromisso, estabelecendo os objetivos fundamentais da República.

Nessa seara, vemos que o projeto constitucional, ao alicerçar a dignidade e a fraternidade, provocou a inversão da escala de valores dos direitos a serem protegidos: a

propriedade cede espaço aos direitos da pessoa, antes negados por vários doutrinadores influenciados pelo pensamento liberal, ganha destaque, reconhecimento e prevalência os direitos da personalidade, essenciais à própria condição humana, sem os quais não se poderia ser pessoa.

Assim, fraternidade e dignidade são conceitos interligados e interdependentes. A pessoa é valorizada a partir da dimensão de sua dignidade que se projeta para o coletivo.

## **8. Conclusão**

Apresenta-se a necessidade do estabelecimento de um diálogo efetivo e contundente entre a dignidade da pessoa humana e a fraternidade, enquanto categorias jurídicas originadas do pensamento filosófico cristão, difundido no seio da sociedade.

O diálogo é proposto pela doutrina do Jus-Humanismo Normativo, que agrega a alta carga de valores plasmados no multiculturalismo universal, de forma a descortinar um conhecimento apurado e seguro sobre os fundamentos do ordenamento, garantindo-lhe unidade e racionalidade em seus propósitos.

A potencialidade da Constituição Federal e a partilha de direitos nela consagrados por todos e para todos é catalisada por meio desse encontro entre o filósofo e o jurista entendendo os fenômenos valorativos dos elementos que constituem as duas categorias jurídicas centrais, fraternidade e dignidade, com reconhecimento da força vinculadora da fraternidade junto ao núcleo essencial normativo, apresentada pelo Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado.

Num momento de crise, é preciso ter fé – força de convencimento interior – na democracia, como instrumento participativo para a concretização dos direitos fundamentais, com abertura para trilhar o caminho de uma nova hermenêutica capaz de introduzir o elemento jurídico essencial da fraternidade, como uma esperança renovadora.

As lições trazidas pelo Humanismo Integral, o Direito Fraternal e o Jus-Humanismo Normativo neste trabalho, que não tem qualquer pretensão de condensá-las, possibilitam alcançar um estágio de maturidade para dar um sentido maior à liberdade e igualdade e transmutá-las em liberdade fraterna e igualdade fraterna.

Essa visão é aberta a partir da análise do desenvolvimento humano no contexto planetário e as consequências que atingiram toda a humanidade.

Conclui-se pela necessidade de implantação de um humanismo que não seja nem teocêntrico, nem individualista, mas antropofílico, permitindo conduzir, de modo objetivo, as

ações humanas voltadas para o bem do homem e de todos os homens, retirando subjetivismos e totalitarismos.

## 9. Referências bibliográficas

ANTONINI, Luca. **Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale**, p. 5, disponível em <<http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>>, acesso em 10 dez. 2015.

BAGGIO, Antonio Maria. A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: \_\_\_\_\_. **O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 1 v., p. 25 – 55.

\_\_\_\_\_. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009. 2 v., p. 4ss.

\_\_\_\_\_. **A unidade e Fraternidade como paradigmas no Direito**. In: MONAZZA, Clarrissa Chagas Sanches e POZZOLI, Lafayette (org). **Soluções e Conflitos: a Fraternidade em ação**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza jurídica, Conteúdo Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O Capitalismo Humanista – filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KPR Editora Digital, 2011.

BARRERA, Jorge Martinez. **A Política em Aristóteles e Santo Tomas**. Tradução de Carlos Ancede Nogue. Editora Sétimo Selo, 2007.

BONAZZI, M. **Antígona contra o sofista**. Archai n. 7, jul-dez 2011, pp. 75-85.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**, Belo Horizonte: editora Fórum, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

COSSIO, Carlos. **El Substrato Filosófico de Los Metodos Interpretativos**. Jurisprudência Argentina, tomo 71, sec. doct. Buenos Aires, 1940. Disponível em: [http://www.carloscoasio.com.ar/wp-content/uploads/2014/01/1940\\_substrato\\_filosofico.pdf](http://www.carloscoasio.com.ar/wp-content/uploads/2014/01/1940_substrato_filosofico.pdf). Acesso em 08.07.2017

COSTA NETO, João. **Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Sérgio; WERLE, Denilson L. **Reconhecer as diferenças: liberais comunitárias e as relações raciais no Brasil**. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, v. 49, 10\997, p. 159-178.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Garciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Fundação Boiteux. Florianópolis, 2009. Disponível em <[http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2017/05/A-reinven%C3%A7%C3%A3o-dos-DH-\\_HerreraFlores.pdf?x20748](http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2017/05/A-reinven%C3%A7%C3%A3o-dos-DH-_HerreraFlores.pdf?x20748)>. Acesso em 08 jul. 2017.

HABERMAS, Jurgem; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre razão e religião**. São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Do estado liberal ao estado fraternal: fraternidade como categoria jurídica e a contribuição da Constituição do Brasil de 1998**. Tese Doutorado em Direito. Pontífica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral: Uma Visão Nova da Ordem Cristã**. 5 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.

MONDIN, Batista. **O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. São Paulo: Paulinas, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PÉREZ, Jesus Gonzáles. **La Dignidad de la persona y el Derecho**. Madrid: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução de Maria de Lorde Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução a filosofia do direito**. Tradução: Prof. Jacy de Souza Mendonça. Disponível em <<http://www.valorjustica.com.br/introdução.pdf>>. Acesso em 08 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. ver. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

TOSI, GIUSEPPE. A Fraternidade é uma categoria política? *In*: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009. 2 v., p. 4ss.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Sequência, n. 53, p. 113-128, dez 2006.

## **BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS**

### **APRESENTAÇÃO**

Esta obra que honrosamente apresentamos, expõe ao grande público, os artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado: BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS, durante a realização do VIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em Zaragoza-Espanha, no período de 06 a 08 de setembro de 2018, sobre o tema: DIREITO, ARGUMENTAÇÃO E COMUNICAÇÃO: desafios para o século XXI.

O Grupo de Trabalho BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS revelou-se uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem sucedidos, trocas de conhecimentos, que seguramente colaboraram para aprimorar o debate científico entre os seus integrantes.

Os trabalhos apresentados neste Grupo de Trabalho revelaram multifacetadas abordagens sobre interessantes temas. A fim de emprestar melhor organicidade a esta coletânea, os artigos foram reunidos e divididos em dois eixos temáticos: o primeiro trata dos temas ligados à Bioética e o segundo trata da sustentabilidade ambiental.

Inicialmente o professor Doutor Deilton Ribeiro Brasil, do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, em coautoria com o mestrando Marco Antônio de Souza apresentaram o artigo A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE DO HC 124.306-RJ, que critica a decisão do Supremo Tribunal Federal, por violar o núcleo duro do direito fundamental à vida e as suas repercussões sócio jurídicas. Dessa forma, com o andamento do estudo investigativo sobre a temática do abortamento até o 3º mês de gravidez diferentemente do que foi apresentado nas conclusões provisórias os coautores mudaram o seu posicionamento no sentido da necessidade de ser feita uma releitura a luz dos valores e dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 no sentido de se propugnar pela inconstitucionalidade da descriminalização do aborto em face dos limites iminentes dos direitos fundamentais.

O professor Pós-Doutor Nilson Tadeu, do programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná e da Universidade estadual de Maringá, que no artigo CRÍTICA À LEI BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS, fará uma análise da legislação brasileira de transplantes de órgãos e tecidos criticando o fato desta não respeitar a vontade do falecido. Além disso o artigo critica a possibilidade de doação por estrangeiros o que pode incentivar ao tráfico de órgãos e tecidos humanos.

O professor Doutorando Daniel Roxo de Paula Chiesse, da Centro Universitário Geraldo Di Biasi, e a professora Mestre Mariana Carolina Lemes, no artigo A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE GASTROPLÁSTICO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS RELEVANTES DA OBESIDADE MÓRBIDA, que analisa os problemas jurídicos da cirurgia bariátrica e demais questões pertinentes aos problemas enfrentado pela população obesa brasileira e as soluções oferecidas pelo Judiciário.

Everton Silva Santos e Tamires Gomes da Silva Castiglioni, apresentam o artigo BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, que analisa o Biodireito enquanto subárea da Bioética que trata da legislação e da jurisprudência sobre as normas reguladoras da conduta humana frente aos avanços científicos de modo a impedir as violações à dignidade da pessoa humana.

Na segunda parte, o professor Doutor José Claudio Junqueira Ribeiro, do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito Dom Helder Câmara, em co-autoria com a mestrande Cristiane Araújo Mendonça Saliba, vão apresentar o artigo A (IN)SUSTENTABILIDADE DO GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS NO BRASIL, que analisará a disposição final ambientalmente inadequada dos resíduos sólidos, que se configura como um dos maiores problemas ambientais, propondo que a sustentabilidade operacional e financeira pode ser garantida pela cobrança dos geradores, aumentando a eficiência dos planos de resíduos sólidos.

O professor Doutor Lucas de Souza Lehfeld, do Programa de Pós-Graduação em Direito, nível mestrado, apresentou o artigo “Programa de Regularização Ambiental como novo modelo de recuperação do passivo ambiental: falência do ‘punir para conscientizar’”, em coautoria com Danilo Henrique Nunes. A pesquisa analisa a legitimidade e constitucionalidade do programa de Regularização Ambiental (PARA) instituído pelo Código Florestal como um novo modelo de recuperação do passivo florestal brasileiro, uma vez que a simples punição do degrado

ambiental baseado pelo poluidor-pagador mostrou-se insuficiente na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consagrado no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Na sequência, os Professores Doutorandos Murilo Couto Lacerda e Carolina Merida, vinculados à Universidade de Rio Verde, Goiás, apresentaram o artigo intitulado “As Novas Tecnologias frente ao Desenvolvimento Sustentável – Proficuidades da Sociedade de Risco”, com auxílio do PROEX do Programa de Doutorado da UNISINOS. Em síntese, tratou-se da temática do desenvolvimento sustentável em cotejo com a biodiversidade e a biotecnologia na atual sociedade do risco. Ao cabo, os autores concluíram a pesquisa ressaltando a importância do equilíbrio entre a aplicação das novas tecnologias e a observância ao princípio do desenvolvimento sustentável, a partir de uma nova ética humana para lidar com os riscos futuros, adequando-se o discurso jurídico aos novos tempos.

Por fim, os coordenadores do GT BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Graduação e Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

Profa. Dra. Maria Dos Remédios Fontes Silva – UFRN

## **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE DO HC 124.306-RJ**

**Deilton Ribeiro Brasil**

*Universidade de Itaúna (UIT)*

**Marco Antônio de Souza**

*Universidade de Itaúna (UIT)*

### **Resumo**

O presente artigo se dispõe à análise da descriminalização do aborto no Brasil tendo em vista a argumentação jurídica estabelecida pelo voto do Ministro Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 124.306-RJ. Discute-se a recepção (ou não) dos artigos do Código Penal relacionados ao aborto nos três primeiros meses de gravidez, especialmente os artigos 124 a 126 que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

**Palavras-chave:** Descriminalização do aborto, Interrupção da gravidez, Direitos fundamentais, Dignidade da pessoa humana, Código Penal.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This paper aims to analyze the decriminalisation of abortion in Brazil in view of the legal arguments established by the vote of Justice Roberto Barroso in Habeas Corpus nº 124.306-RJ. It discusses the accepting (or not) of the articles of the Penal Code related to abortion in the first three months of pregnancy, especially articles 124 to 126 that punish both abortion provoked by the pregnant and third parties with the consent. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by descriptive-deductive method which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Decriminalisation of abortion, Termination of pregnancy, Fundamental Rights, Human dignity, Penal Code.

## 1. Introdução

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto no primeiro trimestre da gravidez. Com base no voto do Ministro Roberto Barroso, o colegiado entendeu que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal que tipificam o crime de aborto para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria; e o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. A tipificação penal viola, também, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

O artigo é dividido em cinco partes. A primeira parte é a introdução seguida da segunda parte que debate acerca dos limites imanes dos direitos fundamentais no direito contemporâneo com destaque dos princípios instrumentais da razoabilidade-proporcionalidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. A terceira parte é referente à dignidade humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988. A quarta parte é destinada às interfaces dos direitos humanos fundamentais à vida e suas repercussões sócio-jurídicas onde aborda questões de violação à autonomia, à integridade física e psíquica da mulher; violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Por último, são apresentadas as considerações finais.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema sobre a eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a

documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

## **2. Os limites imanentes dos direitos fundamentais no direito contemporâneo**

Para Sanguiné (2014, p. 49), existe praticamente um consenso na doutrina e na jurisprudência constitucional acerca do caráter limitado – não absoluto – dos direitos constitucionais. Como nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, predomina a ideia de que estes não são absolutos, isto é, blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva. Portanto, os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições e podem ser restringíveis ou limitados.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais estão reconhecidos normalmente em normas constitucionais com forma de princípios: se trata de mandados de otimização abertos e indeterminados, que, ao contrário das regras – que emitem comandos definitivos, com base no “tudo ou nada”, podem ser cumpridas ou não – estabelecem obrigações de proteção ou promoção que são cumpridas em diferentes graus, ou seja, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem cumprir-se em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos, o que exige sejam ponderados com outros mandados similares (ALEXY, 2007, p. 67 e ss.), (BARROSO, 2009, p. 207 e ss.), (SANGUINÉ, 2014, p. 50).

A discussão sobre a possibilidade de restringir os direitos fundamentais conduz ao debate sobre as chamadas teorias das restrições: a teoria externa e a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais.

Para a “teoria externa” (ou teoria das restrições aos direitos resultantes dos direitos dos outros ou impostas por lei), há dois objetos jurídicos diferentes: o primeiro objeto é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo limitado ou restringido. Sempre que um direito existe, há uma norma que garante esse direito. Depois, estabelecem-se normas restritivas destes direitos.

O esquema básico deste pensamento consiste na regra do direito e a exceção da restrição. Portanto, os direitos se apresentam primordial ou exclusivamente como direitos restringidos. Por isso, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Esta relação somente se cria por meio da necessidade, externa ao direito, de fazer compatíveis entre si os direitos de diferentes indivíduos, assim como os direitos individuais e os bens coletivos. O exame de um direito limitado se realiza necessariamente em duas etapas. Na primeira se pergunta se a consequência jurídica buscada forma parte do conteúdo do direito. Se isso é assim, em uma segunda etapa se examina se o direito *prima facie* foi limitado legitimamente no caso concreto, de tal forma que já não se tenha um direito definitivo. A teoria dos direitos restringíveis ou teoria externa está assim apta para reconstruir a colisão entre objetos normativos, em especial, a colisão entre direitos e bens coletivos (ALEXY, 2007, p. 240), (SANGUINÉ, 2014, p. 50-51), (BOROWSKI, 2003, p. 66-68), (SARLET, 1998, p. 389).

Por sua parte, segundo a “teoria interna” dos direitos (ou teoria dos limites imanentes), existe desde o início o direito com seu conteúdo determinado de antemão; ele já nasce com seus limites. Toda posição jurídica que exceda dito direito predeterminado não existe. Desde este ponto de vista, há somente um objeto normativo: o direito com seus limites concretos. O conceito de restrição é substituído pelo de “limites imanentes” ou fronteiras implícitas apriorísticas. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ou não ser limitado, mas a respeito de qual é seu conteúdo. Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna desnecessária e impossível (ALEXY, 2007, p. 240-241), (SANGUINÉ, 2014, p. 51), (BOROWSKI, 2003, p. 68-69), (SARLET, 1998, p. 388).

Portanto, cabe falar de “restrições aos direitos fundamentais” no sentido de que o que se pode restringir são os bens protegidos pelos direitos fundamentais (as liberdades/as situações/as posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* conferidas pelos princípios de direito fundamental. Os princípios de direito fundamental exigem uma proteção o mais ampla possível dos bens protegidos, ou seja, uma proteção o mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física etc. Por isso, a restrição de um bem protegido é sempre a restrição de uma posição *prima facie* conferida pelo princípio de direito fundamental. Destarte, as restrições aos direitos fundamentais são normas que restringem as posições *prima facie* de direito fundamental. Porém, as normas podem ser restrições aos direitos fundamentais somente se são constitucionais. Se não o é, sua criação pode ter o caráter de uma intervenção, porém não de uma restrição. Os direitos fundamentais são sempre ou normas de categoria constitucional ou normas de categoria inferior à da Constituição, que normas de categoria constitucional

autorizam a impor restrições (ALEXY, 2007, p. 243-244 e 248-249), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

Ademais, não somente as regras, mas também os princípios formam parte das normas que podem ser restrições aos direitos fundamentais nos casos em que constituam uma razão para que, em lugar de uma liberdade ou de um direito fundamental *prima facie*, apareça uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo. Quando se afirma que os direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional podem limitar direitos fundamentais, se faz referência às restrições dos direitos fundamentais que têm o caráter de princípios. (ALEXY, 2007, p. 246-247), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

Em relação às espécies de limitações, há consenso no sentido de que os direitos fundamentais podem ser restringidos: a) tanto por expressa disposição constitucional como por b) norma legal promulgada com fundamento na Constituição, aqui se incluindo as restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja, direta (estabelecida pela própria Constituição), seja indiretamente (estabelecida por lei – reserva legal simples ou qualificada), um fundamento constitucional (SARLET, 1998, p. 391-392 e ss.).

Para a restrição válida de um direito fundamental, não basta que o legislador vise à salvaguarda de um interesse geral, mas é necessário, além disso, que esse interesse seja direta ou indiretamente relacionável a um valor ou bem jurídico constitucionalmente garantido. Trata-se da “doutrina dos limites imanentes”, expressada por fórmulas como “nenhum direito é absoluto” ou “todos os direitos são limitados”, que sustenta que, independentemente de que o correspondente enunciado constitucional preveja ou não a possibilidade de restrição legislativa, todo direito fundamental fica limitado pela necessidade de fazê-lo compatível com os demais direitos e bens jurídicos protegidos pela Constituição; o que conduz a expor toda intervenção legislativa nesta matéria como a busca de uma solução à colisão entre direitos e bens jurídicos de *status* constitucional e, portanto, como um exercício de ponderação (DÍEZ-PICAZO, 2005, p. 117), (SANGUINÉ, 2014, p. 56).

Como complemento à questão da delimitação dos direitos fundamentais, alguns critérios da hermenêutica constitucional concernente aos direitos fundamentais devem ser levados em conta nesse processo de delimitação: a) o “princípio da unidade da Constituição” – segundo o qual as normas constitucionais devem ser aplicadas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios instituídos pela própria

Constituição; b) o princípio da “concordância prática” ou “harmonização” ou “otimização”: a ambos os direitos devem ser traçados limites no caso concreto, para que ambos possam chegar à eficácia ótima, evitando que um seja realizado à custa do outro, ou a aniquilação do direito não prevalente. A concreta conciliação dos preceitos constitucionais permite a restrição necessária e proporcional do exercício dos direitos, mas não pode implicar o sacrifício ou supressão unilateral de um deles em benefício total do outro. Antes, exige uma ponderação em que ambos sejam preservados na maior medida possível e sejam sacrificados na menor medida possível (HESSE, 1998, p. 66-67), (SANGUINÉ, 2014, p. 59-60), (MORAES, 2007, p. 27).

Também pode ser útil o princípio da interpretação conforme a Constituição, que abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais, escolhendo, entre interpretações possíveis, a que tem mais afinidade com a Constituição Federal. Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma interpretação corretiva que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. (BARROSO, 2009, p. 301), (SANGUINÉ, 2014, p. 60-61).

Dimoulis; Martins (2009, p. 47) e Souza (2011, p. 25) prelecionam que “a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal”, o que significa que um direito é fundamental se, e somente se, for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. Normas de direitos fundamentais, portanto, são as normas constitucionais que prevêm tais direitos, verdadeiras emanações da dignidade da pessoa humana.

A partir da distinção entre regras e princípios, os catálogos de direitos fundamentais podem ser considerados de três formas distintas. De acordo com o chamado modelo puro de regras, todos os direitos fundamentais são tutelados por meio de normas que apresentam a natureza de regras, aplicáveis de modo absoluto e incondicional, sem recurso a ponderação ou sopesamento. Todos os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam a natureza de princípios, aplicáveis por ponderação ou balanceamento, em detrimento da vinculação e da normatividade do texto constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam natureza de regras e por normas que apresentam

natureza de princípios, conciliando-se a taxatividade das regras e a flexibilidade dos princípios (ALEXY, 2008, p. 135-143), (SOUZA, 2011, p. 26).

Dessa forma, o modelo de regras e princípios ou o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição Federal de 1988 uma vez que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas (PEREIRA, 2006, p. 126).

Ressalta que “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”. Eles podem ser relativizados em atenção a outros direitos fundamentais ou a interesses públicos constitucionalmente protegidos (SILVA V., 2010, p. 246).

Exatamente a relatividade dos direitos fundamentais faz com que as normas que os tutelem possam ser derrotadas. O caráter não absoluto dos direitos fundamentais evidencia, em especial, que as normas que os protegem são informadas pela ideia de derrotabilidade. Diante de um caso concreto, em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental pode ser superada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou de uma norma constitucional que consagra um interesse público. Além do mais, em razão da força expansiva dos direitos fundamentais, as normas que os protegem são também invocadas como fundamento para excepcionar, superar ou derrotar outras normas constitucionais (SOUZA, 2011, p. 27-29).

A admissão da ideia da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada ou excepcionada mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação externa ou de segunda ordem. A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Por isso, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SOUZA, 2011, p. 30).

Portanto, é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “a menos que” uma situação extraordinária se concretizasse (HART, 1986).

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de justiça social (Constituição Federal, artigo 3º), (BRASIL, 1988).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso em exame pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos símiles (FARIAS, 2015, p. 32).

### *2.1. Os princípios instrumentais da razoabilidade-proporcionalidade e o da proporcionalidade em sentido estrito*

O bem jurídico protegido - vida potencial do feto - é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. A proporcionalidade divide-se em três subprincípios: o da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e a proporcionalidade em sentido estrito, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde (BARROSO, 2018a, p. 210).

O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência (BARROSO, 2018a, p. 2013-2014).

Em relação ao subprincípio adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros

e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto (BARROSO, 2018a, p. 214-2016).

Quanto ao subprincípio da necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. A criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, da igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida (BARROSO, 2018a, p. 2016).

Por último, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. De um lado, tem-se que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto (BARROSO, 2018a, p. 2016-2017).

Dessa forma, na teoria penal, a discussão sobre a proporcionalidade no conflito de direitos fundamentais é feita sob a rubrica da teoria do bem jurídico (HASSEMER, 2007, pp. 98- 100). Onde não se verifica a existência de um direito fundamental a ser protegido, ou quando o interesse que se deseja tutelar pela via penal não possui dimensões sociais que justificam uma intervenção tão gravosa, diz-se que o tipo penal estabelecido é inconstitucional (BECHARA, 2010, p. 126-138).

### **3. A dignidade humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988**

A dignidade da pessoa humana está devidamente assegurada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constituindo, assim, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

A interpretação extensiva, que leva em consideração a sistematicidade constitucional, deve ser a marca dos direitos fundamentais. A partir dessa afirmação pode-se diagnosticar quais são os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988. Certamente o rol de direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal tem natureza meramente exemplificativa, uma vez que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos que garantem a vida digna, a inclusão, igualdade e a condição de cidadão a todos os indivíduos, sejam brasileiros ou estrangeiros presentes no território da República Federativa do Brasil, e estão previstos nos mais diversos pontos da Constituição. Não se pode cometer o equívoco de considerar que os direitos fundamentais restringem-se literalmente ao que está previsto assistemicamente apenas no artigo 5º da Constituição brasileira (COSTA, 2016, p. 118-119).

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambigüidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula (BARROSO, 2016, p. 64-66).

Em outra palavra, o princípio da dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2008, p. 63).

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter

uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas). A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Por fim, insito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente (BARROSO, 2016, p. 81-85).

A dignidade como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. A expressão “valor comunitário” é usada, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: os compromissos valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social, e as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva (BARROSO, 2016, p. 87).

Assim, a concretude da dignidade da pessoa humana, valor máximo e fundamental dos Direitos Fundamentais, apenas ocorrerá em uma sociedade considerada fraterna, em que há o respeito ao próximo e convivência harmônica para reger as relações entre os indivíduos. Em outras palavras, essa fraternidade deve ser compreendida como uma virtude da cidadania, que supera as fronteiras da pátria ou da nação (cidadania interna), numa perspectiva universal de pessoa humana (cidadania global), reivindicando o sentido da existência do humano e a sua continuidade no tempo e espaço (MACHADO, 2013, p. 79).

#### **4. Interfaces dos direitos humanos fundamentais à vida e suas repercussões sócio-jurídicas**

A discussão da inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre ultrapassa sua definição isolada como ato de interrupção da gravidez, abarcando temas correlatos relacionados aos direitos fundamentais das mulheres como sua liberdade reprodutiva e sexual, livre determinação, o direito ao próprio corpo, o planejamento familiar, e a própria saúde da mulher tanto em um aspecto físico quanto mental.

A inserção da análise na jurisdição constitucional apenas foi possível após a abertura do Direito para um caráter argumentativo, onde se reconhece que tanto regras podem se chocar quanto princípios podem colidir, ou regras e princípios podem se confrontar sem uma relação de hierarquia necessária. Assim, como consequência, nenhum direito pode ser considerado absoluto, e, ainda que teoricamente, pode-se discutir teses jurídicas visando a que o ordenamento jurídico se veja mais próximo das necessidades sociais. Isso inclui a análise da pertinência ou não da manutenção dos tipos penais incriminadores do aborto (ALVES; CAMARGO, 2017, p. 107).

O Brasil caracteriza-se por ser um Estado Democrático de Direito, e para isso, consagra o valor da pessoa humana e um conjunto de direitos e garantias fundamentais expostos em sua lei maior. A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à vida, a liberdade, a igualdade e coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do Estado brasileiro.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

Ademais, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2004, p. 50).

Dessa forma, a Constituição Federal contém os comandos superiores quanto à operacionalização do Direito Penal, como também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos: a liberdade. É a Constituição, pois, que traça os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de infrações penais, além de fixar marcos que impedem e marcos que possibilitam a descriminalização (LIMA; SILVA, 2016, p. 10).

#### *4.1. Violação à autonomia, à integridade física e psíquica da mulher*

A criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir (BARROSO, 2018a, p. 211).

O direito à integridade psicofísica (artigo 5º, *caput*, inciso III da Constituição Federal) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma benção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma benção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher (BARROSO, 2018a, p. 211).

#### *4.2. Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres*

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem

discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade (BARROSO, 2018a, p. 211-212).

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao tirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais, prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionada à falta de acesso à assistência de saúde adequada (BARROSO, 2018a, p. 212).

A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. Também, a tipificação penal produz a denominada discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis (BARROSO, 2018a, p. 212-213).

## **5. Conclusões**

Inobstante, o caráter de princípio das normas de direito fundamental deriva, não somente que, em razão dos princípios contrapostos, os direitos fundamentais estão restringidos e são restringíveis, mas que também suas restrições e a possibilidade de restringi-los, são restringidas. Uma restrição aos direitos fundamentais somente é admissível se no caso concreto aos princípios contrapostos lhes corresponde um peso maior que aquele que corresponde ao princípio de direito fundamental. Por isso os direitos fundamentais, em si mesmos, são

restrições às suas restrições e à possibilidade de restringi-los (ALEXY, 2007, p. 257), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

Dessa forma, os direitos fundamentais previstos em normas constitucionais que têm a natureza de regras ou de princípios não são absolutos podendo ser relativizados em face da necessidade de consideração de outros direitos fundamentais ou de interesses públicos constitucionalmente protegidos. Isso revela que as normas que tutelam direitos fundamentais (regras ou princípios) estão em permanente interação entre si e com as demais normas constitucionais. As normas de direitos fundamentais podem ser excepcionadas ou constituir fundamento para excepcionar outras normas constitucionais, sendo em relação a elas mais nítida a aplicação da ideia de derrotabilidade de normas jurídicas (SOUZA, 2011, p. 32).

Se os direitos fundamentais não são absolutos, devem ser conciliados ou harmonizados com outros bens. Porém, nem todo bem social em abstrato ou princípio juridicamente protegível pode atuar como limite dos direitos fundamentais, mas deve tratar-se de fins sociais ou gerais que constituam em si mesmos valores constitucionalmente reconhecidos e a prioridade deve resultar da própria Constituição (SANGUINÉ, 2014, p. 54-55).

O Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes – artigos 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita (BARROSO, 2018a, p. 214).

## 6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cândice Lisboa; CAMARGO, Beatriz Corrêa. A descriminalização da prática do aborto no Brasil: análise histórica das ações propostas no STF e ponderação sob a perspectiva

jurídico-penal. In: **Direito penal, processo penal e constituição II** [Recurso eletrônico on-line]. REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de ; LARA, Caio Augusto Souza; COSTA, Renata Almeida da [Coords.], CONPEDI [Org.]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/44a00ks7/xB8k91CI107b2OvD.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4. reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018a.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 4. Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018b.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2010, 464 f. Tese de Livre Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia, 2003.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **Sistema de derechos fundamentales**. Segunda edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves. Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitando soluções para os casos extremos (extreme cases). In: **Revista do Ministério Público Estadual do Pará**. Belém, vol. 8, 2015.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland [Org.]. **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SILVA, Nathália Ribeiro Leite. Análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. In: **Direito penal e constituição** [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF [Org.]; PRANDO, Camila Cardoso de Mello; RIBEIRO, Diaulas Costa; STAFFEN, Márcio Ricardo [Orgs.]. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/743p0iw2/77GwG057v5P8Idwa.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade e o direito constitucional brasileiro: anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no direito constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição federal de 1988. In: PIERRE, Luiz A. A. *et al* [Org.]. **A fraternidade como categoria jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SOUZA, Rodrigo Telles. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. In: **Boletim Científico ESMPU**. Brasília-DF, ano 10, nº 34, jan.-jun. 2011.

## **A (IN) SUSTENTABILIDADE DO GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS NO BRASIL**

**José Claudio Junqueira Ribeiro**

*Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC*

**Cristiane Araújo Mendonça Saliba**

*Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC*

### **Resumo**

O deficiente gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos no Brasil tem se apresentado como grave problema ambiental pela disposição inadequada de milhões de toneladas anuais, poluindo o solo, as águas e o ar, além dos impactos à saúde pública. No intuito de sanar esses problemas, foi sancionada a Lei 12.305/2010, que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Todavia, as metas de autossuficiência dos serviços de coleta e destinação adequada e a extinção dos lixões até 2014 ainda não foram atingidas. As dificuldades nas modalidades adotadas pelos municípios sem cobrança, ou cobrança insuficiente, vêm sendo apontadas como as principais causas.

**Palavras-chave:** resíduos sólidos urbanos, gerenciamento, lixões, lei 12.305/2010, taxa de coleta de resíduos.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The poor management of urban solid waste in Brazil has been presented as a serious environmental problem by inadequate disposal of millions of tons per year, polluting the soil, water and air, as well as the impacts on public health. To solve these problems, Law 12,305 / 2010, which established the National Solid Waste Policy, was sanctioned. However, the targets for self-sufficiency in collection and proper disposal services and elimination of dumps until 2014 have not yet been reached. The difficulties in the modalities adopted by the municipalities without collection, or insufficient collection, have been identified as the main causes.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** solid urban waste, management, dumps, law 12305/2010, waste collection rate.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo, a partir do método de raciocínio dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica e documental, considerando aspectos descritivos, quantitativos e explicativos, analisar a problemática da gestão e do gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos (RSU) no Brasil, cuja disposição final ambientalmente inadequada, se configura como um dos maiores problemas ambientais no país. Para melhor entendimento, inicialmente foi comentada a gênese da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, resultado de esforços que duraram quase duas décadas no Congresso Nacional para sistematizarem e convergirem propostas para as mais diversas tipologias de resíduos, em função de interesses setoriais, colados à problemática dos RSU, notadamente os resíduos de serviços de saúde, embalagens e outros especiais como lâmpadas, pilhas e baterias, eletroeletrônicos, que também são gerados nos domicílios.

Todavia, a PNRS definiu como RSU os gerados nos domicílios, exclusive os especiais, e os oriundos da limpeza pública, sendo dessa forma, que serão considerados neste trabalho. A seguir são comentados os principais conceitos, deveres e obrigações para os todos os entes federativos nas atividades de gestão, principalmente o planejamento, que se aplicam a todos tipos de resíduos, inclusive aos RSU; e para o nível local, as atividades de gerenciamento – coleta, transporte e destinação final, especificamente dos RSU, podendo exercê-las direta ou indiretamente.

Posteriormente é apresentado um panorama da situação dos RSU no Brasil, ressaltando os impactos ambientais no solo, nas águas e no ar pela disposição final inadequada em lixões ou aterros controlados, constituindo-se o primeiro também em grave problema de saúde pública pela proliferação de vetores, disseminação de doenças, além da presença de animais e de catadores em condições deploráveis.

Para a gestão e gerenciamento dos RSU são apresentadas as modalidades praticadas, desde mais utilizada como a administração direta pelas prefeituras municipais, seguida da indireta por autarquias municipais, terceirizações parcial ou integral, em regime de contratos por licitação, e as Parcerias público-privada (PPP) que já se iniciam com alguns exemplos para a disposição final em aterros sanitários.

Ao final discute-se a sustentabilidade operacional e financeira para esses serviços prevista na PNRS, indicando os altos percentuais de não cobrança ou cobrança insuficiente pela prestação desses serviços, considerada uma das principais causas do insucesso da PNRS, que

estabeleceu o ano de 2014 para o fim do descarte em lixões e aterros controlados, situação que persiste até a presente data para a realidade de mais de três mil municípios brasileiros.

## **2.A lei da política nacional de resíduos sólidos – pnrs e suas origens**

As origens da Lei n. 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, remontam às discussões no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA no final da década de 1990, que chegou a aprovar uma resolução, não publicada por dispor sobre obrigações que deveriam ser previstas em lei.

No âmbito do legislativo bicameral brasileiro (Câmara dos Deputados e Senado) já se encontravam vários projetos de lei sobre resíduos sólidos, mas que eram específicos em relação às diversas tipologias de resíduo sólidos como resíduos de serviços de saúde, construção civil, pilhas e baterias, pneus, etc.

O projeto original foi apresentado pelo Senador Francisco Rollemberg em 27 de outubro de 1989, sob o número 354, e dispunha sobre o acondicionamento, a coleta, o tratamento, o transporte e a destinação final dos resíduos de serviços de saúde. Foi recebido na câmara dos Deputados em 1º de abril de 1991, passando a tramitar como PL 203/1991 (ARAÚJO, 2011).

Ao PL 203/1991, sobre resíduos de serviços de saúde, foram apensados mais de uma centena de projetos de lei durante as décadas de 1990, que versavam sobre as mais variadas questões relativas aos resíduos sólidos. Assim, em 2001, foi criada uma comissão na Câmara dos Deputados para analisar e sistematizar as propostas existentes, tendo como resultado o substitutivo do relator Deputado Emerson Kapaz, que, todavia, não chegou a ser aprovado naquela legislatura (ARAÚJO, 2011).

Paralelamente, o CONAMA também avançava nas discussões e publicação de resoluções sobre essas questões, gerando, inclusive, alguns conflitos com o legislativo sobre a alegação de invasão de competência.

Nesse período o CONAMA aprovou várias resoluções sobre a matéria, a exemplo da Resolução 06/1991 sobre tratamento de resíduos sólidos provenientes de estabelecimentos de saúde, portos e aeroportos e da Resolução 08/1991 sobre a vedação de entrada no país de resíduos destinados à disposição final e incineração.

Mais tarde esse Conselho aprovou várias resoluções sobre pneus inservíveis (CONAMA 258/1999, 301/2002 e 416/2009) sobre resíduos da construção civil (CONAMA 307/2002, 469/2015 e 448/2012) e sobre resíduos de serviços de saúde (CONAMA 358/2005), entre outras.

A demanda para a normalização da gestão dos resíduos sólidos mobilizava não apenas o setor governamental, legislativo e executivo, mas também o setor empresarial e a sociedade civil. Nesse sentido, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT também colocou a matéria em discussão, propondo a revisão da NBR 2004/1987 sobre Resíduos Sólidos, o que ocorreu com a publicação da NBR 10004/2004.

Considerando a crescente preocupação da sociedade com relação às questões ambientais e ao desenvolvimento sustentável, a ABNT criou a CEET-00.01.34 - Comissão de Estudo Especial Temporária de Resíduos Sólidos, para revisar a ABNT NBR 10004:1987 - Resíduos sólidos - Classificação, visando a aperfeiçoá-la e, desta forma, fornecer subsídios para o gerenciamento de resíduos sólidos. As premissas estabelecidas para a revisão foram a correção, complementação e a atualização da norma em vigor e a desvinculação do processo de classificação em relação apenas à disposição final de resíduos sólidos (NBR 1004/2004).

Em 2006, a Comissão da Câmara dos Deputados aprovou novo substitutivo para o Projeto de Lei 203/1991 e seus apensados. Posteriormente, outras propostas, incluindo uma de origem do Executivo, PL 1.991/2007, foram apensadas. Este PL do Executivo foi elaborado pelo Ministério do Meio Ambiente, a partir de seminários e discussões com as diversas partes interessadas, dando origem a um texto bastante amplo que proporcionava a instituição de uma política nacional para os resíduos sólidos em seus diversos aspectos, com muitos avanços em relação às responsabilidades pós consumo, logística reversa e aplicação de instrumentos econômicos.

A complexidade do tema e as divergências decorrentes em muito dificultaram para a construção de consensos gerais para a matéria avançar.

Após esses longos debates e acordos de lideranças, expedientes rotineiros no processo legislativo, a matéria foi aprovada em plenário da Câmara de Deputados, em 10 de março de 2010. Segundo Sueli Araújo, Consultora legislativa da Câmara dos Deputados, o texto aprovado sofreu pequenas alterações em relação ao enviado pelo grupo de trabalho, sendo considerado de importância principal, “a supressão de dispositivos que tratavam da concessão de incentivos econômicos a atividades relacionadas à reciclagem e ao tratamento de resíduos sólidos” (ARAÚJO, 2011).

Em face da complexidade do tema e das dificuldades de obtenção de consenso entre os diversos setores envolvidos, em 4 de junho de 2008, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados decidiu constituir grupo de trabalho para examinar o parecer proferido pela comissão especial ao PL 203/1991 e apensos, com vistas a viabilizar a votação em plenário. O trabalho foi concluído, em 15 de outubro de 2009, com aprovação de subemenda substitutiva global de plenário ao PL 203/1991 e seus apensos, oferecida pelo coordenador do grupo, Deputado Arnaldo Jardim (ARAÚJO, 2011).

O Substitutivo do Projeto de Lei 203/1991, finalmente aprovado na Câmara dos Deputados, retornou ao Senado, que com algumas poucas emendas, consideradas sem maior importância, foi aprovado em 07 de julho de 2010 e sancionado pela Presidência da República no dia 02 de agosto de 2010, sem nenhum veto, e publicado no Diário Oficial da União – DOU em 03 de agosto de 2010.

Apesar de uma longa tramitação, quase duas décadas, a Lei 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS é considerada uma lei moderna com dispositivos que permitiriam o país avançar na gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos nas suas diversas modalidades, em termos de tipologia, resíduos sólidos urbanos, serviços de saúde, construção civil, industriais, mineração, agropecuários, especiais, etc. com instrumentos de planejamento, comando e controle, responsabilidade compartilhada na logística reversa e também a previsão de instrumentos econômicos, como o poluidor-pagador e o protetor-recebedor.

### **3. A PNRS e os resíduos sólidos urbanos - RSU**

No que se refere aos resíduos sólidos urbano (RSU), a PNRS definiu como integrantes dessa categoria os resíduos domiciliares e os oriundos da limpeza urbana – varrição e capina de logradouros públicos como rua, praças etc. e limpeza de bueiros.

Art. 13. Para os efeitos desta Lei, os resíduos sólidos têm a seguinte classificação:

I - quanto à origem:

- a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas;
- b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;
- c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas “a” e “b” (BRASIL, 2010).

Para os resíduos sólidos, segundo as definições da PNRS, no seu Artigo 3º, se por um lado o gerenciamento compreende as ações de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final, de competência do poder público municipal, de outro, as atividades relativas à gestão são de competência de todos os entes federativos: União, estados, Distrito Federal e Municípios.

X - gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei;

XI - gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política,

econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2010).

Vale mencionar o novo entendimento que a PNRS estabeleceu entre gestão e gerenciamento, inovando ao atribuir significados distintos para estes dois vocábulos, que na língua portuguesa, sempre foram consideradas sinônimas, senão vejamos:

A ciência da administração no Brasil utiliza com muita frequência os dois termos – gestão e gerenciamento, sem, contudo, fazer uma diferenciação. O principal referencial teórico considerado nessa área tem sido o renomado *Project Management Institut* (PMI), cujas publicações e referências têm sido traduzidas no país ora como gestão, ora como gerenciamento, para o único termo da língua inglesa – *management*. Os originais do *Project Management – an International Perspective and Advanced Project Management – Best Practices on Implamentation* são traduzidos, respectivamente, para Gestão de Projetos – uma abordagem global e Gestão de Projetos – As Melhores Práticas, sendo que no capítulo 7 utiliza ao mesmo tempo os termos gestão e gerenciamento, sem nenhuma distinção, ao traduzir do original em inglês *management* (RIBEIRO, 2013).

Assim, se anteriormente, havia o entendimento que os resíduos sólidos urbanos seriam de responsabilidade apenas do nível local, a PNRS atribuiu aos estados e à União, deveres para o nível da gestão, obrigando também a estes entes federativos o planejamento, inclusive a elaboração de planos nacional e estaduais.

Art. 11. Observadas as diretrizes e demais determinações estabelecidas nesta Lei e em seu regulamento, incumbe aos Estados:

I - promover a integração da organização, do planejamento e da execução das funções públicas de interesse comum relacionadas à gestão dos resíduos sólidos nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos da lei complementar estadual prevista no § 3º do art. 25 da Constituição Federal.

.....  
Art. 14. São planos de resíduos sólidos:

I - o Plano Nacional de Resíduos Sólidos;

II - os planos estaduais de resíduos sólidos;

III - os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas;

IV - os planos intermunicipais de resíduos sólidos;

V - os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos;

VI - os planos de gerenciamento de resíduos sólidos. (BRASIL, 2010).

Para os RSU, as atividades relativas ao gerenciamento, coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final são de competência dos municípios, podendo exercê-las direta ou indiretamente, conforme previsto no Artigo 26 da PNRS.

O titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos é responsável pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços, observados o respectivo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, a Lei nº 11.445, de 2007, e as disposições desta Lei e seu regulamento. (BRASIL, 2010).

Todavia as atividades inerentes à gestão – planejamento, supervisão e fiscalização, que são atividades típicas de estado, não podem ser delegadas.

Outra característica digna de nota disposta na PNRS em relação aos RSU, conforme o Artigo 28, são os únicos resíduos que a responsabilidade do gerador cessa ao disporem corretamente para a coleta, além daqueles pós consumo depositados no sistema de logística reversa implantado.

O gerador de resíduos sólidos domiciliares tem cessada sua responsabilidade pelos resíduos com a disponibilização adequada para a coleta ou, nos casos abrangidos pelo art. 33, com a devolução. (BRASIL, 2010).

A PNRS estabeleceu vedações para a destinação ou disposição de resíduos sólidos e rejeitos, estabelecendo prazo para sua regularização, considerando que a disposição ambientalmente inadequada se apresenta como um dos principais, senão o principal, problema na gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos no país.

Nesse interim, cabe ressaltar que a PNRS no seu Artigo 3º, Incisos XV e XVI, também inovou ao definir conceitos diferenciados para resíduos sólidos e rejeitos.

XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL, 2010).

Para os RSU estão vedadas na lei o lançamento *in natura* a céu aberto (lixões) em terrenos baldios, corpos hídricos, queima a céu aberto ou em qualquer outra forma não licenciada pelo órgão ambiental competente.

Considerando que a PNRS estabeleceu no seu Artigo 9º, como diretriz para a gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos, a prioridade de não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, entende-se que apenas os materiais constituintes dos RSU sem viabilidade técnica ou econômica para reutilização, reciclagem ou tratamento (rejeitos) deveriam ser enviados para a disposição final.

Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

§ 1º Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, muitos dos materiais presentes nos resíduos sólidos urbanos, que no país atingem uma média de 30% em peso – plásticos, papel, papelão, metais e vidros, que apresentam potencial para a reciclagem deveriam estar sendo segregados para a coleta seletiva e enviados para serem reintroduzidos na cadeia de produção como matéria prima. Mesmo antes da disposição final em aterros sanitários, o aproveitamento energético se apresenta como alternativa de prioridade.

Para a solução do principal problema relativo à etapa final do gerenciamento dos RSU, a disposição final ambientalmente adequada, a PNRS estabeleceu prazo.

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei. (BRASIL, 2010).

Apesar de várias iniciativas, sem sucesso, para a dilação do prazo de 4 (quatro) anos, vencido em 03 de agosto de 2014, considerando a data da publicação da lei 12.305 em 03 de agosto de 2010, o seu cumprimento ainda está de longe de ser observado.

#### **4. A situação geral dos RSU no Brasil e seus impactos**

Segundo a Associação Brasileira de Limpeza Pública e Resíduos Especiais – ABRELPE, em 2016, foram gerados 78,3 milhões de toneladas de RSU no Brasil, com uma cobertura de coleta de 91%, restando 7 (sete) milhões de toneladas sem qualquer tipo de coleta. Do total coletado, 58,4% foram dispostos em aterros sanitários e o restante, 41,6%, cerca de 30 milhões de toneladas foram enviados para disposição em lixões ou aterros controlados, caracterizados como disposições ambientalmente inadequadas (ABRELPE, 2016).

Os lixões são vazadouros a céu aberto, onde os RSU são lançados sem nenhum cuidado, gerando impactos ambientais pela contaminação do solo e das águas superficiais e subterrâneas pelo percolado gerado na sua decomposição (chorume) e pelos gases, principalmente metano (CH<sub>4</sub>) um dos principais gases de efeito estufa (GEE) responsáveis pelo aquecimento global.

Sem nenhum tipo de controle, os lixões tornam-se foco de proliferação de vetores como ratos, baratas, moscas, etc. e de disseminação de doenças. Ademais, como são abertos, a

situação se agrava com a presença de animais – aves, cães, gatos, suínos, equinos, etc. e à catação indiscriminada com a presença de catadores de materiais recicláveis, quando os problemas de saúde pública são fortemente agravados.

Os aterros controlados se constituem em paliativo para reduzir os impactos ambientais em relação à saúde pública. De fato, são lixões com algum tipo de controle como cercamento da área, impedindo a entrada de animais e de catadores. Além disso, nesses aterros, os RSU devem ser espalhados, compactados e recobertos para que não sejam foco de atração de aves e reduzam a proliferação de vetores. Todavia, os impactos de contaminação do solo, das águas e do ar persistem, uma vez que não são implantadas as medidas protetivas necessárias de drenagem do chorume e dos gases. Como já citado, não constituem em alternativa de disposição ambientalmente adequada.

Os aterros sanitários são infraestruturas ambientalmente adequadas à disposição dos resíduos sólidos urbanos, quem em termos da PNRS deveriam receber somente os rejeitos.

Aterro Sanitário é um método de disposição de resíduos sólidos urbanos, visando proteger o meio ambiente, a saúde pública e favorecer a segurança e o bem-estar da população. Consiste na aplicação de técnicas de engenharia e normas operacionais específicas para confinar esses resíduos na menor área possível e reduzir ao mínimo o seu volume, cobrindo-os com uma camada de terra ou material inerte, tão frequentemente quanto necessário e, pelo menos, ao fim de cada jornada de trabalho. Deverá necessariamente conter sistemas de impermeabilização de base e laterais, sistemas de drenagem de chorume para tratamento, remoção segura e queima dos gases produzidos (FEAM, 1996).

Segundo a ABRELPE, 3.331 municípios brasileiros (60%), em 2016, ainda dispunham seus RSU em lixões ou aterros controlados. Observa-se que são nas regiões geográficas brasileiras menos desenvolvidas Norte (79%) e Nordeste (75%) onde estão os mais elevados percentuais de municípios que adotam essa prática. Nas regiões mais desenvolvidas, Sul (40%) e sudeste (50%) municípios com esses tipos de disposição final, ainda que em números elevados, apresentam percentuais mais baixos que a média nacional. A Região Centro Oeste apresenta 65% dos municípios com disposição ambientalmente inadequada, como se pode observar na Tabela 1 (ABRELPE, 2016).

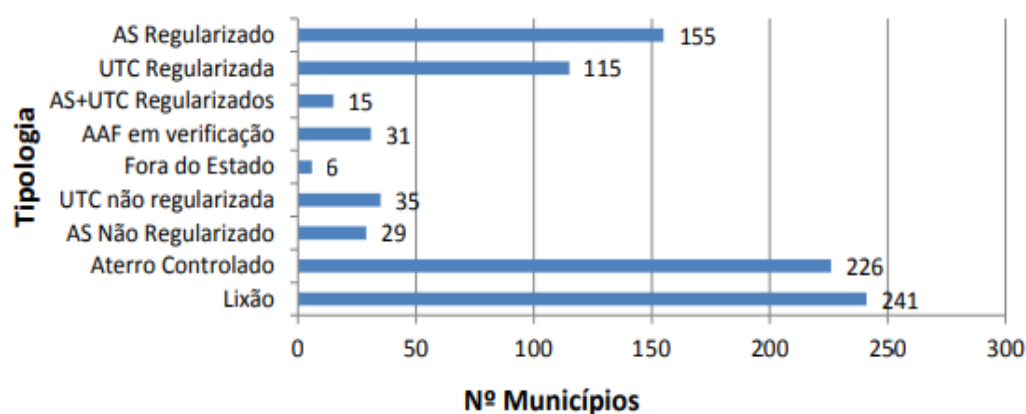
Tabela 1 Quantidade de Municípios por Tipo de Disposição Final de RSU

Disposição Final	Norte	Nordeste	Centro Oeste	Sudeste	Sul	Brasil
A. Sanitário	92	458	161	822	706	2.239
A. Controlado	112	500	148	644	368	1.772
Lixão	246	836	158	202	117	1.559
Total	450	1.794	467	1.668	1.191	5.570

Fonte ABRELPE, 2016

Faz-se mister ressaltar, contudo, que esses dados podem, inclusive, apresentar uma visão otimista da realidade, uma vez que para a Região Sudeste composta pelos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Minas Gerais, apenas para este último foram identificados por levantamentos realizados nos 853 municípios do estado, 241 lixões, como pode-se observar na Figura 1, em contraponto aos 202 para toda a região identificados pela ABRELPE.

Figura 1 Destinação dos RSU em Minas Gerais – 2016



Fonte FEAM, 2017

Os levantamentos realizados no Estado de Minas Gerais indicam que são os municípios menores de 20 mil habitantes que apresentam as maiores dificuldades para destinarem adequadamente seus RSU, como pode se observar na Figura 2, certamente pela carência de recursos humanos e financeiros.

Esta realidade provavelmente também se aplica ao país, onde cerca de 70% dos municípios apresentam esse porte, inferior a 20 mil habitantes.

Figura 2 Destinação final dos RSU por faixa de população urbana – 2016

Faixa Pop. Urbana		< 20 mil hab.			Entre 20 e 50 mil hab.			> 50mil hab.		
		Nº de mun.	Pop. Urbana	% Pop. Urbana	Nº de mun.	Pop. Urbana	% Pop. Urbana	Nº de mun.	Pop. Urbana	% Pop. Urbana
Regularizado	Aterro Sanitário	103	585.413	3,50	21	719.691	4,31	31	7.319.474	43,79
	UTC	114	594.266	3,56	1	25.200	0,15	0	0	0,00
	AS+UTC	14	105.174	0,63	0	0	0,00	1	102.316	0,61
	AAF em verificação	30	127.833	0,76	1	47.642	0,29	0	0	0,00
	Fora do Estado	6	31.323	0,19	0	0	0,00	0	0	0,00
Não Regularizado	Aterro Sanitário	12	110.048	0,66	9	320.287	1,92	8	1.048.364	6,27
	UTC	34	241.494	1,44	1	35.185	0,21	0	0	0,00
Irregular	Aterro Controlado	207	946.620	5,66	14	367.188	2,20	5	819.867	4,90
	Lixão	204	1.411.322	8,44	25	741.905	4,44	12	1.014.604	6,07
Total		724	4.153.493	24,85	72	2.257.098	13,50	57	10.304.625	61,65

Fonte FEAM, 2017

Dessa forma, ainda que o índice de cobertura pela coleta dos RSU seja considerado elevado (91%), a destinação ambientalmente inadequada desses resíduos em aterros controlados e lixões de 3.331 municípios (60%) brasileiros, grande parte de pequeno porte, com valores brutos de 30 milhões de toneladas anuais, gera impactos ambientais significativos, poluindo o solo, as águas, o ar, além de constituir grave ameaça à saúde pública.

As dificuldades das administrações locais pela carência de recursos humanos e financeiros, nem sempre suportadas pelas administrações estaduais ou da União, coloca a destinação final dos RSU como um dos mais graves desafios a ser enfrentado no país.

Segundo o Centro Empresarial para a Reciclagem (CEMPRE, 2016), a coleta seletiva estaria presente em apenas 1055 municípios brasileiros (18%), sendo a maioria nas regiões Sul/Sudeste. Esta baixa implementação na segregação de recicláveis no país não vem contribuindo de forma significativa para a redução dos RSU a serem destinados para a reciclagem e, apenas, os rejeitos serem enviados para a disposição final ambientalmente adequada em aterros sanitários (CEMPRE, 2016).

Além do mais, a baixa eficiência desses programas municipais em relação aos recicláveis secos que são coletados de forma seletiva, estima-se que apenas 10% do total de resíduos potencialmente recicláveis são enviados para a reciclagem (Brasil, 2014).

## **5. Alternativas para a administração pública na gestão e gerenciamento dos RSU**

Para a solução da disposição final ambientalmente adequada dos RSU e a eliminação da prática de lançamento em lixões e aterros controlados, a falta de recursos públicos necessários para investimentos tem levado a administração pública a buscar a participação da iniciativa privada.

Pedro de Menezes Niebuhr (2008) ensina que no final do século XX vários países passaram a buscar a iniciativa privada para a prestação de serviços públicos, com vistas à melhoria da eficiência, em face da falta de recursos financeiros na administração pública (NIEBUHR, 2008).

Na análise de Alexandre Mazza (2015) existem pode se observar quatro estágios para a evolução nas formas de prestação de serviços públicos:

1º Fase (ausência do Estado na prestação): em um primeiro momento, até o início do século XX, e sob a vigência do chamado Estado Liberal ou Estado-Polícia, o Poder Público não prestava serviços públicos à coletividade, já que a missão fundamental atribuída ao Estado consistia na simples fiscalização da atuação dos particulares.

2º Fase (prestação direta): com o advento das chamadas Constituições Sociais, especialmente a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, surgiu o denominado Estado Social ou Estado Providência, encarregado da prestação direta de inúmeros serviços públicos.

3º Fase (prestação indireta via concessão e permissão): (...) após a Segunda Guerra Mundial, a prestação de serviços públicos deixou de ser realizada diretamente pelo Estado e passou a ser delegada a empresas privadas por meio de instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos.

4º Fase (prestação com distribuição de riscos): (...) as PPP nasceram nesse contexto de falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados (MAZZA, 2015).

Maria Eduarda Azevedo (2009) é de opinião que essa prática vem sendo utilizada pela administração pública de forma crescente e continuada.

Em grau variado, mas de forma crescente e continuada, este esquema é utilizado independente do regime político e nível de desenvolvimento, tendo contribuído significativamente para enriquecer o leque de modelos de concretização e as práticas desenvolvidas (AZEVEDO, 2009).

No Brasil, a primeira tentativa oficial que se tem para a transferência de atividades do setor público para o privado foi o Programa Nacional de Desburocratização por meio do Decreto 83.740 de 18 de julho de 1979, que tinha como objetivo dinamizar e simplificar a

administração pública federal. Este programa, apesar de não ter apresentado resultados significativos, foi retomado como Programa Nacional de Desestatização pela Lei 8.031 de 12 de abril de 1981, alterada pela Lei 9.491 de 09 de setembro de 1997, tendo como um dos principais objetivos “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (BRASIL, 1997).

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997) “os principais focos eram os serviços não exclusivos ou competitivos e a produção de bens e serviços para o mercado” (PEREIRA, 1997).

A Carta Magna dispôs no seu Artigo 175 sobre a concessão e permissão de serviços públicos.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A Lei 8.897 de 13 de fevereiro de 1995 dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, estabelecendo os direitos e obrigações das partes, inclusive dos usuários (BRASIL, 1995).

Segundo Jorge Fernandes (2001), no princípio constitucionalista brasileiro, o Estado, como regra, não deveria exercer atividade econômica, a não ser nos casos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, sendo que este último se aplica à gestão e ao gerenciamento dos RSU.

No nível estratégico – planejamento e formulação de políticas públicas, o exercício das funções compete ao Estado, sendo indelegáveis (Gestão) e as atividades de prestação de serviços considerados não exclusivos poderia haver um papel transitivo entre o público e o privado (FERNANDES, 2001).

Para os não exclusivos se enquadrariam as atividades de gerenciamento – coleta, transporte, transbordo e destinação final ambientalmente adequada dos RSU.

Para a coleta, varrição e capina, a terceirização dos serviços concedidos à iniciativa privada por meio de licitações já é uma realidade, principalmente nos grandes centros urbanos do país. As dificuldades do poder público para a contratação de mão de obra para esses tipos de serviços, por meio de concurso público, e para garantir a manutenção de veículos coletores,

com os lentos procedimentos burocráticos da Lei 8.666/90, têm sido as principais razões alegadas.

Os contratos de terceirização podem ser parciais por tipo de serviço – coleta, manutenção, mão de obra, etc. ou integral.

Terceirização significa transferir para terceiro a execução de serviço. Assim, quando uma pequena Prefeitura contrata uma empresa para fazer manutenção nos equipamentos utilizados na limpeza ou coloca caminhões de coleta, está terceirizando; do mesmo modo haverá terceirização quando uma Prefeitura contrata uma empresa para realizar, integralmente, a atividade de limpeza pública (FERNANDES, 2001).

No que concerne à disposição final dos RSU em aterros sanitários, observa-se que a presença da iniciativa privada também já é bem representativa, em modelagens que variam desde a prestação de serviços por recebimento de toneladas de RSU, concessões ou Parcerias Público Privada – PPP.

No Brasil a Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004 instituiu as normas gerais para a licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da administração pública, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, definindo a PPP como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (BRASIL, 2004).

Segundo Pedro de Menezes Niebuhr (2008), as PPP já são utilizadas na Comunidade Europeia, nos Estados Unidos e, inclusive no Brasil, principalmente para atrair ativos empresariais em investimentos para obras e serviços de utilidade pública, não contemplados satisfatoriamente por recursos estatais, proporcionando viabilidade e maior eficiência na prestação de serviços, além de possibilitar o emprego de tecnologias mais avançadas em várias atividades (NIEBUHR, 2008).

Na América latina, os pioneiros a se utilizarem de PPP para a prestação de serviços públicos foram Chile e México (DI PIETRO, 2011).

O conceito de Parceria Público-Privada – PPP tem sua origem no Reino Unido, no início da década de 1990, denominado inicialmente *Project Finance Initiative – PFI*, para depois se firmar como *Public Private Partnership – PPP*. O Banco Mundial, através de seu Conselho de Infraestrutura Pública e Privada, define as PPP como acordos contratuais, em suas várias modalidades, nos quais as partes se obrigam a direitos e deveres durante a vigência do contrato. (SUNDFELD, 2005).

Hely Lopes Meirelles define Parceria Público-Privada como:

É uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energias etc., como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas (MEIRELLES, 2012).

O Tribunal de Contas da União – TCU apresenta também seu entendimento sobre as parcerias público-privadas – PPP

As Parcerias Público-Privadas (PPP) são contratos de concessão em que o parceiro privado faz investimentos em infraestrutura para prestação de um serviço, cuja amortização e remuneração é viabilizada pela cobrança de tarifas dos usuários e de subsídio público (PPP patrocinada) ou é integralmente paga pela Administração Pública (na modalidade de PPP administrativa) (TCU, 2017).

Na prestação de serviços para a disposição final de RSU, cita-se o exemplo da Parceria Público-Privada da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - PBH com a empresa Vital Engenharia. Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, uma das cidades mais populosa do país, com 2,5 milhões de habitantes, envia cerca de 2.500 toneladas diariamente para um aterro sanitário privado, no município vizinho de Sabará, na Região Metropolitana de Belo Horizonte – RMBH. A partir desse contrato, a PBH paga R\$ 46,00 (quarenta e seis) reais, cerca de 10 (dez) Euros por tonelada de RSU a ser disposta, enquanto outros municípios da RMBH pagam em média R\$ 70,00 (setenta) reais, cerca de 15 (quinze) Euros, por tonelada para a disposição final nesse aterro sanitário (SNIS, 2017).

Os baixos preços pagos pela PBH em relação aos demais são resultantes do grande volume de RSU gerados, que viabilizaram a PPP, com investimentos privados para a construção do aterro sanitário, assegurado o recebimento dos RSU de Belo Horizonte por 25 (vinte e cinco) anos.

## **6. Sustentabilidade operacional e financeira no gerenciamento dos RSU**

A prestação dos serviços no gerenciamento dos RSU – coleta, transporte, transbordo e disposição final deve ser cobrada dos usuários para a auto sustentação, conforme previsto no Artigo 7º da Lei 12.305 que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS e a Lei 11.445 que estabeleceu os princípios básicos para o saneamento básico, com destaque para a universalização da prestação do serviço.

X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua **sustentabilidade operacional e financeira**, observada a Lei nº 11.445, de 2007 (grifo nosso) (BRASIL, 2010).

Entretanto, conforme dados do SNIS (2018), cerca de 60% dos municípios brasileiros não cobram dos usuários por esse serviço prestado. Ainda que haja uma coincidência de percentual com os municípios que não dispõem os RSU de forma ambientalmente adequada, há que se considerar uma cobertura de coleta de 91% nos municípios brasileiros (ABRELPE, 2016).

Na Figura 3 apresenta-se os percentuais de municípios e população com cobrança pelos serviços de coleta, transporte e destinação final de RSU dos municípios por região geográfica.

Figura 3 Cobrança pelos serviços de RSU pelos municípios brasileiros

Região	Quant. de municípios	Percentual de municípios que cobram	Percentual de municípios sem cobrança	Percentual da pop. urbana correspondente aos municípios que cobram
	(munic.)	(%)	(%)	(%)
Norte	221	16,3%	83,7%	43,7%
Nordeste	871	6,2%	93,8%	38,1%
Sudeste	1.307	47,1%	52,9%	60,5%
Sul	982	82,3%	17,7%	87,6%
Centro-Oeste	289	23,2%	76,8%	47,4%
Total-2016	3.670	43,1%	56,9%	58,1%
Total-2015	3.520	43,3%	56,7%	56,8%
Total-2014	3.765	40,2%	59,8%	55,5%

Fonte SNIS 2017

Segundo o Relatório 2018 do Sistema Nacional de Informações de Saneamento (SNIS) – Resíduos Sólidos, com dados do Ano base 2016, o custo médio para a coleta e transporte dos RSU no Brasil ficou em torno dos R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais por tonelada, cerca de 32 (trinta e dois) Euros.

Os custos, declarados pelos órgãos municipais, para a disposição final em aterros privados, em grandes capitais brasileiras (Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Fortaleza, Recife e Porto Alegre) variam entre R\$ 40 (quarenta) e R\$ 50 (cinquenta) reais, cerca de 9 (nove) a 11 (onze) Euros. Para Manaus e Curitiba, entre R\$ 70 (setenta) e R\$ 80 (oitenta) reais, cerca de 15 (quinze) a 17 (dezessete) Euros.

Dentre os municípios declarantes, os valores mais elevados declarados variam entre R\$ 150 (cento e cinquenta) e R\$ 250 (duzentos e cinquenta) reais, cerca de 32 (trinta e dois) a 55 (cinquenta e cinco) Euros, valores encontrados notadamente em municípios da Região Sul (SNIS, 2017).

Apesar desses custos, a grande maioria dos municípios brasileiros não cobram, ou cobram insuficientemente, as taxas necessárias para cobrir os gastos.

Para uma amostragem de 1039 municípios, a Tabela 1 apresenta o baixo percentual de municípios com autossuficiência financeira em relação aos serviços prestados de coleta, transporte e destinação final dos RSU.

Tabela 1 Percentual de autossuficiência dos municípios brasileiros pesquisados

Autossuficiência	< 10%	10% < 25%	25% < 50% < 75%	75% < 100%	100%
Nº Municípios	<b>325</b>	<b>274</b>	<b>137</b>	<b>93</b>	<b>27</b>

Fonte: Autores a partir de dados SNIS 2017

Para a cobrança das taxas de coleta de RSU, os fatos geradores mais utilizados no país ainda são a frequência da coleta, classificação da região e do imóvel, e tipologia do uso, cobrado juntamente com o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), sendo comum isenções para habitações sociais.

O princípio do poluidor – pagador previsto na PNRS que deveria considerar a geração, em volume ou peso, salvo por algumas exceções declaradas ao SNIS.

Com relação à modalidade “tarifa”, 05 municípios - Carmópolis de Minas/MG, Brusque/SC, Ressaquinha/MG, Barra Velha/SC e Ipiranga do Sul/RS – disseram utilizá-la como forma de cobrança, contudo, não foi possível inferir em tempo hábil se o entendimento do termo por parte do informante coincide com a premissa do SNIS-RS. Destes municípios, os dois primeiros responderam adotar o volume (m3 ou litros) como medida e os três últimos, o peso (kg ou tonelada) (SNIS, 2017).

## 7. Considerações finais

A crescente geração de resíduos sólidos urbanos – RSU tem se constituído um dos grandes problemas ambientais, principalmente pela sua disposição final inadequada, face ao aumento acelerado do processo de urbanização no país, onde cerca de 80% da população vive nas cidades, somado a uma sociedade de consumo cada vez mais desenfreada e diversificada,

Cerca de 60% dos 5.570 municípios brasileiros ainda dispõe seus RSU em lixões, que são vazadouros a céu aberto, sem nenhum controle, contaminando o solo, as águas e o ar, além de se constituírem em focos de proliferação de vetores e disseminação de doenças, permitindo

a presença de animais e catação de materiais, onde famílias vivem em condições indignas; ou em aterros denominados controlados, que são um paliativo em termos de saúde pública, pois são cercados, o que não permite a entrada de animais e de catação, além de terem o lixo espalhado, compactado e recoberto diariamente, o que reduz a proliferação de vetores e disseminação de doenças. Todavia, não protegem o solo, as águas e o ar da contaminação por não disporem de sistema de impermeabilização, drenagem e tratamento do chorume e dos gases, provenientes da decomposição dos RSU.

Após quase duas décadas de discussão no Congresso Nacional, em agosto de 2010 foi sancionada a Lei 12.305 que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS atribuindo à União e aos estados, e não apenas aos municípios, a responsabilidade pela gestão – planejamento, supervisão e fiscalização, permanecendo o gerenciamento – coleta, transporte e destinação final de competência do poder local, podendo executá-lo direta ou indiretamente.

A administração desses serviços no país ainda é predominantemente na modalidade direta pelas prefeituras, seguida pela indireta por autarquias municipais. Para os municípios de maior porte, as modalidades de terceirização parcial ou total já se faz bastante presente. A modalidade Parceria Público Privada – PPP para a disposição final em aterros sanitários já se inicia com alguns exemplos.

A falta de cobrança, ou a cobrança insuficiente pela prestação de serviços no gerenciamento dos RSU têm se apresentado como um dos principais fatores de insucesso da PNRS, que além de prever a autossuficiência operacional e financeira desses serviços, estabeleceu o prazo de agosto de 2014 para que cessasse o lançamento de RSU em lixões e aterros controlados, o que não ocorreu até o presente ano de 2018.

## 8. Referências bibliográficas

ABRELPE – Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais.

**Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil - 2016.** Disponível em: [http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama 2016](http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama%202016). Acesso em: 04 de maio de 2018.

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 10004/2004.** Dispõe sobre a classificação de resíduos sólidos. Rio de Janeiro: ABNT, 2004.

ARAÚJO, Suely M. Vaz Guimarães, JURAS, Ilidia A. G. Martins. **Comentário à Lei dos Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010.** São Paulo: Pilares, 2011

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As Parcerias Público-Privadas: Instrumentos de uma Nova Governança Política**. Coimbra. Ed. Almedina, 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.305** de 02 ago. 2010. Dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 04 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.445** de 05 jan. 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.941** de 09 set. 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 set. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 25 de abril de 2018.

BRASIL. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. (2014). **Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos 2016**. Brasília: Ministério das Cidades / SNSA, 2017.

CEMPRE – Compromisso Empresarial para a Reciclagem. **Relatório Coleta Seletiva 2016**. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/coletaseletiva>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FEAM – Fundação Estadual do Meio Ambiente. **LIXO como destinar os Resíduos Sólidos Urbanos**. Belo Horizonte: FEAM, 1996.

FEAM – Fundação Estadual do Meio Ambiente. **Panorama da Destinação dos Resíduos Sólidos Urbanos no Estado de Minas Gerais em 2016**. FEAM, 2017. Disponível em <http://www.feam.gov.br>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

FERNANDES, Jorge U. J. Lixo, **Limpeza Pública Urbana – Gestão de Resíduos Sólidos sob a Égide do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 38 Ed. São Paulo: Malheiros, 2012

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Resoluções CONAMA**. Disponível em <http://www.mma.gov.br>. Acesso em 10 de abril de 2018.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privada: **Perspectiva Constitucional Brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. In Cadernos MARE da reforma do estado; v. 3., Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Brasília, 1997.

RIBEIRO, J. C. Junqueira, COSTA, B. Souza. Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos – Direitos e Deveres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil**. Revista do TCU, Brasília, DF, abr/jun. 2005

TCU – Tribunal de Contas da União. **Parcerias público-privadas**. Disponível em [http://www.portal.tcu.gov.br/parcerias público-privadas](http://www.portal.tcu.gov.br/parcerias-publico-privadas). Acesso em 12 de abril de 2018.

## **A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE GASTROPLÁSTICO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS RELEVANTES DA OBESIDADE MÓRBIDA**

**Mariana Carolina Lemes**

*Faculdade Concórdia; UNOESC*

**Daniel Roxo de Paula Chiesse**

*Centro Universitário Geraldo de Biasi – UGB/ERP*

### **Resumo**

O presente estudo pretende tecer considerações acerca dos direitos do paciente gastroplástico, analisando-se sua conceituação, os critérios técnicos para que se considere um paciente elegível ao procedimento cirúrgico, além da análise do Poder Judiciário sobre a questão em virtude de negativas de realização da cirurgia alegando-se que tal procedimento compõe-se apenas de uma questão estética, ou ainda, eventual existência de doença pré-existente. A questão reveste-se de interesse face a escassez de pesquisas acadêmicas acerca do tema e, também, devido às implicações na melhoria da condição da saúde geral da população, haja vista o enorme percentual de obesos na população mundial.

**Palavras-chave:** obesidade, cirurgia bariátrica, direito à saúde, diminuição de comorbidades, negativa de cobertura.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present study intends to weigh the rights of the gastroplasty patient, analyzing their conceptualization, the analysis services to consider a patient eligible for surgical treatment, besides the analysis of the judicial power on the matter of denials of performing the legal surgery to be procedure in which it is only a question of aesthetics, or even the possible existence of pre-existing disease. A subject of interest focused on academic research on the subject and also sometimes related to improving the health of the population is the perspective of the huge percentage of obese people in the world population.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** obesity, bariatric surgery, right to health, decreased comorbidities, negative coverage.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por tema os direitos do paciente gastroplástico, mais especialmente, a concretização deste direito no que se refere à obrigação do SUS e dos Planos de Saúde de realizar cirurgias bariátricas e sua responsabilidade.

Pretende-se analisar as negativas do sistema único de saúde e dos sistemas privados na realização do procedimento, bem como os principais problemas enfrentados pelos pacientes, com o objetivo de investigar como vem se posicionando o Judiciário nas demandas relativas à obtenção, realização e intercorrências de tal cirurgia.

São objetivos específicos da pesquisa: (a) analisar a concretização dos direitos da população diagnosticada com obesidade mórbida; (b) apontar o intuito da cirurgia, verificando se a mesma possui caráter prevalentemente estético ou não; (c) tratar sobre a judicialização das cirurgias bariátricas no Brasil; (d) analisar como vem se posicionando o Judiciário.

O tema possui interesse científico, em razão da parca bibliografia jurídica sobre o assunto, sob o viés jurídico, com a necessidade de pesquisa em artigos e periódicos, decorrência da deficiência na efetividade da obrigação deste serviço, refletindo de diversas maneiras, negativas, na sociedade brasileira, cada vez mais obesa e necessitada de tal tratamento.

Pretende-se responder através do estudo quais são as principais ameaças e lesões a direitos do paciente gastroplástico, de modo a viabilizar o enfrentamento do problema.

A pesquisa traz como hipóteses a necessidade de maior conhecimento sobre os requisitos legalmente previstos para os sistemas de saúde, possibilitando, assim, uma maior fiscalização e cobrança de sua observância.

A abordagem mais ampla do tema será realizada utilizando-se o método dialético, englobando, complementarmente, os métodos indutivo e hipotético-dedutivo.

A pesquisa será promovida sob três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa. A dimensão analítica se refere à dissecação sistemático-conceitual de obesidade mórbida, acesso à cirurgia bariátrica e judicialização desta. Promover-se-á as análises de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de obesidade), passando-se por construções jurídicas (como a relação entre o suporte fático do direito fundamental à saúde da população obesa), até o exame da estrutura dos sistema jurídico e da fundamentação relativa ao tema aqui proposto. A dimensão empírica da dogmática jurídica evidencia-se pela descrição do direito nas leis pertinentes ao tema, aí incluído seu prognóstico na práxis jurisprudencial. Ademais, a efetividade do direito à saúde, na vertente direito à obtenção da cirurgia bariátrica e qualidade de tal prestação de serviços é objeto da dimensão empírica na

medida em que se mostra condição para a validade para a sua concretização por parte da população, especialmente a obesa. Finalmente, a dimensão normativa lança luzes sobre o que efetivamente pode ser elevado à condição de direito positivo válido, o elucida, e promove sua crítica, inclusive jurisprudencial.

No intuito de atingir os propósitos da pesquisa, coletando-se os dados necessários à sua realização, utilizou-se a documentação indireta (abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica). A análise documental será feita especialmente utilizando-se leis, coleta de jurisprudência e, correspectiva análise de argumentos dos doutos.

A documentação indireta buscou identificar: (i) os documentos – vigentes ou não – que ofereçam contribuição para o desenvolvimento do tema; (ii) a bibliografia existente sobre o assunto; (iii) dados de interesse sobre o tema.

O trabalho foi organizado em três seções.

Na primeira seção, tratar-se-á da obesidade mórbida, abordando, em seguida, a cirurgia bariátrica para, num terceiro momento, apontar casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, de modo a, decompondo-os, evidenciar os direitos mais vulnerados do grupo objeto do presente estudo, com vistas à formulação das considerações finais.

## 2. Epidemia global de obesidade

COSTA *et al.* (2009, p. 55) informa que “a obesidade é uma doença complexa com consequências sociais e psicológicas graves, que afeta todas as idades e grupos sociais”. Consta que “o excesso de peso afeta 100 milhões de crianças no mundo. Entre adultos, chega a 600 milhões” (Carta Capital, 2017). O problema do sobrepeso ou obesidade, mais do que um problema de estética, traz consigo uma gama de vicissitudes e já é considerado, no mundo, um problema de saúde pública (loc. cit.).

Segundo a Associação brasileira de para o estudo da obesidade e da síndrome metabólica – ABESO (2016, p. 16),

Na população brasileira, tem-se utilizado a tabela proposta pela OMS para classificação de sobrepeso e obesidade (Tabela 4) e seu uso apresenta as mesmas limitações constatadas na literatura. Apresenta, no entanto, semelhante correlação com as comorbidades. Portanto, o ideal é que o IMC seja usado em conjunto com outros métodos de determinação de gordura corporal. A combinação de IMC com medidas da distribuição de gordura pode ajudar a resolver alguns problemas do uso do IMC isolado.

Assim, a classificação da obesidade varia para a OMS (ABESO, *loc. cit.*), principalmente, de acordo com o IMC (Peso/altura), índice a partir do qual é calculada - método prático e sem custo -, em: abaixo de 18,5 - abaixo do peso; entre 18,5 e 25 - peso ideal; 25 a 29,9 – sobrepeso; 30 a 34,9 - obesidade Grau I; 35 a 39,9 - obesidade Grau II; e, acima de 40 – obesidade Grau III (ou mórbida).

Aponta a Agência Nacional de Saúde – ANS que,

Segundo dados da pesquisa Vigitel da Saúde Suplementar 2015, estudo realizado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a proporção de beneficiários de planos de saúde com excesso de peso vem aumentando desde 2008, quando foi realizado o primeiro levantamento, passando de 46,5% para 52,3%. O mesmo ocorre com a proporção de obesos, que aumentou de 12,5% para 17%.

Verifica-se, portanto, que, desde 2008, houve um aumento expressivo do número de beneficiários de planos de saúde com excesso de peso, donde se extrai uma majoração, também, nos custos de manutenção destes.

O grupo Global Burden of Disease desenvolveu um trabalho mundial no campo epidemiológico, através da direção-geral de sete universidades de vários continentes, sob a liderança do Centro de Coordenação de Dados da Universidade de Washington, em Seattle. A pesquisa foi inicialmente financiada pelo Banco Mundial (BIRD), nos anos 1970 e 1990, e, mais recentemente, pela Fundação Gates. Segundo o trabalho,

as principais conclusões foram: 1. A prevalência de obesidade em 73 países duplicou entre 1980 e 2015. 2. Em 2015, 12% dos adultos e 5% das crianças eram obesos. 3. Entre os 20 países mais populosos, o Egito tem a maior taxa de obesidade em adultos (35%) em 2015, enquanto os Estados Unidos foram os primeiros na prevalência da obesidade entre crianças (13%).

Em 2015, o excesso de peso e obesidade foi envolvido em 7% das mortes, devido a qualquer causa, sendo na maioria das vezes cardiovascular. Além disso, o trabalho incluiu análises de outros estudos sobre os efeitos do excesso de peso e ligações de potencial entre IMC elevado e as neoplasias do esôfago, do cólon e reto, do fígado, da vesícula biliar e das vias biliares, pâncreas, mama, útero, ovários, rim e tireóide, além de leucemia (Carta Capital, 2017).

Extraí-se que a obesidade dobrou em mais de 73 países em cerca de 35 anos; estima-se que a obesidade atinja 12% entre os adultos e de 5% entre as crianças, representando 7% das mortes, como elencado.

Ademais, segundo FAVANO (2004, p.9),

As comorbidades da obesidade incluem cardiopatia coronária, hipertensão e acidente vascular cerebral, alguns tipos de câncer, diabetes melito não dependente de insulina, colecistopatias, dislipidemia, osteoartrite, gota e doenças pulmonares, inclusive apnéia do sono. Além disso, os obesos sofrem preconceito social e discriminação por parte não apenas do público em geral, mas também de profissionais de saúde, o que pode torná-los relutantes em procurar assistência médica. A OMS, portanto, convocou um Conselho sobre obesidade para revisar as informações epidemiológicas atuais e seus fatores contribuintes. Neste livro, os métodos para o tratamento da obesidade são descritos, incluindo controle dietético, atividade física e exercício, e drogas anti-obesidade, com a cirurgia gastrointestinal sendo reservada para casos extremos.

Os obesos não sofrem apenas em decorrência das conseqüências estéticas e de comorbidades associadas à obesidade, padecendo, ainda, em razão do preconceito social e discriminação estética (NUNES, 2016).

Interessante pesquisa de COUTINHO [s.a.] observa que,

A escalada vertiginosa da obesidade em diferentes populações, incluindo países industrializados e economias em transição, levanta a questão de que fatores estariam determinando esta epidemia. Considerando-se que o patrimônio genético da espécie humana não pode ter sofrido mudanças importantes neste intervalo de poucas décadas, certamente os fatores ambientais devem explicar esta epidemia.

O autor infere que a obesidade vem aumentando em todo o mundo, inclusive em países industrializados e economias em transição, o que demonstra que o fenômeno está correlacionado a fatores diversos. No excerto conjectura-se acerca da influência do patrimônio genético humano, argumentando-se que o decurso de apenas algumas décadas seria insuficiente para justificar tal mudança, devendo ser considerados outros fatores, inclusive ambientais, para o estudo da epidemia de obesidade.

COUTINHO (loc. cit.) aduz que

Quando se avalia clinicamente um paciente obeso, entretanto, deve-se considerar que diversos fatores predisponentes genéticos podem estar desempenhando um papel expressivo no desequilíbrio energético determinante do excesso de peso. Estima-se que os fatores genéticos possam responder por 24% a 40% da variância no IMC, por determinarem diferenças em fatores como taxa de metabolismo basal, resposta à superalimentação e outros (Bouchard 1994; Price 2002). Acredita-se que as mudanças de comportamento alimentar e os hábitos de vida sedentários atuando sobre genes de susceptibilidade sejam o determinante principal do crescimento da obesidade no mundo. É provável que a obesidade surja como a resultante de fatores poligênicos complexos e um ambiente obesogênico. O chamado mapa gênico da obesidade humana (Snyder et al, 2004) está em processo constante de evolução, à medida que se identificam novos genes e regiões cromossômicas associados com a obesidade.

Um paciente pode ser predisposto à obesidade, por fatores genéticos, por exemplo, respondendo estes por 24 a 40% da variação no IMC, visto que a genética pode influenciar o metabolismo basal. O autor defende exógenos (como o sedentarismo e as mudanças de hábitos

alimentares) podem atuar sobre genes suscetíveis, contribuindo para o aumento da obesidade, sendo esta resultante de fatores poligênicos complexos e um ambiente obesogênico.

No Brasil, os dados sobre a obesidade são alarmantes e não batem com as informações divulgadas pelo Vigitel 2014, que anunciou uma estabilização nos índices de sobrepeso e obesidade na casa dos 52,5% (ABESO, 2015). A ABESO (*loc. cit.*) alega que, no levantamento realizado pelo IBGE, o índice de obesidade no Brasil se aproxima dos 60%, com cerca de 82 milhões de pessoas apresentando IMC igual ou maior do que 25 (sobrepeso ou obesidade), com indicação de maior excesso de peso no sexo feminino (58,2 %), que no sexo masculino (55,6%). Segundo os dados obtidos pela ABESO a partir do levantamento do IBGE, o excesso de peso aumenta com a idade, de modo mais rápido para os homens, que na faixa de 25 a 29 anos chega a 50,4%. Contudo, nas mulheres, a partir da faixa etária de 35 a 44 anos a prevalência do excesso de peso (63,6%) ultrapassa a dos homens (62,3%), chegando a mais de 70,0% na faixa de 55 a 64 anos. A partir dos 65 anos de idade, observa-se um declínio da prevalência do excesso de peso, tanto no sexo masculino quanto no feminino, sendo mais acentuada nos homens, que na faixa etária de 75 anos e mais corresponde a 45,4% contra 58,3% do sexo feminino.

Já a obesidade infantil é um dos problemas crescentes da saúde no Brasil e no mundo, devido ao crescimento acentuado de sua prevalência nas últimas décadas. Além disso, crianças obesas possuem uma tendência muito grande de se tornarem adolescentes e adultos obesos. A obesidade está fortemente associada à hipertensão arterial e a dislipidemia, que é a presença de níveis elevados ou anormais de lipídios e/ou lipoproteínas que são gorduras no sangue, ainda por intolerância à glicose, que seria a intolerância a insulina, e marcadores de inflamação crônica é uma síndrome metabólica ligada a doenças cardiovasculares, acarretando uma piora gradativa na qualidade de vida, seguindo consequentemente a mortalidade infantil em alguns casos.

O tratamento das crianças e adolescentes obesos visa, sobretudo, à diminuição das comorbidades associadas, sendo imprescindível a participação da família e de uma equipe multiprofissional no processo de reeducação alimentar e de hábitos de vida, ajuda médica, ajuda de nutricionista e interesse por parte do reeducado alimentar para chegar a seus objetivos.

A obesidade infantil tem impacto significativos a curto e a longo prazo, em termos de saúde e bem-estar da criança e do adolescente. Sua incidência tem aumentado na maioria dos países industrializados, que são aqueles que realizam seu processo de industrialização após a década de 1950, bem como em muitos países em desenvolvimento. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), durante quase duas décadas, a obesidade na infância e na adolescência vem crescendo em todo o mundo e não apenas especificamente nos países

desenvolvidos e subdesenvolvidos. No Brasil, no período entre 1974 e 1997, a incidência de sobrepeso e obesidade infantil mais do que triplicou entre as crianças e adolescentes (de 4,1% para 13,9%). Dessa forma, as crianças constituem um dos principais grupos-alvo para aplicação de estratégias de prevenção e controle de sobrepeso e da obesidade, não em razão de suas características como grupo de risco, mas sim por causa das chances de sucesso. Sem uma mudança de hábitos, em menos de uma década a obesidade pode atingir 11,3 milhões de crianças no Brasil, de acordo com um alerta divulgado pela Federação Mundial de Obesidade (R7 Saúde, 2017). Por seu turno, a cirurgia bariátrica não é indicada para menores de 16 anos, podendo a regra ser excepcionada quando o risco de morte for muito elevado.

Diante das evidências e dados coletados acerca da obesidade, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criou um grupo multidisciplinar para o enfrentamento da obesidade na saúde suplementar, cujas propostas são, dentre outras: o desenvolvimento de um fluxograma para rastreio do excesso de peso e conduta; a criação de diretrizes com recomendações básicas para mudança do estilo de vida, estimulando a utilização do tempo livre e a prática de atividade física, além do combate ao sedentarismo e à alimentação inadequada; orientações em relação ao tratamento medicamentoso: indicações e contraindicações; esclarecimentos sobre o tratamento cirúrgico: orientações sobre pré e pós-operatório (realização de exames e suplementação nutricional), diretrizes de utilização para a cirurgia bariátrica, indicações e contraindicações; e, recomendação para que o cálculo do IMC (Índice de Massa Corporal) seja realizado em todos os pacientes com menos de 60 anos que procuram assistência médica ambulatorial e hospitalar. O objetivo da ANS é de que a captação destes dados pelas operadoras de planos de saúde possa permitir o direcionamento para estratégias de prevenção e tratamento precoce do problema, que deve continuar se agravando nos próximos anos.

### **3. Cirurgia bariátrica**

A cirurgia bariátrica é destinada à perda de peso induzida (ObesitySurgery, 2016), sendo indicado para pessoas com obesidade grau III, quando ineficaz as tentativas de emagrecimento, com persistência do quadro pelo período mínimo de 2 a 5 anos, dependendo do caso concreto. São aprovadas no Brasil quatro modalidades de cirurgias bariátricas, as quais possuem suficiente evidência na literatura médica para serem consideradas eficazes quanto ao resultado querido.

A Gastroplastia, ou Cirurgia Bariátrica, ou Cirurgia da Obesidade, ou, ainda, Cirurgia de redução do estômago, é um procedimento médico-cirúrgico que proporciona uma plástica

no mencionado órgão do aparelho digestivo, com o objetivo de diminuir o espaço de acomodação de comida, aumentando a sensação de saciedade com o objetivo de reduzir o peso de pessoas com o IMC muito elevado (acima de 40) ou elevado (acima de 35), se houver recomendação médica (Obesity Surgery, 2016).

A cirurgia bariátrica é considerada o tratamento mais efetivo para obesidade grau III, possuindo como finalidade melhorar a qualidade e o tempo de vida do obeso, sanando problemas físicos e psicossociais que o excesso de peso acarretam (COSTA *et. al.*, 2009, p. 56). O Brasil é o 2º colocado em número absoluto de cirurgias bariátricas, com 60 mil por ano, ficando atrás apenas dos EUA, onde são realizadas 300 mil (GAZETA ONLINE, 2015).

A cirurgia bariátrica é indicada para pessoas com Índice de Massa Corpórea (IMC) igual ou superior a 40 Kg/m<sup>2</sup>, bem como para pessoas com IMC entre 35 e 40 Kg/m<sup>2</sup>, que apresentem doenças associadas a obesidade como diabetes, hipertensão, apneia do sono, dislipidemia e artropatias. O tratamento clínico é escolha em pacientes com sobrepeso e obesidade leve, com IMC entre 30-34,9 Kg/m<sup>2</sup> (CÁLCULO IMC, 2017). O tratamento cirúrgico está indicado em pacientes definidos com obesidade moderada (IMC > 35 Kg/m<sup>2</sup>) que tenham comorbidades como apneia do sono, hipertensão, diabetes mellitus, dislipidemia, artropatias ou aqueles pacientes com IMC > 40 Kg/m<sup>2</sup> existam comorbidades ou não<sup>1</sup>, devido ao risco muito maior de morte do paciente por complicações clínicas relacionadas à obesidade (*idem, ibidem*).

A RN 338/2013 da ANS recomendava a cirurgia bariátrica à pessoa que persiste por período de 5 anos ou mais em índice de massa corporal (IMS) superior a 35, ao passo que o agravado apresenta índice de 34, 63, tendo sido revogada pela RN 387/2015, também da ANS. Segundo o Parecer Técnico nº 13/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016, que trata sobre a cobertura: gastroplastia (cirurgia bariátrica) por videolaparoscopia ou via laparotômica, o procedimento de Gastroplastia por videolaparoscopia ou via laparotômica, previsto na lista do Anexo I da RN nº 387, de 2015 (Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde), que regulamenta a RN 387, é de cobertura obrigatória por planos médicos com cobertura hospitalar e planos referência, devendo ser observadas as condições estipuladas na respectiva Diretriz de Utilização – DUT, que assim se encontra descrita no item 27, do Anexo II, da RN nº 387:

---

<sup>1</sup>*Idem, ibidem.*

“1. Cobertura obrigatória para pacientes com idade entre 18 e 65 anos, com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos e obesidade mórbida instalada há mais de cinco anos, quando preenchido pelo menos um dos critérios listados no Grupo I e nenhum dos critérios listados no Grupo II:

**Grupo I**

a. Índice de Massa Corpórea (IMC) entre 35 Kg/m<sup>2</sup> e 39,9 Kg/m<sup>2</sup>, com comorbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz) que ameacem a vida (diabetes, ou apnéia do sono, ou hipertensão arterial, ou dislipidemia, ou doença coronariana, ou osteo-artrites, entre outras);

b. IMC igual ou maior do que 40 Kg/m<sup>2</sup>, com ou sem co-morbidades.

**Grupo II**

a. pacientes psiquiátricos descompensados, especialmente aqueles com quadros psicóticos ou demenciais graves ou moderados (risco de suicídio);

b. uso de álcool ou drogas ilícitas nos últimos 5 anos.”

As DUTs adotadas pela ANS, em regra, indicam as características e as condições de saúde, nas quais os ganhos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS. Assim, quando solicitado pelo médico assistente, respeitadas as segmentações contratadas e atendidas as condições previstas nas DUTs, o procedimento gastroplastia (cirurgia bariátrica) por videolaparoscopia ou via laparotômica deve ser coberto pelos “planos novos” e pelos “planos antigos” adaptados.

Por fim, é relevante salientar que, no caso de “planos antigos” não adaptados (planos contratados até 1/1/1999 e não ajustados à Lei nº 9.656, de 1998, nos termos de seu art. 35), a cobertura ao procedimento em análise somente será devida caso haja previsão nesse sentido no respectivo instrumento contratual. Gerência de Assistência à Saúde – GEAS Gerência-Geral de Regulação Assistencial – GGRAS Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

#### **4. Aspectos judiciais**

A terceira seção do trabalho busca focar os principais pontos de judicialização de questão referentes à cirurgia gastrop lástica, de forma a permitir a análise os principais pontos objeto de controvérsia ou observância dos direitos do paciente pelo SUS e pelos planos médicos. Foram buscados casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, de modo a, decompondo-os analiticamente, evidenciar os direitos mais vulnerados do grupo objeto do presente estudo.

Verificou-se que um dos principais problemas enfrentados pelos pacientes gastrop lásticos é a negativa da cirurgia bariátrica pelo SUS e pelos planos médicos.

De fato, a questão é objeto de diversos processos perante as Cortes brasileiras, sendo que os Tribunais brasileiros vêm deferindo tutela de urgência, na modalidade cautelar antecedente, para assegurar a realização da cirurgia bariátrica nos casos de cirurgias bariátricas indevidamente negadas pelo SUS e planos médicos (por todos, cita-se o Agravo de Instrumento n. 2015.043782-5, de Jaraguá do Sul-SC, Rel. Des. Sebastião César Evangelista). Nas decisões referentes a questionamentos acerca da negativa de acesso, os tribunais brasileiros vêm deferindo a tutela de urgência para a realização de cirurgia bariátrica em paciente com índice de massa corporal elevado, principalmente nos casos em que a obesidade está aliada a outras vicissitudes (e.g. apneia de grau severo) ou outras comorbidades, à vista de laudo médico recomendando o procedimento, podendo ser diferido o contraditório nos casos urgentes, que justifiquem intervenção cirúrgica imediata, inclusive acusando risco de morte. Em tais casos, pode o SUS ou plano médico serem condenados a autorizar e arcar com as despesas necessárias à realização do procedimento cirúrgico em prazo determinado, sob pena de multa diária, não se tratando de cirurgia meramente estética, visto que, a depender do índice de massa corporal do paciente (índices próximos a 35 kg/m<sup>2</sup>) poderia, inclusive, leva-lo a óbito.

Não raramente o SUS e os planos médicos invocam a tese de cirurgia estética na tentativa de justificar a negativa do procedimento. Evidente, porém, que a cirurgia não se reveste de caráter estético – ou pelo menos não se reveste de tal caráter pura e simplesmente – sendo uma questão de saúde (REsp 1442236/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016), pela qual o paciente há que se submeter a um trabalho prévio de preparação (exames, acompanhamentos psicológico, endocrinológico e nutricional), sob "risco de morte", o que caracteriza urgência qualificada a justificar a medida antecipatória mesmo que exista risco de irreversibilidade da medida.

Assim, aponta-se que, os tribunais brasileiros tendem a não acolher as negativas de realização do procedimento gastrolástico fundado apenas em índices gerais e numéricos; mais do que o IMC, procuram os julgadores ter em conta a necessidade e a exceção do caso particular, não olvidando ao parecer do médico responsável que considere grave ou gravíssimo o quadro do paciente (assim, ainda quando o paciente apresente IMC inferior, mas muito próximo daquele que justifica expressamente a indicação da cirurgia, ou seja, a partir de 35kg/m<sup>2</sup>, pode-se, à vista do contexto, deferir-se judicialmente a realização do procedimento).

Outra questão tormentosa para os pacientes gastrolásticos é a da fila de espera que deve ser observada pelos pacientes que buscam a realização de cirurgia bariátrica. Neste ponto, sendo raros os casos de obtenção de tutela de urgência para a realização do procedimento de forma antecipada, devido à necessidade de instrução probatória que justifique o

descumprimento da ordem estabelecida; em muitos dos casos, considerados eletivos, a urgência não reconhecida. No mesmo sentido, Agravo 775084102 PR, julgado em 14/06/2011 e TJBA, Agravo de Instrumento AI 00071384720168050000, Data de publicação: 28/09/2016, Rel. Des. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, 1ª Câmara Cível, publicado em 28/09/2016.

Todavia, comprovada piora no estado de saúde do paciente e, havendo determinação expressa do médico quanto à urgência da cirurgia, não deve o paciente aguardar na fila, podendo obter, via mandado de segurança, ordem para a imediata realização da gastroplastia (Precedentes: TJ-MS - Mandado de Segurança MS 14012967720148120000, Data de publicação: 27/03/2014, e, TJ-MG, Agravo de instrumento AI 10079120620053001 MG, Data de publicação: 10/01/2013).

Ainda que seja considerado grave o estado de saúde do paciente já decidiu, porém, o TRF da 2ª Região que, não havendo prova de que se constitua a cirurgia bariátrica na única alternativa, não deve ser deferida a ordem, sob pena de afronta aos direitos dos demais pacientes que aguardam o procedimento (TRF2, Apelação Cível AC 200551010027769 RJ, Data de publicação 31/05/2010). Isso porque, a ordem judicial não deve ser apreciada apenas do ponto de vista individual, mas, também, com uma visão do conjunto, que considere o sistema como um todo, sob pena de sobreposição do Judiciário ao Executivo, visto que a implementação das garantias à saúde depende, ainda, das possibilidades técnicas e financeiras deste. Cite-se, ainda, no mesmo sentido: TJ-PR - Agravo : AGV 775084101, Data de publicação: 14/06/2011, Rel. Des. Leonel Cunha.

Paciente portador de obesidade mórbida e inscrito em programa do SUS que esteja impossibilitado de pagar o transporte, hospedagem e alimentação na cidade destino do tratamento, deve ter estas despesas custeadas pelo ente público de residência, que deve providenciar o pagamento do tratamento fora do domicílio (TJ-TO - Apelação Cível AC 50070718720138270000).

Havendo necessidade imperiosa do procedimento bariátrico sem que o SUS possua condições de garantir a realização do procedimento, deverá o Estado arcar com a realização do procedimento em instituição particular (TJ-RS, Apelação Cível AC 70053841920 RS, Data da publicação: 01/11/2013). Assim, se a cirurgia puder ser realizada pelo SUS, em espaço próprio ou hospital conveniado, não deve o Estado ser obrigado a arcar com os custos para sua condução em clínica particular (TJ-RS, Apelação Cível AC 70057089344, Data de publicação: 17/04/2014).

Os planos médicos também procuram recusar a realização de cirurgias bariátricas sob o argumento de que a doença do contratante é preexistente. A alegação, porém, não pode vir

desacompanhada de provas e de exames prévios, anteriores à contratação do plano médico, visto a existência de casos em que o estado de saúde do contratante sequer é investigado. Vem se entendendo que a obesidade preexistente poderia ser facilmente investigada pelo plano médico antes da contratação, motivo pelo qual, a mera alegação de preexistente da morbididade não autorizaria a negativa de cobertura (Precedentes: Apelação Cível n. 2014.088391-9, de Joinville, Relator: Des. Saul Steil; STJ, AgRg no AREsp n. 657777/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 14-4-2015).

A recusa indevida da operadora extravasa os meros aborrecimentos, sendo evidente a angústia e o sofrimento experimentados pelos pacientes. Nesse sentido, exemplificativamente, a Apelação Cível n. 2014.088391-9, de Joinville, Relator: Des. Saul Steil, do TJSC, constituindo, para parte da jurisprudência, dano moral *in re ipsa*. Para o STJ, a recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada gera direito de ressarcimento a título de dano moral, em razão de tal medida, agravar a situação - física e psicológica - do beneficiário (Precedentes: REsp 1622150/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 18/08/2017; AgRg no AREsp 395.830/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013; REsp 1277418/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016).

Realizada a cirurgia bariátrica, o paciente faz jus à realização de cirurgia plástica para retirada do excesso de pele, desde que cumpridos os requisitos de acompanhamento posterior por equipe multidisciplinar, sendo viável a pretensão de condenação do SUS ou das operadoras dos planos de saúde ao pagamento de indenização por danos materiais e morais quando houver necessidade de realização de cirurgia plástica reparadora e houver negativa, sob o argumento de que se trata de procedimento estético.

A morte do paciente submetido a cirurgia bariátrica, ainda que ocorrida no pós operatório, mas em decorrência de complicações experimentadas em decorrência da cirurgia, deve ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por se tratar de verdadeira relação consumerista, constituindo acidente pessoal, sendo devida a indenização securitária. Para fins securitários, a morte acidental evidencia-se quando o falecimento da pessoa decorre de acidente pessoal, sendo este definido como um evento súbito, exclusivo e diretamente externo, involuntário e violento. Já a morte natural configura-se por exclusão, ou seja, por qualquer outra causa, como as doenças em geral, que são de natureza interna, feitas exceções às infecções, aos estados septicêmicos e às embolias resultantes de ferimento visível causado

em decorrência de acidente coberto, os quais serão também considerados, nessas situações, morte acidental (SUSEP, Resolução CNSP nº 117/2004).

Assim, constatada a morte acidental do segurado, ocasionada por infecção, septicemia ou embolia, resultante de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto (evento externo, súbito, involuntário, violento e lesionante), é de ser reconhecido o direito à indenização securitária decorrente da garantia morte por acidente, como vem sendo reconhecido pelo STJ (REsp 1673368/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017).

A morte causada por lesão acidente durante a cirurgia bariátrica, que determinou infecção generalizada da qual resulte o óbito do paciente, constitui morte acidental, para fins de seguro, e não morte natural (REsp 1184189/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 23/03/2012), podendo haver, inclusive, condenação solidária do médico em determinados casos (STJ, EDcl no AgRg no Ag 1160335/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012).

## **5. Considerações finais**

O aumento expressivo de casos de obesidade mórbida no Brasil fez com que aumentasse a busca da cirurgia bariátrica como recurso de combate à vicissitude quando os demais tratamentos restam infrutíferos.

A recuperação da saúde do obeso, porém, pode esbarrar em aspectos jurídicos, demandando o acionamento do Judiciário para o reconhecimento do caráter preponderantemente não estético da cirurgia bariátrica, ou, para garantir a submissão ao procedimento quando o paciente que o aguarde em fila não possa, sem comprovado risco à vida, aguardar.

Como se verificou, os casos demandam prévio acompanhamento por médico, que, além do IMC, deverá ter em conta fatores que possam, por si, demandar perigo de morte ao paciente.

A demanda de pacientes bariátricos demonstra, ainda, a busca pelo Judiciário, para garantia de pagamento de despesas com o tratamento fora do domicílio, quando o paciente do SUS não possuir os recursos necessários, bem como para a realização do procedimento em instituições particulares, às expensas do Estado, quando não se possa oferecê-lo no próprio SUS ou em hospitais conveniados.

Outro agravamento sofrido pelos pacientes bariátricos se refere às negativas por suposta doença preexistente, sendo muitos os casos de reconhecido abuso de direito por parte de planos médicos, que procuram esquivar-se do custeio do tratamento, podendo ensejar até mesmo a condenação por danos morais, em razão do agravamento do estado físico e psicológico do paciente.

Outros direitos, como o de obter cirurgia plástica para retirada de excesso de pele, também podem requerer a judicialização, bem como a indenização pela morte decorrente do procedimento.

Verificou-se, portanto, que o paciente bariátrico vê-se, ainda, refém de diversas negativas de cobertura e descaso no Brasil.

A análise dos casos submetidos à apreciação do Judiciário busca servir de norte para a correção de tal agravo a estes pacientes.

## 6. Referências bibliográficas

ABESO. **Quase 60% dos brasileiros estão acima do peso, revela IBGE**. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/noticia/quase-60-dos-brasileiros-estao-acima-do-peso-revela-pesquisa-do-ibge>>. Acesso em: 18 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes brasileiras de obesidade 2016**. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/uploads/downloads/92/57fccc403e5da.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BHARIÁTRICA. **Obesidade**. Disponível em :<<http://www.institutodeobesidade.com.br/obesidade/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

\_\_\_\_\_. ANS. **Dia nacional de prevenção contra a obesidade.** Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/A\\_ANS/Transparencia\\_Institucional/consulta\\_despachos\\_poder\\_judiciario/2014-crosslinkingdacornea.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/consulta_despachos_poder_judiciario/2014-crosslinkingdacornea.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. ANS. **Parecer técnico nº 13/GEAS/GGRAS/DIPRO/2016 cobertura: gastroplastia (cirurgia bariátrica) por videolaparoscopia ou via laparotômica.** Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer\\_tecnico/uploads/parecer\\_tecnico/\\_parecer\\_2016\\_13.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_tecnico/_parecer_2016_13.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. ANS. **Prevenção da obesidade: ANS reforça compromisso com o tema.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4161-dia-nacional-de-prevencao-da-obesidade-ans-reforca-compromisso-com-o-tema>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **AgInt no AgInt no REsp 1622150/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 18/08/2017.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **AgRg no AREsp n. 657777/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 14-4-2015.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **AgRg no REsp 1277418/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **AgRg no AREsp 395.830/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=21>>. Acesso em: 14 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **EDcl no AgRg no Ag 1160335/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012.**

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=27>>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **REsp 1184189/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 23/03/2012.**

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=30>>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **REsp 1442236/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016.**

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STJ. **REsp 1673368/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017.**

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cirurgia+bariatrica&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em: 08 out. 2017.

CÁLCULO IMC. **Cálculo IMC.** Disponível em: <<http://www.calculoimc.com.br/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CARTA CAPITAL. **Obesidade: epidemia mundial.** Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/958/obesidade-epidemia-mundial>>. Acesso em 20 out. 2017.

COSTA, Anna Christina Charbel Costa *et. al.* **Obesidade em pacientes candidatos a cirurgia bariátrica.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v22n1/a09v22n1>>.

Acesso em: 18 out. 2017.

COUTINHO, Walmir. **Etiologia da obesidade.** Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1564.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. **2ª Turma Cível, processo 20100510045526**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/abril/hospital-e-medico-sao-condenados-a-indenizar-por-morte-em-cirurgia-bariatrica>>. Acesso em: 16 out. 2017.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2014.088391-9, de Joinville, Relator: Des. Saul Steil. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 06.out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2015.043782-5, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Sebastião César Evangelista. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 06.out. 2017.

FAVANO, Andreia. **Obesidade - Prevenindo e Controlando a Epidemia Global**. Brasil, ROCA, 2004.

GAZETA ONLINE. **Brasil é o 2º país a realizar mais cirurgia bariátrica**. Disponível em: <<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2015/06/brasil-e-o-2-pais-a-realizar-mais-cirurgia-bariatrica-1013901401.html>>. Acesso em: 19 out. 2017.

NUNES, Renata. **A discriminação estética na relação de emprego e os limites de poder de direção do empregador**. São Paulo: Chiado, 2016.

OBESITY SURGERY. **The EffectsofBariatricSurgery-InducedWeightLosson Adipose Tissue in MorbidlyObeseWomenDependsontheInitialMetabolic Status**. Disponível em: <<https://link.springer.com/journal/11695/26/8/page/1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

R7 SAÚDE. **Brasil terá 11,3 milhões de crianças obesas em 2025, estima organização**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/brasil-tera-113-milhoes-de-criancas-obesas-em-2025-estima-organizacao-19102017>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SUSEP. **Resolução CNSP nº 117/2004**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/textos/resol117-04.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

## **AS NOVAS TECNOLOGIAS FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – PROFICUIDADES DA SOCIEDADE DE RISCO**

**Murilo Couto Lacerda**

*Universidade de Rio Verde, Brasil*

*UNICEUB, Brasil*

**Carolina Merida**

*Universidade de Rio Verde, Brasil*

*UNISINOS, Brasil*

### **Resumo**

O artigo versa sobre o Desenvolvimento Sustentável e proficuidades, analisando a biodiversidade e a biotecnologia em atenção ao desenvolvimento e à sociedade de risco, apontando quais as principais novas tecnologias frente ao desenvolvimento sustentável, distinguindo os impactos e as utilidades. O entendimento dos motivos que levaram à necessidade de uma sociedade consciente em consonância aos preceitos naturais e sociais são as razões que levaram à abordagem desse assunto, que tem por objetivo traçar um raciocínio eficaz para o desenvolvimento e a conclusão com relação ao tema através do método hipotético dedutivo. Para um resultado satisfatório, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento Sustentável, Sociedade de Risco, Proficuidades.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article deals with the theme Sustainable Development and Proficuities, analyzing biodiversity and biotechnology in attention to development and risk society, pointing out the main new technologies in the face of sustainable development, distinguishing impacts and profits. Understanding the reasons that led to the need for a more conscious society in line with natural and social precepts are the reasons that led to the approach to this subject, which aims to draw an effective line of reasoning for development and conclusion on the subject through the hypothetical deductive method. For a satisfactory result, a bibliographical research was developed.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Sustainable Development, Risk Society, Proficuities.

## 1. Introdução

O desenvolvimento sustentável e as novas tecnologias suscitaram a seguinte indagação: é possível continuar crescendo, desenvolvendo, criando novas tecnociências, e manter o planeta sustentável? Não estaríamos criando um contrassenso?

Além disso, importante se faz responder a outras indagações tais como: quais são os impactos e utilidades das novas tecnologias para a manutenção ou não de um planeta sustentável? Quais são os paradigmas a serem observados e considerados para que o sustentável não seja mitigado frente a um desenvolvimento desenfreado?

Esse desenvolvimento sustentável ligado às novas tecnologias traz algumas preocupações, analisadas pela sociedade de risco, premissas da comunidade moderna, pois apresentam riscos sociais, políticos, econômicos e industriais que fogem ao controle e proteção da sociedade industrial, gerando situações de perigo social.

Não distante está a engenharia genética, que consiste na modificação genética e manipulação dos genes de organismo, geralmente fora do processo normal reprodutivo deste, o que confere maior preocupação aos pesquisadores quanto ao seu impacto futuro.

Levando em consideração o desenvolvimento sustentável e as novas perspectivas de desenvolvimento, a informação ocupa um lugar cada vez mais relevante na sociedade moderna, pois a manifestação de uma sociedade agarra-se a uma ampla e diversa modificação, dentre as quais se destacam as novas perspectivas das novas tecnologias cominadas com os riscos a elas inerentes.

Sendo assim, num primeiro momento será analisado o desenvolvimento sustentável frente às novas tecnologias, demonstrando que estes institutos devem manter equilíbrio entre si. Após a análise do desenvolvimento sustentável e as novas tecnologias, serão analisadas, de forma breve, a biodiversidade e a biotecnologia.

Por fim, após essas análises serão expostos sobre a sociedade de risco<sup>1</sup>, as novas perspectivas e a engenharia genética para que ao fim possa se chegar a uma conclusão acerca da equivalência entre os impactos/utilidades e as necessidades do desenvolvimento sustentável no Brasil.

---

<sup>1</sup> “Do uso original aos múltiplos usos sociais que têm sido feitos do termo “risco”, em diversas arenas de experiência social, surge uma realidade despojada de neutralidade e construída com diversas tonalidades, irreconhecíveis na matriz da sua concepção original. Associa-se ao risco a ideia da sua configuração multidimensional e a ideia de heterogeneidade das suas significações” (CARAPINHEIRO 2001: 198)

## 2. Desenvolvimento sustentável e as novas tecnologias

O conceito de desenvolvimento é oriundo da Resolução 41/128 de 86, da “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” e encontra-se no segundo período do preâmbulo: “é um processo global, econômico, social, cultural e político que visa a melhorar continuamente o bem estar do conjunto da população e de todos os indivíduos, embasados em suas participações ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na partilha equitativa das vantagens que daí decorre”.

O termo "sustentável" provém do latim *sustentare* (sustentar; defender; favorecer, apoiar; conservar, cuidar). Para conceituar sustentabilidade ambiental três elementos devem ser considerados: o tempo, a duração de seus efeitos e a consideração do estado do meio ambiente em relação ao presente e ao futuro. Sustentabilidade é um termo usado para definir ações e atividades humanas que visam suprir as necessidades atuais dos seres humanos, sem comprometer o futuro das próximas gerações.

O conceito de desenvolvimento sustentável é uma locução verbal que liga dois conceitos, sustentabilidade e desenvolvimento, sendo que o conceito de sustentabilidade passa a qualificar ou caracterizar desenvolvimento, consistindo em um paradoxo, pois contém uma desconstrução que começa pela identificação da oposição contida no conceito em particular.

Graças a uma política de degradação ambiental, os países desenvolvidos e em desenvolvimento adicionaram duas características novas ao conceito de sustentabilidade ao de desenvolvimento: ela se universaliza (ideia de desenvolvimento sustentável mesmo existindo os riscos) e tira do meio ambiente o ingrediente desumano que ele contém (a ideia de que o homem é apenas uma espécie entre milhares de outras espécies). O conceito de desenvolvimento sustentável tem sofrido modificações ao longo dos tempos, de acordo com os progressos tecnológicos e consciencialização das populações.

Na sociedade contemporânea, desenvolvimento era associado ao progresso. A mudança de paradigma começou a ser formulado nos anos 60/70 com o movimento ecológico que questiona os impactos da sociedade moderna.

O conceito de desenvolvimento sustentável começou a se delinear nesta época, não só para resolver os problemas ambientais, mas também para garantir o prosseguimento do desenvolvimento tecnológico e econômico<sup>2</sup>. Culminou com a Conferência das Nações sobre

---

<sup>2</sup> “Deixou de ser descabido interrogar se uma determinada tecnologia contribui para aumentar ou diminuir a crise ambiental, as condições de justiça na sociedade ou mesmo para alterar de forma extrema a natureza da condição

Meio Ambiente e Desenvolvimento que discutia o futuro comum dos habitantes da Terra e, assim, definiu desenvolvimento sustentável: é o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro.

Atualmente, o desenvolvimento sustentável evoluiu consistentemente, no sentido de conglomerar mais os pilares econômicos e sociais, além de outros que vão além da preocupação ambiental.

Segundo Oliveira (2008, p. 23), o conceito de desenvolvimento sustentável embute a ideia de que o mesmo tem de ocorrer nas esferas ambiental, econômica e social, existindo também a dimensão política, que seria a transparência e participação.

Já Elkington (2001, p. 99) explica este conceito adicionando que, além dos pilares econômico, social e ambiental, os direitos humanos – inclusive o direito a um meio ambiente limpo e seguro – devem ser conservados para as gerações futuras.

Neto e Flores (2004, p. 182) concorda ao afirmar que a sustentabilidade era ser ecologicamente sustentável, o que mudou seu paradigma a partir da emergência da equidade social como questão central. O autor completa com relação à expansão conceitual de desenvolvimento sustentável: [...] “A sustentabilidade é um desafio sistêmico e deve ser tratada como tal”.

A degradação socioambiental foi resultado de um processo de desenvolvimento desacertado, bem como do uso de tecnologias sem parâmetros e o ser humano passou a perceber como são delicadas as ligações que o acoplam à natureza, passou também a ser reflexivo e participativo, no sentido de que é afetado e corresponsável pelos riscos gerados.

Segundo Félix Guattari (1999), a partir da metade do século passado o ser humano assistiu a um desenvolvimento tecnológico sem precedentes, o que poderia estar comprometendo cada vez mais a relação homem-natureza.

Afirma Dominique Bourg (2003) que o ser humano é o único ser capaz de transformar o ambiente, é o único que tem capacidade de empreender ações em prol ou contra o meio ambiente e, conseqüentemente, a favor ou contra sua própria existência e indica que os problemas socioambientais são tão graves que as tecnologias das quais dispomos nem sempre são capazes de solucioná-los, o que aponta para as limitações das tecnologias com relação às promessas de um “mundo melhor”. Além disso, as próprias implicações da utilização das

---

humana tal como a temos conhecido; o lastro do nosso olhar teima fixar-se na sua mera utilidade e contribuição económica” (GARCIA, 2003: 80).

tecnologias nem sempre são totalmente conhecidas, gerando efeitos imprevisíveis, citando como exemplo os alimentos transgênicos.

Analisando o desenvolvimento da humanidade ao decorrer de sua história, nota-se um espantoso culto às novas tecnologias, ligadas diretamente ao desenvolvimento de novos produtos.

A ciência contemporânea transformou a natureza dos objetos técnicos porque os modificou em objetos tecnológicos, de forma que a conjectura cria objetos técnicos e estes agem sobre os conhecimentos específicos. Esta ciência transformou os objetos simples em autômatos, competentes de interferir não só sobre proposições e métodos, mas sobre a toda a organização sócio-política.

Quanto às novas tecnologias e o desenvolvimento, é possível afirmar que foi no período após a Segunda Guerra Mundial que a ciência e a técnica mais evoluíram, surgindo tecnologias cada vez mais avançadas, capazes de atender às necessidades do homem (reais ou criadas).

Para Moscovici (2002, p.269): “Sua história é associada àquilo que está ao seu redor”, como os recursos naturais e as tecnologias.

A Conferência de Estocolmo foi considerada um marco internacional, com a incorporação dos recursos naturais ao processo de desenvolvimento em que culminou no termo Ecodesenvolvimento que Ignacy Sachs, posteriormente, teorizou.

O Ecodesenvolvimento, que aponta para a redefinição do processo de desenvolvimento, foi precursor de outros conceitos que veem a possibilidade de um desenvolvimento sustentável, mais justo e equitativo, objetivado através da valorização dos recursos locais e a participação da população.

A ideia de um Desenvolvimento Sustentável foi formulada a partir do Relatório Brundtland (1987) sendo o conceito de Desenvolvimento Sustentável difundido após a RIO-92, que entusiasmou as políticas atuais.

Entre as tecnologias que apresentam potencial para contribuir para o desenvolvimento sustentável, a biotecnologia tem muito a oferecer, especialmente nos campos da produção de alimentos, geração de energia, prevenção da poluição ambiental e biorremediação.

A Biorremediação é o uso de organismos vivos tecnologicamente para remover ou reduzir poluentes no ambiente por exemplo.

Recentemente a biodiversidade tem sofrido mudanças, através do avanço da fronteira científico-tecnológica, de manipulação da vida ao nível genético, potencializando largamente

seus usos e aplicações e ampliando o interesse de importantes segmentos econômicos e industriais na biodiversidade como capital natural de realização futura.

A Biotecnologia avançada assume hoje um caráter estratégico, juntamente com a Biodiversidade cujo conceito é recente no âmbito das ciências naturais. Surge a partir de 1986 (Younés, 2001), mas somente após 1992 é que a temática ganha espaço na sociedade, tanto na área acadêmica quanto em termos de discursos, debates, políticas e “conflitos” internacionais.

Biotechnologia pode incluir "qualquer técnica que utilize organismos vivos (ou partes de organismos), com objetivos: produção ou modificação de produtos; aperfeiçoamento de plantas ou animais e descoberta de microrganismos para usos específicos".

Na década de 70, a partir do desenvolvimento da técnica do ADN recombinante, permitindo a transferência de material genético entre organismos vivos através de meios bioquímicos, passaram a existir dois conceitos de biotecnologia: a biotecnologia tradicional e a biotecnologia moderna. Esta última está associada à possibilidade de obtenção de produtos e substâncias através das novas técnicas genéticas, e não só do cruzamento de espécies já existentes na natureza.

## *2.1 Engenharia genética e Meio Ambiente*

Engenharia genética e modificação genética são termos para o processo de manipulação dos genes num organismo, geralmente fora do processo normal reprodutivo deste.

A clonagem de genes é uma técnica que está sendo largamente utilizada em microbiologia celular na identificação e na cópia de um determinado gene no interior de um organismo simples empregado como receptor.

Atualmente pesquisa-se o uso de organismos geneticamente modificados (OGMS) em muitas áreas diferentes, como agricultura, produtos farmacêuticos, especialmente produtos químicos, e despoluição ambiental.

A recombinação gênica consiste na troca ou adição biologicamente normal de genes, de diferentes origens para formar um cromossomo alterado que possa ser replicado, transcrito e traduzido.

Genes ou conjunto de genes podem também ser recombinados no tubo de ensaio para produzir novas combinações que não ocorrem biologicamente.

Cabe ressaltar que os seres vivos não são compostos só de DNA, o fundamental na composição dos seres vivos são as proteínas.

Plantas transgênicas podem ser definidas como “os organismos que tiveram seu material geneticamente alterado por métodos não naturais. Os métodos naturais de transferência de genes são: acasalamento sexual, o cruzamento e a recombinação. O homem inventou a transferência “in vitro”, que é a Engenharia Genética.

Engenheiros genéticos afirmam que a tecnologia de manipulação genética é segura.

Além da possibilidade do aparecimento de recombinantes, pode ocorrer a perda de controle dos OGMS ou do gene introduzido, ou poderá ser constatado prejuízo para o meio ambiente.

Se, por um lado, os benefícios que poderão advir das novas técnicas são previsíveis, por outro lado, o potencial maléfico é absolutamente ilimitado, imprevisível, considerando-se não só os possíveis acidentes, mas a manipulação espúria, com objetivos militares eugênicos ou de dominação sociológica ou, principalmente, econômica.

Sobre a utilização da engenharia genética, a manipulação tem sido utilizada para a produção de proteínas de alto valor econômico, são produzidas por células em cultura. As transformações mais profundas a esperar da transgênese são aquelas que conferem aos animais novas propriedades biológicas, interessantes para os criadores e consumidores: alta qualidade de reprodução, produção de carne mais magra e contendo lipídios menos nocivos, resistência ao stress etc.

Argumenta-se que a engenharia genética faria crescer a produção de grãos e com isso seria eliminada a fome no mundo. Em sentido contrário, afirma-se que não é a escassez de alimentos o que condena a fome de milhões de pessoas no Planeta, mas a desigualdade no acesso aos alimentos, e as diferenças sociais.

## *2.2 Sociedade de risco*

A sociedade de risco, teoria defendida por Ulrich Beck, surge nos anos 80 a partir das profundas transformações na sociedade, a chamada modernização industrial, onde a sociedade de risco questiona as premissas da sociedade industrial.

As premissas da sociedade moderna apresentam riscos sociais, políticos, econômicos e industriais que escapam ao controle e proteção da sociedade industrial, gerando riscos, que geram situações de perigo social, afetando as diversas camadas da sociedade de forma diferenciada e contribuindo decisivamente para criar e gerar consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis.

Entre esses riscos, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéricos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais.

Este conjunto de riscos geraria “uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal” (Beck, 1999).

Lembra que os riscos podem também afetar diretamente aqueles que produzem ou se beneficiam destes riscos.

Surge assim, segundo Beck, uma solidariedade decorrente da exposição a um perigo comum e a esfera privada ganha potencial político. O vazio político e institucional deixado pela incapacidade de dar conta de todos os perigos gerados, são preenchidos por movimentos que agem baseados no combate aos riscos.

A teoria global dos riscos ainda necessita de uma abordagem com maior potencialidade explicativa das complexas relações entre os processos de globalização dos riscos e as manifestações específicas que estes podem adquirir em diferentes sociedades.

Beck aponta para o risco: “risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade” (Risk Society, p. 21: “Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities introduced by modernization itself”).

Beck também disciplina que risco, “em oposição aos antigos perigos, são consequências que se relacionam com as ameaçadoras forças da modernização e de sua globalização da dúvida”.

Desta forma, nesse sentido, riscos seriam os competentes perigos, e não a maneira de agir com eles. Destarte, Beck aponta os riscos com os remotos perigos.

Não obstante, de acordo com Marcelo Varela (2005), trata-se de uma sociedade com alto poder de autodestruição, na qual o modelo jurídico tradicional não é mais eficiente para solucionar os conflitos existentes, portanto necessárias novas perspectivas.

### *2.3 Novas perspectivas*

O conhecimento toma um lugar cada vez mais relevante nas sociedades contemporâneas. A manifestação de uma sociedade da informação apegase a uma aparição ampla e diversa de modificações, dentre as quais se destacam aquelas que caracterizam a

configuração de um novo modelo, baseado no incremento de um conjunto de tecnologias genéricas e na adoção de novos contornos organizacionais.

As denominadas novas tecnologias abrangem um conjunto de atenções a descobertas científicas, cujo centro consiste no desenvolvimento de uma competência cada vez maior de fomento da informação, bem como de sua aplicação direta no processo produtivo: seja de conhecimento simbólico, por meio da comunicação inteligente entre máquinas ou por máquinas, como na microeletrônica, nanotecnologia e na informática; seja ainda de conhecimento de matéria viva, por intermédio da engenharia genética.

As tecnologias de conhecimento e comunicação trazem novas perspectivas à sociedade do futuro. O conhecimento, uma vez produzido, difunde-se automaticamente, pode ser recebido, incorporado, e tratado em esquemas didáticos, científicos, transformado por cada um de nós em informação pessoal, de compreensão, em valor acrescentado para o mercado ou a sociedade. As alternativas de mídia estão influenciando a produção cultural do mundo.

As biotecnologias, a diversidade biológica e genética é matéria-prima básica para os avanços que se observam nas novas perspectivas, sendo transformada de mero recurso natural em recurso de conhecimento.

O domínio de conhecimento estratégico, bem como das ciências tecnológicas que permitem agregar valor a essas informações passa então a ocupar um dos centros de disputa e de conflito de políticas econômicas internacionais.

O controle pode ser exercido tanto com o domínio do acesso aos recursos da biodiversidade, quanto por intermédio de instrumentos de proteção de direitos à propriedade intelectual, seja sobre as modernas biotecnologias, seja sobre os conhecimentos tradicionais de populações locais.

A diversidade da natureza, ou da vida em si, o que vem sendo recentemente revalorizado, são as partículas genéticas, ou a informação nelas contida, o que tem valor estratégico para as biotecnologias avançadas.

Outrossim, não se pode negar o subsídio que o desenvolvimento das modernas biotecnologias representa para a humanidade.

É preciso atentar para os possíveis, mas ainda imprevisíveis impactos desses recentes desenvolvimentos científico-tecnológicos sobre o meio ambiente e a saúde humana e, particularmente, para as implicações éticas e políticas da redução da vida e de seus componentes a meras sequências de informações passíveis de apropriação por agentes privados.

Existe muito debate nas implicações futuras da nanotecnologia, pois os desafios são semelhantes aos de desenvolvimentos de novas tecnologias, incluindo questões sobre a

toxicidade e impactos ambientais dos nanomateriais, e os efeitos potenciais na economia global, assim como a especulação sobre cenários apocalípticos.

Em relação à segurança energética, há vários anos que a Agência Internacional de Energia (AIE) vem afirmando a necessidade de uma revolução no domínio da energia, baseada na implementação generalizada de tecnologias hipocarbônicas, de modo a fazer face ao desafio das alterações climáticas.

As perspectivas em tecnologias energéticas - Energy Technology Perspectives 2010 (ETP 2010) demonstram que um futuro com baixas emissões de carbono constitui também um poderoso instrumento para promover a segurança energética e o desenvolvimento econômico. O investimento nas energias renováveis, dominado pelas energias eólica e solar, tem aumentado substancialmente. Muitos países estão a considerar construir novas centrais nucleares.

Segundo o IEA, as tendências que norteiam o crescimento da procura em energia e as emissões de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) associadas às alterações climáticas continuam a crescer e vão de encontro às advertências repetidas do Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas das Nações Unidas (PIAC), que conclui que até 2050, as emissões globais de CO<sub>2</sub> deverão ser reduzidas de pelo menos 50% em relação aos níveis de 2000, para se conseguir limitar o aumento global da temperatura em longo prazo entre 2,0°C e 2,4°C. Estudos recentes sugerem que as alterações climáticas estão a ocorrer a um ritmo ainda mais rápido do que previsto anteriormente e que mesmo o objetivo de “50% em 2050” poderá revelar-se insuficiente para prevenir mudanças perigosas do clima mundial.

Ainda de acordo com o IEA (2010, p. 02):

a próxima década será crítica. Se as emissões não culminarem por volta de 2020 e não começarem a baixar a um ritmo estável, para alcançar a redução necessária de 50% até ao ano de 2050, o preço a pagar será muito mais elevado. As preocupações em matéria de segurança energética, a ameaça das alterações climáticas e a necessidade de atender a uma procura de energia crescente (em particular nos países em desenvolvimento) constituem grandes desafios para os decisores na área da energia.

Certas tecnologias de geração de energia hipocarbônica constituem desafios inéditos. Por exemplo, será necessária uma integração de sistemas para sustentar grandes quantidades de energias renováveis variáveis (eólica, fotovoltaica solar, centrais hidroelétricas a fio de água e energias das ondas e maremotriz).

Por outro lado, é também urgentemente necessário acelerar a demonstração no setor elétrico e desenvolver abordagens regulamentares consistentes de modo a permitir a sua

implementação comercial a grande escala. A energia nuclear deve evoluir em matéria de construção e operação de instalações de tratamento de resíduos radioativos.

A mudança do perfil da procura e da geração elétrica exige alterações em matéria de concepção, operação e implementação de redes elétricas, ao mesmo tempo em que as características regionais se tornam cada vez mais relevantes na definição das configurações das redes.

As redes inteligentes podem contribuir para reduzir as emissões de CO<sub>2</sub> provenientes tanto da geração de eletricidade como da sua utilização. Nos países em desenvolvimento, as redes inteligentes facilitarão a expansão dos serviços elétricos e revelam um importante potencial para reduzir as perdas de transmissão e distribuição.

A aplicação bem-sucedida das tecnologias CAC (Captação e armazenamento de carbono) em vários sectores industriais de energia intensiva (por exemplo, ferro e aço, cimento, química e petroquímica pasta de papel e papel) representa potencialmente a nova opção tecnológica mais importante para reduzir as emissões diretas na indústria.

Para reduzir será necessário diminuir o ritmo de crescimento na utilização de combustível nos transportes e encorajar os passageiros e os transportadores a utilização mais frequente do transporte por autocarro e comboio, como é feito em Portugal.

#### *2.4 Proficuidades e sustentabilidade*

Leonardo Boff deixa claro, que para a perpetuação das espécies especialmente a humana na terra só depende de conscientização e mudança de comportamento radical por parte do homem, pois, na era de globalização, o desafio de encontrar um novo exemplo de produção e consumo, para continuar a existir (2009, p.37).

A conscientização é matéria constante e coletiva, pois incorpora mais e mais a ideia e o valor de que o Planeta Terra é a nossa Casa Comum e a única que temos (2009, p.64), por isso da importância de zelarmos para o seu bom desenvolvimento, tornando-a habitável para todos os seres.

O autor expõe que o alerta ecológico já foi dado, e que toda alteração climática é apenas um dos fatores que importam em voltar toda a atenção para o planeta, como um filho cuida de uma Mãe, nós devemos cuidar de Gaia e evitar que maiores devastações/ tragédias ocorram.

Em uma reflexão bastante aguçada fica demonstrado que o ser humano pode desaparecer se não tomar medidas que recuperem as degradações já efetivadas em desfavor da

Terra, e que o planeta pede socorro não para ele, mas pede socorro por nós, para que não deixemos de existir e não levemos conosco outras centenas de espécies.

Boff (2009) repreende também que a grande desigualdade social, impede de forma considerável o desenvolvimento sustentável, e que o hábito consumista deve ceder espaço ao desapego e à desafetação, utilizando-se apenas o básico para se viver com dignidade.

Desta forma, percebe-se que desenvolver um ambiente sustentável, e uma sociedade menos consumista consiste em preocupar-se com o futuro da Terra e da vida no planeta. Leonardo (2009) afirma ainda, que não podemos maltratar Gaia da forma como estamos fazendo, pois se continuarmos, ela nos expulsará como se expulsa uma célula cancerígena (p. 107).

### **3. Considerações finais**

O presente trabalho teve por objetivo analisar o desenvolvimento sustentável e as suas conveniências discutindo quais as circunstâncias que levam ao crescimento, desenvolvimento e a criação de novas tecnociências, e ao mesmo tempo manter o planeta sustentável.

Em um primeiro momento, percebe-se que os impactos são inerentes à criação de novas tecnologias, e que as utilidades também são fundamentais para a manutenção de um planeta sustentável, paradigmas que foram observados e considerados para que não haja mitigação do trinômio social, ambiental e econômico.

O desenvolvimento sustentável unido às novas tecnologias acarretam inúmeras inquietações, na visão da sociedade de risco, parâmetros seguidos pela comunidade contemporânea, pois apresentam riscos sociais, políticos, econômicos e industriais que não podem fugir ao controle e proteção da sociedade industrial, gerando situações de perigo social, sob pena de mitigar o tripé do desenvolvimento sustentável, conforme anteriormente explanado.

Não obstante, a engenharia genética, que compila na alteração genética e manipulação dos genes de organismo, acarreta maior inquietação dos pesquisadores quanto aos seus impactos futuros, justamente por conta da imprevisibilidade da sua reação com o meio-ambiente.

Demonstrou-se, ainda, que o desenvolvimento sustentável e as novas perspectivas de desenvolvimento, o conhecimento ocupa um lugar proeminente na sociedade contemporânea.

Desta forma, constata-se que desenvolvimento sustentável e as novas tecnologias devem-se manter de forma equilibrada, incluindo seus diversos institutos, sem que interfiram

de forma descontrolada no meio-ambiente natural. Pois a manutenção da existência da biodiversidade e das biotecnologias também dependem do homem.

Por fim, após essas análises versam as novas tecnologias, sob uma nova ética humana, como forma de serem encaradas as ameaças criadas pelo próprio homem ao decorrer de décadas, as quais carecem de ser enfrentadas de modo a viver em harmonia com todo o ambiente, usando dos mesmos métodos para evitar impactos futuros com os riscos inerentes as novas tecnologias que nunca deixarão de existir.

#### 4. Referências bibliográficas

BATISTA, P. N. O Brasil e o Desenvolvimento Sustentável. In: D'INCAO, M. A. e SILVEIRA, I. M. **Amazônia e a crise da modernização**. Belém, Museu Paraense Emilio Goeldi, 1994

BECK, U. **Risk society**. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

\_\_\_\_\_. **World risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **The brave new world of work**. Cambridge: Polity Press, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 de outubro de 1988.

BOFF, Leonardo. **A opção terra**. A solução para a terra não cai do céu. Rio de Janeiro, Record, 2009.

BOURG, Dominique. **Le nouvel âge de l'écologie**. Paris: Éditions Charles Léopold Mayer, Descartes & Cie, 2003.

CARAPINHEIRO G., A globalização do risco social, in B. S. Santos (org.), **Globalização: Fatalidade ou utopia**. Porto, Afrontamento, 2001.

CAVALCANTI, C. Sustentabilidade da Economia: paradigmas alternativos de realização econômica. In: **A Economia da Sustentabilidade: princípios, desafios, aplicações**. Fundação

Joaquim Nabuco/Instituto de Pesquisas Sociais. Recife, 12-15 /setembro/ 1994. (Volume das contribuições preparadas para o Encontro)

ELKINGTON, John. **A teoria dos três pilares**. Tradução de Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: MARKRON Books, 2001.

GARCIA J. L., **A crítica política da tecnologia como tarefa da sociologia contemporânea**. Trajectos - Lisboa, 2 ed., 2003.

GIDDENS, A., BECK, U. & LASH, S. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

GUATTARI, Félix. **Espaço e Poder**: a criação de territórios na cidade, In: Espaço e Debates. Revista de Estudos Regionais e Urbanos, ano V, 1985.

GUATTARI, Félix.. **As três ecologias**. Campinas: Papirus, 1999.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). **Perspectiva em Tecnologia Energética**. <[http://www.iea.org/techno/etp/etp10/Portuguese\\_Executive\\_Summary.pdf](http://www.iea.org/techno/etp/etp10/Portuguese_Executive_Summary.pdf)>. Acesso em: 10 de mar 2018.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental Brasileiro**. 20 Ed., rev., atual. e ampl. Editora Malheiros 2012.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 7 Ed. São Paulo: RT, 2011.

MOSCOVICI, S. **De la nature. Pour penser l'ecologie**. Paris: Éditions Métailié, 2002.

NETO, Francisco P. de Melo; FROES, César. **Gestão da responsabilidade social corporativa**: o caso brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na Sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

QUEIROZ, Marcelo Brito. **Proteção ambiental**: o que se protege? Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B4A3A2A13-BC22 49FDAF005873A1F74FF9 %7D\\_ambiental.doc](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B4A3A2A13-BC2249FDAF005873A1F74FF9%7D_ambiental.doc)>. Acesso em: 31 de mar 2018.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. Breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (Eds.). **Educação em Direitos Humanos**: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 209-230.

SANCHS, Ignacy. (1980). **Stratégies de l'eco-développement**. Paris. Ouvrieres, 1980.

VARELLA, Marcelo. (org). **Governo dos riscos**. Belo Horizonte, Unitar, 2005.

YOUNÉS, T. (2001). Ciência da diversidade: questões e desafios. In: I. Garay, & B. Dias (Orgs.). **Conservação da biodiversidade em ecossistema tropicais**. Avanços conceituais e revisão de novas metodologias de avaliação e monitoramento. Petrópolis: Vozes, 2001.

## BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

**Everton Silva Santos**

*FAM – Faculdade de Americana*

**Tamires Gomes da Silva Castiglioni**

*Unimep- Universidade Metodista de Piracicaba*

### **Resumo**

O presente artigo, analisa as correlações entre a bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana. O biodireito é uma ramificação recente da ciência jurídica, que tem por finalidade, observar o ser humano perante a lei, e sua correta aplicação sobre a vida. Como se sabe, a bioética é precedente do biodireito, no qual ambas visam a tutela dos direitos humanos, por meio de abordagens distintas, mas que se completam. O biodireito regula o desenvolvimento das biotecnologias, a partir dos preceitos da bioética. Essa tripla união, objetivam valorizar a vida humana em todos os seus aspectos.

**Palavras-chave:** Bioética, biodireito, dignidade da pessoa humana, direito, sociedade.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present article, as correlations between bioethics, biodirite and the dignity of the human person. The law is a branch of legal science, whose purpose is to observe or respond to the law, and its own application about life. As is well known, bioethics precedes bioethics, which is not a human rights book, through different but complementary approaches. Biodiversity regulates the development of biotechnologies, based on the precepts of bioethics. This triple union, aim to value human life in all its aspects.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Bioethics, biodire, dignity of human person, right, society.

## 1. Introdução

A dignidade da pessoa humana é entendida como o conjunto de valores que contribuem no processo de civilização, assim, a dignidade é um direito fundamental, necessário para assegurar a todos, uma existência digna, livre e igual, que deve ser respeitada acima de tudo, pois protege-la é a razão principal do Estado. A Magna Carta já ponderava a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Considerada hoje, como principal vetor humano, deve predominar sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico.

A bioética é um ramo novo de estudo, que está passando por continuo crescimento e discussão. Ela aborda situações genéticas, sociais, médicas, culturais, éticas, religiosa, científicas e metodológicas. Tem por objetivo, analisar a intervenção do homem sobre a vida. A bioética ainda, está intrinsicamente vinculada à ética, a todas as suas regras, dogmas e ideias.

Um marco importante a destacar, quando falamos em bioética, é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que foi reformulada através de um novo texto, em 19 de outubro de 2005, pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura em conjunto com o Comitê Internacional de Biótica. Essa nova redação, orientou as normas internacionais sobre direitos humanos, em relação à dignidade humana e à liberdade.

O biodireito surgiu a partir da bioética, sendo uma subárea da mesma, está intrinsicamente ligada à dignidade da pessoa humana, e é o ramo do direito, que trata da legislação e da jurisprudência, acerca das normas reguladoras da conduta humana, defronte aos avanços técnico-científicos. Portanto, o biodireito tem por objetivo a vida, no contexto dos avanços científicos, de modo a impedir as violações a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o presente artigo analisará as correlações entra a bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana. Em relação a metodologia aplicada, será utilizado o método qualitativo e a fonte doutrinaria, se fundamentará em doutrinas, dissertações e teses sobre, de modo a compreender a seguinte indagação: A bioética e o biodireito se aglutinam em defesa à dignidade da pessoa humana? A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos, ambos visam a tutela dos direitos humanos fundamentais, para a proteção do indivíduo e da sociedade. Sendo um ramo novo de estudo, tentam compreender a ciência jurídica aplicáveis a bioética e a biogenética, tendo como plano de fundo, a dignidade da pessoa humana, que é resguardado em nossa Constituição Federal.

## 2. Dignidade da pessoa humana: breve conceituação

Sarlet (1988), iludi que a dignidade da pessoa humana não possui um conceito fixo ou pré-estabelecido, por ser considerado como uma categoria aberta e de múltiplas interpretações. Barroso (2003) já entende como conjunto de valores que contribuem no processo de civilização. Assim, Padilha (2014, p.245) diz: que a dignidade é direito fundamental<sup>1</sup>, necessário para assegurar a todos, uma existência digna e livre e igual.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 1988, p.245).

Cocurutto (2008) considera a dignidade como um valor fundamental, que deve ser incorporado na pessoa humana. Já Sarmento (2002) relata, que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada acima de tudo, pois, protege-la é razão principal do Estado e do direito. Piovesan (2003, p.188) relata que todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, “sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano”.

Cada ser humano é merecedor de respeito e consideração, independente da crença, nível social, intelectual, opção sexual e maneira de enfrentar a vida. O simples fato de ser humano basta para que sua dignidade seja garantida. (THOMÉ, 2007, p.63).

A Constituição Federal de 1988, pondera a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, Novelino (2008) considerado como principal vetor humano, deve predominar sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico.

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. (BARCELLOS, 2003, p.372).

A dignidade humana surgiu pela primeira vez na Constituição Alemã de 1949, que determinou ser inviolável e de direito de todos, a partir desse momento, ela se difundiu a várias

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, o biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais, contendo os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica.

outras constituições, sendo considerada condição indissociável ao ser humano. Desse modo, o Direito exerce papel fundamental na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, se inter-relacionando hoje com vários campos de estudo, e ciência. (SARLET, 1988, p.203).

### 3. Bioética

Na década de 1970, Van Rensselaer Potter<sup>2</sup>, preocupado com os avanços da ciência, especialmente na área de biotecnologia, escreveu duas obras<sup>3</sup> que foram o marco para o surgimento da bioética. Ele propôs um novo ramo do conhecimento, que ampliasse os estudos da vida com as implicações que se correlacionavam (DINIZ. 2011). Nesse entendimento, Sgreccia (2009, p. 26) complementa:

Potter augurava a urgência de um novo saber que tivesse como finalidade não apenas conhecer os fenômenos naturais e lhes dar uma explicação, mais que se voltasse também para a descoberta da maneira com podiam usar com sabedoria os conhecimentos técnicos-científicos de modo a favorecer a sobrevivência da espécie humana e melhorar a qualidade de vida das gerações futuras. [...] o único e possível caminho de solução [...] a bioética. Na concepção de Potter, portanto, a bioética se movimenta a partir de uma situação de alarme e de uma preocupação crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade.

A partir de suas obras, outros estudiosos se interessaram pelo assunto, e hoje temos um novo ramo de estudo, que vem crescendo cada dia mais. Assim, segundo Leone, Privitera e Cunha (2001) bioética é a “ética da vida”, que tem por objetivo analisar a intervenção do homem sobre a vida. Seu conceito para Reich (1995) é o estudo sistemático das ciências: da vida e da saúde.

A bioética é um ramo novo de estudo, que está passando por continuo crescimento e discussão. Ela aborda situações genéticas, sociais, médicas, culturais, éticas, religiosas, científicas, metodológicas<sup>4</sup> e epistemológicas<sup>5</sup>. Junior (2012) nesse contexto explica, a bioética

---

<sup>2</sup> Pesquisador norte-americano, da área de oncologia, que iniciou o estudo sobre a Bioética, no início da década de 1970. Ele chamou a bioética da ciência da sobrevivência humana. Potter apresenta a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética.

<sup>3</sup> Suas obras foram: Bioética: Ponte para o Futuro (1971) e Bioética Global: Construindo no Legado de Leopold (1988).

<sup>4</sup> Que diz respeito aos métodos, à ciência que se dedica ao estudo dos métodos, às normas e regras para a realização de uma pesquisa.

<sup>5</sup> Epistemologia significa ciência, conhecimento, é o estudo científico que trata dos problemas relacionados com a crença e o conhecimento, sua natureza e limitações. Estuda a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento, e também é conhecida como teoria do conhecimento e relaciona-se com a metafísica, a lógica e a filosofia da ciência.

tem como objetivo principal a proteção da vida humana, em face dos avanços tecnológicos da ciência.

De acordo com Diniz (2011, p.11) “bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências para melhorar a qualidade de vida do ser humana, a harmonia universal”.

A bioética dominou a esfera do direito como “pano de fundo” de debates de situações controversas, porém, hoje em dia, já há algumas normas sobre a consideração de valores, o que acirra as discussões. Logo, é o momento de se preocupar com o biodireito. Deve-se desvincular o direito da bioética, a qual serve mais a uma finalidade política: usada para fazer prevalecer o entendimento religioso ou o laico. O biodireito tem, portanto, por objetivo facilitar a solução normativa para as questões que as ciências colocam na vida das pessoas, pela necessidade de se encontrar uma resolução para um dilema. (NAMBA, 2009, p. 13).

A bioética é intrinsecamente vinculada à ética, a todas as suas regras, dogmas e ideias. Barbosa (1994, p.109) fundamenta:

A bioética, [...] constitui um dos resultados mais promissores do diálogo entre filosofia e ciência; em particular entre a filosofia prática (a ética). [...] sendo essencialmente uma antecritica entre as três dimensões do saber/fazer, o quê? como? por quê? -, a bioética não somente renova o debate teórico, vinculando a tecnociência aos princípios ético-morais de responsabilidade, equidade e solidariedade, como atualiza a necessidade de se repensar radicalmente o processo civilizatório, com seus mitos, utopias e realidades.

Um ponto importante a destacar, quando falamos em bioética, é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948. Era a normativa ampla e abrangente, sobre a área da bioética, que estabelecia direitos fundamentais embasados nos princípios<sup>6</sup> da liberdade, justiça e paz. A Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) em conjunto com o Comitê Internacional de Biótica, elaboraram um segundo texto, a partir da declaração original, em 19 de outubro de 2005, para orientar as normas internacionais sobre direitos humanos, em relação à dignidade humana e à liberdade. Essa atualização, que ainda está em vigor nos dias atuais, é essencial para a compreensão e análise do estudo da bioética.

O art. 2º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, visa “o bem-estar do ser humano”, devendo prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência” (UNESCO, 2006). Esse entendimento está intrinsecamente fundado, nos pilares da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>6</sup> Pereira (2008) elucida que tais princípios estão hoje, esculpidos em nossa Magna Carta, no art. 1º, inciso III, e no art. 5º.

#### 4. Biodireito

Para Garcia (1991) o direito é um fenômeno sócio, histórico e cultural, que deve acompanhar a ciência e suas áreas de estudo. Assim, “o Biodireito é o conjunto de leis positivas<sup>7</sup> que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação”. (CHIARINI Jr., 2012). Junior (2012) entende que foi com o desenvolvimento da bioética que se criou o biodireito, Oliveira (2010) complementa que o biodireito é uma subárea da bioética, que está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana. Barboza (2000) afirma, que biodierito é o ramo do direito que trata da legislação e da jurisprudência acerca das normas reguladoras da conduta humana, defronte aos avanços técnico-científicos. O direito assim, “decorrente das dimensões biotecnológicas<sup>8</sup> que sem cessar despontam, bem como voltado à sua função de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, se estrutura sob sua nova ordem, denominada biodireito”. (HIRONAKA, 2003, p.24).

O biodireito tornou-se, assim, um ramo jurídico autônomo de natureza interdisciplinar, com uma grande importância teórica e prática devido aos seus potenciais prolongamentos sociais. Isso significa que o seu estudo não está completo se o abordarmos a partir de uma perspectiva unilateral proporcionada pelas ciências jurídicas clássicas (direito constitucional, direito administrativo, direito civil, direito penal, filosofia do direito, etc.). Por conseguinte, é indispensável adotar uma perspectiva horizontal englobante [transdisciplinar], em boa medida alimentada pela Bioética. (ROMEO-CASABONA, 2003, p. 95).

Para Diniz (2011) o biodireito tem por objetivo a vida, no contexto dos avanços científicos de modo a impedir as violações a dignidade da pessoa humana. O ilustre pensador Bobbio (1992, p.06) já falava que a “esfera do Biodireito é um campo que se caminha sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra a pessoa ou a espécie humana”. Junior (2012) complementa “o biodireito focaliza o ser humana como uma espécie portadora de valores próprios e dependentes do meio ambiente”.

O biodireito é disciplina incipiente no universo jurídico e ainda não ocupou seu devido lugar nem nos currículos das faculdades de Direito, nem na própria Dogmática. Seu estudo é normalmente setorial, não havendo quem procedesse à formulação de uma teoria geral, regente de conceitos, princípios e fundamento jurídicos. (SÁ; NAVES, 2009, p. 3).

<sup>7</sup> É a lei feita pelos legisladores, promulgada pelo poder competente e imposta à observância de todos.

<sup>8</sup> Biotecnologia significa qualquer atecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.

Diniz (2011) ressalta que o biodireito é uma ramificação recente da ciência jurídica, que tem por finalidade, observar o ser humano perante a lei, e sua correta aplicação sobre a vida. “A esfera do Biodireito é um campo que se caminha sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra a pessoa ou a espécie humana”. (BOBBIO, 1992, p.6). Desse modo, Borba (2010, p.45) defende, que o biodireito tem a tarefa de resguardar o pluralismo político<sup>9</sup>.

#### *4.1 Bioética, biodireito e dignidade da pessoa humana, correlações*

A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos. No entendimento de Sá (2009) a bioética é precedente do biodireito, e ambos visam a tutela dos direitos humanos fundamentais, por meio de abordagens distintas, mas que se completam. Assim, Diniz (2011) compreende a bioética como uma poderosa arma na luta pela valorização da vida humana, no aspecto da liberdade e dignidade.

Direito e bioética: dois saberes que promovem a formação de indivíduos capazes de refletir e construir uma sociedade que caminha sem se deter rumo à justiça social, uma sociedade que promova a todos o viver da dignidade humana. (VIEIRA, 2010, p. 76).

Borba (2010, p.45) entende que a tarefa do biodireito é de resguardar o pluralismo político, que oferece “condições procedimentais para a realização do método dialógico e interdisciplinar, suscitado pela bioética”. Fernandes (2000, p. 42) fala que na realidade, o biodireito é a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética.

Segundo Diniz (2011) o biodireito regula o desenvolvimento das biotecnologias, a partir dos preceitos da bioética, para preservar a vida e a dignidade humana. Assim, a semelhança principal entre as duas é a abordagem no aspecto à vida.

Biodireito, por fim, é a ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis a bioética e à biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se a ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade. (DINIZ, 2011, p.11).

---

<sup>9</sup> Pluralismo político é a possível e garantida existência de várias opiniões e idéias com o respeito por cada uma delas. O pluralismo político, como base do Estado democrático de direito, aponta o reconhecimento de que a sociedade é formada por vários grupos, portanto composta pela multiplicidade de vários centros de poder em diferentes setores.

Para Namba (2009, p.13) a bioética dominou o campo do direito, facilitando as questões relacionadas a vida, pela necessidade de se encontrar soluções adequadas. Assim, Vieira (2010.p. 76) contribui que a bioética e o direito são dois saberes necessários para tornar os valores humanos existentes, valores esses, que “atravessam barreiras abstratas”, e ganham concretude na vida do homem. Por fim, proteger a dignidade do homem é zelar pela vida e o direito!

## **5. Considerações finais**

Diante do rápido avanço da ciência, a bioética e o biodireito, perceberam a necessidade de acompanhar essas transformações, de modo que viabilizassem a interação com o desenvolvimento social e a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o biodireito, surgiu para estabelecer um liame entre o direito e a bioética, no cumprimento das garantias fundamentais de cada indivíduo. Assim, o direito tem desempenhado a relevante tarefa de harmonizar os interesses sociais e individuais, frente ao desenvolvimento científico.

Percebeu-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro, tem relação direta com a bioética e o biodireito, no que tange à vida humana, o biodireito ligado a parte jurídica, se utiliza de suas ferramentas para nortear as condutas, e a bioética se utiliza da ética para entender determinados pontos.

Presente o entendimento, faz-se necessário, reconhecer o biodireito como um novo ramo de estudo, que possui objetivos e princípios próprios. Portanto, o biodireito é o ramo do direito que trata da legislação e da jurisprudência acerca das normas reguladoras da conduta humana, defronte aos avanços técnico-científicos. Casabona (2003, p. 95) já defendia esse entendimento, ao relatar que o “biodireito tornou-se um ramo jurídico autônomo, de natureza interdisciplinar, com grande importância teórica e prática”.

Em relação a problemática destacada no trabalho, a bioética e o biodireito andam necessariamente unidos com os direitos humanos. Visto que a bioética é precedente do biodireito, e ambos zelam pela a tutela dos direitos humanos fundamentais, por meio de abordagens distintas, mas que se completam.

A bioética e o direito promoveram a formação do pluralismo político, que oferece condições procedimentais para a realização do método/dialógico interdisciplinar, suscitado pela dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, que o biodireito regulou o desenvolvimento

das biotecnologias, a partir dos preceitos da bioética, para preservar a vida e a dignidade humana.

Por fim, o biodireito é a ciência jurídica, que veda crimes contra a dignidade humana, e estabelece diretrizes para conciliar os avanços tecnológicos frente as necessidades humanas.

## 6. Referências bibliográficas

BARBOSA, V. et al. **Bioética: um ponto de encontro. História, Ciências, Saúde.**

Manguinhos - vol.1 no.1 Rio de Janeiro July/Oct. 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v1n1>>. Acesso em: 01. abr. 2018.

BARBOZA, H.H. **Princípios de bioética e do biodireito.** Bioética, v. 8, n. 2, p. 208-217, 2000.

BARCELLOS, A. P. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, L. R. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos.** Revista de Direito do Estado, n. 10, p. 25-66, abr./jun. 2003.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992

BORBA, M.N. **Bioética e direito: biodireito? Implicações epistemológicas da bioética ao direito.** Dissertação (Mestrado em Bioética), Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010.

BORBA, M.N. **Bioética e direito: biodireito? Implicações epistemológicas da bioética ao direito.** Dissertação (Mestrado em Bioética), Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15. abr. 2018.

CHIARINI Jr., E. C. **Noções Introdutórias sobre Biodireito**. 2004. Disponível em<<https://jus.com.br/artigos/5664/noco-es-introductorias>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

COCURUTTO, A. **Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FABRIZ, D. C. **Bioética e Direitos Fundamentais. Bioética, biodireito e direitos humanos**. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERNANDES, T. B. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GARCIA, E.F. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1991.

HIRONAKA, G.M.F.N. **Bioética e biodireito:revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante**. Jus Navigandi, ano 8, n. 66. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

JUNIOR, A. S. C. **Biodireito desenvolvimento sustentável**. Revista da Informação Legislativa, ano 49, nº 196, out./dez., Brasília, 2012.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. **Dicionário de Bioética**. Editorial Perpétuo: Socorro/Santuário, 2001.

NAMBA, E.T. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, W.F. **Uma análise principialista do suicídio assistido**. Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia, v. 4, n. 9, p. 160-184, 2010.

PADILHA, R. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PEREIRA, N. **Aborto e direitos humanos**. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/direitoshumanos.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

REICH, W. T. **Encyclopedia of Bioethics**. New York: Free Press-Macmillan, 1978.

ROMEO-CASABONA, C. M. **Biodireito**. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean Noël MISSA. *Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia*. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

SÁ, M.F.F; NAVES, B.T.O. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: 1988.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada**. In: LEITE, George Salomão (org). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIDOU, J. M. O. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SGRECCIA, E. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2009.

THOMÉ, L. M. B. **Princípio da dignidade da pessoa humana e mediação como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família.** 2007. 149f. dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

UNESC O. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos.** Lisboa: UNESCO, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/>>. Acesso em: 03. abr. 2018.

VIEIRA, E. **O valor social, jurídico e bioético do trabalho.** Dissertação (Mestrado em Bioética), Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010.

## CRÍTICA À LEI BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS

**Nilson Tadeu Reis Campos Silva**

*Universidade Estadual de Maringá – UEM*

*Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP*

### **Resumo**

Este artigo tem por finalidade a análise crítica e transdisciplinar da bibliografia e das normas brasileiras sobre transplantes de órgãos e tecidos humanos, e o exame da estrutura do Sistema Nacional de Transplantes, com fundamento na metodologia construtivista voltada à elaboração de tutela jurídica adequada à dignidade da pessoa humana, com ênfase à autonomia da vontade sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do biodireito.

**Palavras-chave:** Transplantes de órgãos e tecidos, autonomia da vontade, direitos da personalidade, solidariedade, anonimato.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to critical analysis and transdisciplinary bibliography and brazilian rules on organ transplants and tissue, and the examination of the structure of the national transplant system, based on constructivist methodology focused on the development of appropriate legal guardianship to the dignity of the human person, with emphasis on the autonomy of the will perspective of personality rights and BioLaw.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Organ and tissue transplants, autonomy of the will, personality rights, solidarity, anonymity.

### **1. Introdução**

O tema transplantes de órgãos e tecidos humanos não é novidade na literatura médica, porém nas demais áreas do conhecimento, máxime na jurídica, ainda são escassas as investigações por ser a temática sempre impregnada de valores culturais e religiosos que são

revolvidos tormentosamente a cada avanço das Ciências, e também pela prevalência secular da ética hipocrática sacralizadora do poder médico sobre o paciente que, como anota FRANÇA (2000), só cederia nos anos sessenta com o desenvolvimento e a adoção, pelos códigos de ética médica, dos princípios da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça, ainda que não tidos como absolutos quando confrontados com a ética dos cuidados e com a práxis casuística.

A este cenário, adite-se a crise de consciência que acometeu a comunidade científica no pós-Segunda Guerra Mundial, suscitada pela divulgação das atrocidades cometidas pelos nazistas, e que exigiu a elaboração de normas tutelares dos direitos humanos a fim de preservar a integridade e a dignidade das pessoas – inclusive quando partícipes de experimentos biomédicos, dentre as quais merece destaque a Declaração de Helsinque, de 1964, seja por ter sido produzida pela comunidade médica, seja pelas diretrizes éticas que nela se tracejaram para pesquisas com seres humanos.

A compreensão desse quadro exige uma análise crítica e transdisciplinar da bibliografia e das normas, o que nesta investigação pretende-se possível desde a construção de uma visão sistêmica da questão da doação de órgãos e tecidos humanos que conduza à construção de vasos comunicantes e harmônicos entre as diversas Ciências.

Objetiva-se, ainda, examinar os principais tópicos que envolvem, no Brasil em especial, o Sistema Nacional de Transplantes – SNT, para viabilizar a oferta de um contributo à sua compreensão e ao seu aperfeiçoamento na especial tessitura socioeconômica e cultural do País.

Em todas as publicações brasileiras, o SNT é apresentado de modo superlativo, como sendo o maior sistema do mundo, inserido no Sistema Único de Saúde – SUS, objeto de idêntica adjetivação, epítetos que, ao invés de espelharem a realidade, escondem severas deficiências sistêmicas.

A tutela jurídica dos transplantes suscita oportuna discussão doutrinária sobre a sua efetividade, por ser o processo político brasileiro (do Legislativo e do Executivo) falho e omissor na implementação de políticas públicas voltadas à consecução do objetivo social a ela imbricado, e assim se mostrada insuficiente e falha. Como do Poder Judiciário brasileiro se exige atitude proativa na realização dos fins sociais da tutela aos transplantes, suas tentativas de correção da prestação do serviço social básico da saúde nesse campo quedam inefetivas também.

Assim, pode-se dizer que o destinatário final da tutela aos interesses e direitos difusos – a pessoa humana – continua sendo usado como desculpa, em um Estado centrado em si

mesmo e dissociado da comunidade, por isso despreocupado com os resultados efetivos de suas ações.

Daí se buscar, aqui, contextualizar o tema dos transplantes na quadra atual do desenvolvimento médico-científico, com fundamento na metodologia construtivista desenhada por RAWLS (2016) e inspirada na ideia do homem racional e livre de KANT (1995), para se alcançar efetiva tutela dos transplantes com deliberação legislativa prática que adote a eticidade, que justifique um Estado de Bem-Estar, tornando a sociedade mais justa para um maior número de pessoas, combinando-se a isso a hermenêutica tópica assimiladora de resiliência que não descuide de uma ótica zetética.

A superação dos paradigmas cartesianos, que constroem a efetividade dessa tutela, possibilita a elaboração de leis (inclusive processuais) com adequado grau de proteção jurídica a ser conferido à vida biologicamente considerada e à efetivação do direito à saúde, e é esta a questão fundamental.

## **2. Das dimensões da tutela jurídica**

Numa análise retrospectiva e histórica da questão dos transplantes na civilização e no Brasil, é fácil constatar que sua proteção jurídica partiu da quase inexistência de reconhecimento para um status positivado no ordenamento jurídico, mas ainda longe de estar solidificado e reconhecido em uma clara categoria de direitos de molde a propiciar efetividade.

Inserido o direito à saúde nos direitos sociais, sua âncora constitucionalizada exige seu reconhecimento como direito fundamental com as características peculiares aos interesses difusos.

Neste cenário, a tutela dos transplantes é permeada por questões éticas, religiosas, morais, sociais e científicas, relativas à morte e à utilização e experimentos no corpo humano e que se refletem nas decisões políticas relacionadas à saúde pública, ensejando o questionamento dos limites do conceito do princípio matriz dos direitos da personalidade: o da dignidade da pessoa humana.

Essa complexa tessitura não possui apenas uma dimensão subjetiva, atributiva de direitos aos indivíduos, mas também uma dimensão objetiva estabelecadora de valores jurídicos que necessitam ser objeto de proteção pelo Estado e pela sociedade.

Sob o prisma subjetivo, a tutela dos transplantes se apoia, intrinsecamente, em um tríduo principiológico: intangibilidade corporal; solidariedade humana; e totalidade orgânica.

O princípio da intangibilidade corporal reflete a pertença do corpo à identidade do indivíduo e, por isso, tem-se que qualquer intervenção na integridade corporal é, também, intervenção na integridade pessoal, daí porque esse princípio tutela a dignidade e a indisponibilidade ontológica do ser humano.

O princípio da solidariedade deriva do fato de ser a pessoa humana eminentemente social e relacional, o que a autoriza até a se sacrificar em prol de outra pessoa, doando-lhe órgãos desde que essa dádiva não redunde em comprometimento da sua integridade vital; e o princípio da totalidade implica na compreensão do fato de cada parte do corpo humano deve ser avaliada de acordo com a totalidade do organismo, daí porque membro, órgão ou função pode ser sacrificado em benefício do bem-estar de todo o corpo.

Já visualizada a questão em sua dimensão objetiva, a tutela dos transplantes tem como base outro tripé: o princípio da autonomia; da gratuidade; e o da confidencialidade.

O princípio da autonomia exige que a retirada e o implante de órgãos ou tecidos sejam precedidos do consentimento informado tanto do doador quanto do receptor. Segundo o princípio da gratuidade, tecido ou órgão só pode ser doado, jamais vendido em razão de ter individualidade própria, por não ser coisa ou objeto passível de comercialização. De acordo com o princípio da confidencialidade, a pessoa tem o direito de decidir sobre a divulgação ou não da sua decisão de doar órgãos ou tecidos, e por isso, de manter o anonimato.

Essa principiologia é inerente à dignidade da pessoa humana e condicionante do seu respeito, mas gera problemas particulares e específicos para a efetivação da tutela dos transplantes que, na perspectiva jurídica, tem como premissas o direito ao consentimento informado (embora em alguns países seja adotada a premissa do consentimento presumido); o sigilo médico; o direito da pessoa sobre o poder dispor de seu próprio corpo; o direito do receptor de recusar o transplante ainda que isto implique em sua morte e, nas hipóteses de doação de falecido, o direito de familiares recusarem a retirada de órgãos ou tecidos.

Em todas as culturas do mundo, podem ser visualizados tais problemas, sempre interligados com questões éticas relacionadas à prática da Medicina, em que se defronta com os limites éticos e jurídicos decorrentes de intervenções no corpo humano. Para isto procurar-se-á, ainda que sinteticamente, traçar os pontos de contato e de distanciamento entre legislações de diversos países com a brasileira, a fim de apontar possibilidades de aprimoramento no ordenamento jurídico brasileiro.

Para se compreender o estágio atual da proteção à saúde, é indispensável volver os olhos ao passado, pois é nas suas origens que se podem encontrar as raízes dos conceitos

utilizados na contemporaneidade, presente, aqui, a antiga lição segundo a qual todo embrião da mais avançada medicina moderna é encontrado na medicina do passado (LITTRÉ, 1839).

O atendimento da saúde no Brasil sempre foi elitista, desde os primórdios do País, sendo que as primitivas práticas indígenas dos seus primeiros habitantes somente viriam a ser abandonadas após a chegada da família real portuguesa em 1808 com seus médicos particulares e com a preocupação da higienização dos primeiros portos. No espaço particular dos modelos de atenção à saúde no Brasil, historicamente considerados, faz-se onipresente o embate entre o interesse público e o privado, resolvido quase sempre pela iniquidade dos privilégios da riqueza de poucos e em detrimento da maioria da população.

Mais do que pelo respeito à vida digna, o fato de se considerarem os trabalhadores como insumos da produção (e assim desprovidos de direitos políticos e sociais) levou o Brasil a estabelecer o tratamento da saúde estatal apenas a essa classe de pessoas, e ainda assim mediante contribuição financeira dos mesmos, enquanto que a elite econômica utilizava os serviços dos médicos particulares, restando aos pobres os curandeiros e o acesso às escassas Casas de Misericórdia mantidas pela Igreja.

A década de 70 no Brasil foi caracterizada pela instalação de hospitais privados, o que trouxe uma nova tensão entre saúde (como direito) e doença (como negócio lucrativo). Esses hospitais foram inicialmente credenciados pelo então Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde – SUDS, o que gerou um emblemático modelo duas-alas: uma, de apartamentos climatizados, exclusiva para pacientes particulares, e outra, de quartos comuns compartilhados pelos pacientes sem recursos financeiros, modelo reproduzido também nas clínicas e consultórios médicos e que, com a chegada dos seguros-saúde e dos planos de saúde particulares, foi redesenhado para o de tríplex portas: uma apenas para os pacientes particulares; outra para os possuidores de planos de saúde, e a terceira para os pacientes do sistema público – modelo que se mantém na contemporaneidade.

Desde a Constituição brasileira de 1934, a saúde passou a ser de responsabilidade do Estado, vislumbrada na Constituição de 1937 como risco social e, a partir da Constituição de 1988, como direito a atendimento integral, universal e igualitário, o que possibilitou, em 1990, a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, cujos recursos são custeados basicamente por impostos e que são insuficientes para que a almejada cobertura universal atinja a totalidade da população brasileira, por isso que o Brasil é um dos únicos países do mundo em que o gasto privado com saúde supera o público, uma vez que o engessamento da gestão pública de hospitais faz despencar a qualidade do serviço oferecido aos pacientes.

Como 70% dos leitos do SUS estão nas mãos de hospitais filantrópicos, Santas Casas, e esses leitos são subfinanciados se comparados aos leitos de convênio, os hospitais da iniciativa privada procuram resolver seus problemas de financiamento dando prevalência ao atendimento de convênios particulares em detrimento do atendimento ao SUS.

A extensão territorial do país e as alterações demográficas recentes são aspectos que também dificultam as estratégias de implementação integral do atendimento à saúde conforme prevê a Constituição: o número de vidas seguradas no Brasil mudou, nos últimos oito anos, de 32 milhões para 46 milhões de pacientes. Além disso, há um envelhecimento acelerado da população – consabido que, quanto maior é a longevidade, maior a necessidade de tratamento.

O desempenho insatisfatório do SUS estimula a aquisição de planos privados de saúde, normalmente por pessoas de estratos sociais mais elevados, o que facilita acesso mais rápido a consultas e exames, bem como a medicamentos de alto custo, em comparação aos usuários que dependem exclusivamente do SUS.

Por fim, cabe inferir que o SUS, embora apresente significativas falhas em sua operacionalização, vem se mantendo como uma política que busca avançar na construção de um sistema universal de saúde. No entanto, as possibilidades para dirimir as mazelas do sistema de saúde perpassam pela necessidade de reformulações de políticas públicas que visem minimizar as desigualdades sociais do país, e, por conseguinte, possibilitar o acesso de atendimento à saúde com qualidade e equidade.

### **3. Do microssistema jurídico**

A legislação brasileira sobre transplantes de órgãos e tecidos foi iniciada com a Lei nº 4.280/63 revogada pela Lei nº 5.479/68 que por sua vez foi sucedida pela Lei nº 8.489/92 regulamentada pelo Decreto nº 879/93, e hoje é composta pela Lei nº 9.434/97 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/2001) regulamentada inicialmente pelo Decreto-lei nº 2.268/97 e atualmente pelo Decreto nº 9.175/2017, e ainda pelo Código Civil, e mesmo com as pontuais edições de portarias do Ministério da Saúde e tópicas resoluções do Conselho Federal de Medicina é de todo insuficiente para permitir a efetividade tutelar almejada.

Esse microssistema jurídico, ainda que se refira também a transplantes de tecidos humanos, não se aplica aos transplantes de sangue, que merecem tutela jurídica diferenciada e específica, uma vez que sangue tem natureza regenerável, e sua transfusão amiúde se reveste de caráter urgente. Este tipo de transplante é normatizado atualmente pela Lei nº 10.205/2001 que é regulamentada pelo Decreto nº 3.990/2001 (sobre a coleta, processamento, estocagem,

distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades) e pelo Decreto-lei nº 211/1967 (sobre o registro dos órgãos executivos de atividades hemoterápicas).

A Lei nº 9.434/97, em sua redação original, não permitia aos familiares suprirem o consentimento expresso ou presumido do falecido e nem mesmo se oporem ao mesmo. Adotou-se assim, o consentimento presumido, isto é, aquele que em vida não havia expressado sua vontade no sentido de não permitir a colheita de seus órgãos e tecidos após a morte, consignando-a em documentos como carteira de identidade, carteira nacional de habilitação, era, a partir de então, um potencial doador: assim, era explícita a intenção do legislador em conferir inteira pessoalidade nos atos de disposição corporal, afastando totalmente a legitimidade da família se manifestar.

Pressões sociais levaram à revogação implícita dessa possibilidade, uma vez que na redação da Lei nº 10.211/2011 não foram previstos nem a negativa nem o consentimento. Ao revés, condicionou-se a doação de órgãos à autorização expressa da família, o que colide frontalmente com a autonomia de vontade, conceito fundamental do direito privado – e o mais recorrente na dogmática jurídica, cuja adjetivação traduz a ideia de uma liberdade de autogoverno, de liberdade, para estabelecer os ditames da sua própria vida – inclusive o destino de seu corpo post mortem.

A autonomia da vontade é um princípio supremo de moralidade, pois a voluntariedade é elemento nuclear do qual derivam outros deveres, permitindo o desenvolvimento da pessoa (corpo, imagem, corpo, reputação). Na reciprocidade inter-indivíduos explica que o sujeito deve desenvolver ações compatíveis com a ideia da alteridade: Eu sou enquanto o Outro me reconhece como tal.

Ademais, o Decreto nº 9.175 de 2017, ao modificar a anterior exigência legal segundo a qual o exame para detectar a morte encefálica deveria ser feito por, pelo menos, um neurologista ou neurocirurgião e um intensivista [médico que cuida de pacientes em estado crítico que precisam de cuidados intensivos], retirou a exigência do atestado de neurologista e estabeleceu que bastam no mínimo dois médicos “capacitados” para a emissão da declaração da morte encefálica, simplificação que, ainda que se argumente que vise facilitar a demanda de doação de órgãos em locais desprovidos desse neurologistas e intensivistas, abre perigosa possibilidade de diagnósticos de morte encefálica errôneos, o que coloca em risco a confiança em todo o sistema.

A morte encefálica é confirmada por dois procedimentos: o exame clínico (que agora pode ser feito por médico de qualquer especialidade, sob a pueril justificativa de que qualquer

médico que observe o protocolo de procedimento elaborado pelo Conselho Federal de Medicina está capacitado) e o exame de imagem, que identifica a presença ou não de atividade elétrica cerebral.

Sob outro prisma, a falta de impeditivo legal da identificação de doador e receptor enseja constantes violações do direito à privacidade e à intimidade (inclusive genética), propiciando cobranças de ordem material, emocional e psíquica, e dano moral.

O Decreto nº 9.175/2017, assim como a Lei nº 10.2011/2011, é ilegal porque afronta a autonomia da vontade privada e viola o art. 15 do Código Civil, descabendo o argumento de estar autorizado a fazê-lo por ser norma especial, uma vez que é hierarquicamente inferior à lei geral e, naquele dispositivo, especifica à livre disposição do próprio corpo.

Neste sentido, a legislação brasileira viola, também, a garantia fundamental à segurança jurídica, preconizada tanto pelo preâmbulo quanto pelo texto constitucional.

Além disso, ao ab-rogar os artigos 15, 20 e 25 do Decreto nº 2.268/97 a nova regulamentação eliminou também a necessidade de expressa comunicação pelo médico ao Ministério Público da comarca do doador vivo não aparentado ao receptor, antes do procedimento cirúrgico.

Nos termos do decreto revogado, pretendia-se conferir uma segurança mínima, básica, ao ato de doação, evitando um comércio de órgãos humanos: o Promotor de Justiça era comunicado pelo médico para que pudesse desenvolver uma investigação mínima apta a certificar a regularidade do ato de doação (por exemplo, se os envolvidos eram da mesma família e se não havia onerosidade), tanto que não se exigia autorização expressa do Ministério Público para a realização do transplante.

Cabe agora, à equipe médica analisar a ocorrência de eventuais simulações ou fraudes (consabido que miséria social e tráfico de órgãos são onipresentes agentes da mercancia na contemporaneidade) e, se for o caso, comunicar aos órgãos competentes.

O argumento de racionalização da atuação ministerial e da tendência do processo civil de reduzir a participação do Ministério Público como fiscal da lei, não se prestam a infirmar a conclusão segundo a qual a opção normativa desprotege o doador vivo e, por igual, atenta contra a segurança jurídica, além de indevidamente transferir a particulares que são estranhos à área jurídica, a tutela de interesses difusos. Mais, ainda: comete a particulares envolvidos no processo de convencimento dos responsáveis pela doação, o julgamento da licitude da doação.

A norma também olvida o surgimento de novas fórmulas de relações e de vivências, como as uniões homoafetivas, poliafetivas, o concubinato, e ainda novas relações parentais, como as filiações socioafetivas e, nesse turbilhão de mutações sociais, a crescente opção pela

solidão e pelo individualismo. A única atualização normativa, nesta seara, foi a inclusão do companheiro no rol dos (i)legitimados a contrariarem a vontade do falecido.

Pelo fato de a legislação desconhecer o contexto social, deixa-se ao desabrigo da tutela dos transplantes uma miríade de pessoas, incapacitadas de serem reconhecidas como doadores, restringindo-se a possibilidade de captações de órgãos e tecidos, seja por tornar impossível e ilegal o suprimento de autorização familiar, seja por não prever a possibilidade científica de superação da falta de identificação de possível doador.

E por estar aprisionada a premissas jurídicas ultrapassadas, a legislação brasileira que busca tutelar os transplantes, quando aplicada pelo Poder Judiciário, tem se prestado a solidificar um quadro de real hipocrisia acerca da gratuidade das doações inter-vivos.

Nas doações de aparentados, além de indevida limitação até o quarto grau de parentesco, de início se impôs a exigência de uma inócua, porque simbólica, ciência da pretensão ao transplante ao Ministério Público, olvidando a subjacente coação moral da doação e a dubiedade da solidariedade.

Já nas doações de pessoas não-relacionadas, exige-se autorização judicial (exceto para doação de medula óssea), sem que haja o estabelecimento de um procedimento capaz de detectar a onipresente onerosidade defluida da oculta relação entre doador e receptor, seja ela de vizinhança, seja de amizade ou mesmo, seja ela de mercancia.

Frente ao crescente número de doações autorizadas pelo Poder Judiciário sem que haja um devido processo legal que empreste à prestação jurisdicional efetividade quanto ao atendimento da premissa da gratuidade, é de se indagar, até, se não seria preferível a adoção de venda legal de órgãos e tecidos, propiciando sua transparência e controle.

Se a edição do novo regulamento da lei dos transplantes inovou as possibilidades de doadores de órgãos, para permitir isonômico tratamento também a estrangeiros, em respeito até ao princípio da universalidade da saúde, tendo-os como doadores, sob outra ótica a extensão da lei dos transplantes aos estrangeiros aumenta a insegurança jurídica, seja quanto à autorização (ou negativa) familiar contrária à vontade do doador, seja quanto à inexistência de mercancia e de turismo médicos.

A extensão das exigências pertinentes a transplantes de doadores falecidos e doadores vivos aos estrangeiros, por óbvio que não elimina o turismo da morte, mediante o qual uma pessoa residente no Exterior recebe pagamento para vir doar seus órgãos em solo brasileiro, ou de um imigrante mergulhado na miséria econômica entrever na autorização legislativa uma brecha para se sacrificar em prol da família, vendendo seus órgãos.

Se as perspectivas religiosas e culturais sobre a importância do corpo humano e da ojeriza à sua venda, levam certas correntes doutrinárias a recusar as doações onerosas, não são poucos os países que tem adotado um sistema compensatório ou de premiação para clarificar a zona cinzenta que separa, no plano fático, a doação da venda de órgãos, existindo mesmo legislação que regula um mercado fixo de órgãos de cadáveres.

A complexidade da questão, que envolve valores culturais, políticos e econômicos, todavia, não pode servir de escudo à falta de uma apropriada tutela jurídica. Antes, exige a construção de procedimentos que se prestem a dar efetividade à proteção dos direitos de doadores e de receptores.

Sublinhe-se, por oportuno, para enfatizar a postura cartesiana que compartimentaliza de modo estanque o tema, que a legislação brasileira prevê pena infinitamente inferior à de um homicídio, para aquele que pratica a doação ilegal de órgãos e tecidos, ainda que de tal doação resulte a morte do doador.

Pode-se acrescentar, ainda, que a norma positivada só autoriza a mutilação do corpo nos casos de necessidade terapêutica, assentada em equivocada identidade entre os conceitos de necessidade terapêutica e o de vida. Com isso, impede-se a doação inter-vivos propiciatória da vida do receptor, mesmo com diminuição da integralidade corporal do doador.

Sem esgotar as discrepâncias nefastas da legislação que necessitam ser extirpadas do ordenamento jurídico, a fim de se ter uma efetiva tutela dos transplantes, pode-se aditar, também, sua falta de sintonia com os avanços científicos, com graves repercussões na seara dos direitos sucessórios.

Por exemplo, nos transplantes de útero, são desprezados os possíveis questionamentos de hereditariedade do ser gestado na receptora, advindos de possível transmissão do código genético por meio de células-tronco da doadora.

Há registros de alteração do tipo sanguíneo do receptor após o transplante de fígado, o que suscita a questão ética da possível anulação da identidade do receptor em razão de o órgão transplantado levar consigo parte da identidade do doador, pela memória corporal ou pela celular, ainda que a teoria da memória celular não seja consensual entre o meio científico.

Urge, pois, dar um novo matiz a essa perspectiva jurídica da tutela dos transplantes, para assentá-la na Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, mercê da sua condicionante não explicitada na temática legislação brasileira: o princípio da dignidade da pessoa humana.

É que só é possível vencer a conflituosidade mencionada adotando-se uma visão sistêmica e interdisciplinar, com o que se poderá fazer avançar a evolução legislativa, tornando as normas adequadas e pertinentes, com a ressignificação de conceitos jurídicos como sujeito e

a indissociabilidade de seu corpo, desde a absorção da aplicação terapêutica do uso de dados genéticos humanos, de modo a resolver a questão de se manter a garantia essencial da pessoa e da sua autonomia corporal, como adverte GEDIEL (1998, 60).

No Brasil, vive-se, ainda, a fase de discussão sobre o momento inicial da vida humana, embora a legislação sobre transplantes tenha assentado a morte cerebral como seu momento final, dentro de um critério apenas utilitarista e crivado de inconsistências biológicas e filosóficas, e que não dá resposta, por exemplo, aos anencéfalos e às exitosas (ainda que raras) conclusões de gestação após a declaração da morte cerebral da genitora declarada (ou seja, com a gestante sendo ventilada mecanicamente a fim de se sustentar as funções cardiorrespiratórias até o parto), temas que desafiam as Ciências e que não encontram resposta pacífica no Direito.

Tem-se, pois, presentes, a inadequação social, cultural e jurídica dos transplantes, e a permanente ocorrência de lesões a interesses e direitos difusos.

Da mesma sorte, há uma flagrante defasagem dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade da prestação jurisdicional diante da realidade social e científica, a permitir uma hipocrisia do sistema sócio-legislativo-judiciário.

A medicina vem demonstrando uma atuação cada vez mais segura e eficaz, com o passar dos séculos, sendo que o acelerado desenvolvimento tecnológico, em especial na área da biologia celular e molecular, aliado às pesquisas do genoma humana, faz vislumbrar que, se ainda não o foi, o grande mistério do conhecimento médico será em breve desvendado, possibilitando prevenir, antever e reverter as doenças que afligem a humanidade, cenário que modifica os topoi do diagnóstico e do tratamento médico, para ampliá-los com a ótica das ciências humanas.

Enquanto isto não ocorre, a doação de órgãos de cadáver é, ainda, em muitos lugares e nas diferentes culturas, um assunto difícil e penoso. Embora a constatação da morte encefálica, primeira condição a ser atendida para a retirada de órgãos destinados a transplantes, seja um diagnóstico bastante simples do ponto de vista técnico, ainda existem muitas barreiras a serem enfrentadas para torná-lo aceitável.

Ainda que a morte seja aceita como um processo, portanto evolutivo desde o mais remoto dos tempos, a antecipação do conhecimento de sua ocorrência, em algumas horas antes do seu evento, e ainda na vigência de algumas funções vegetativas, rompe paradigmas constituídos sobre pilares que datam de séculos no arranjo social e na vida privada da humanidade.

Realçando que a adoção de critério objetivo para definir a morte se assenta em premissa nebulosa (porque prenhe de inconsistências), RODRIGUES FILHO e JUNGES (2015, p. 491) apontam dois paradoxos:

Não deixa de ser paradoxal que a biologização do diagnóstico de morte com o intuito de defini-la objetivamente esfacelou a morte em quatro alternativas possíveis: morte cardiorrespiratória, morte do cérebro em seu todo, morte do tronco cerebral e morte ontológica. Outro paradoxo dessa busca de objetividade está no fato de a morte ter se tornado subjetiva na primeira pessoa, pois a perda irreversível da consciência só é importante para quem morre – o que, segundo Hollan, já havia sido percebido por Schopenhauer em “O mundo como vontade e representação” -, sem se tornar objetiva na terceira pessoa, isto é, aquele que deve constatar a morte de outrem.

Em virtude do silêncio constitucional brasileiro acerca do preciso instante em que a vida humana tem início, restou ao direito infraconstitucional a proteção de cada etapa do desenvolvimento da pessoa humana.

Para isso, na gramática penal, a vida é entendida como a manutenção dos sinais orgânicos da pessoa humana e da capacidade de afetividade, consciência e comunicação, daí ser considerada um valor, um bem jurídico merecedor de tutela.

Por outro lado, o mesmo Código Civil estabelece que “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

Assim, o conceito de vida a ser utilizado pelo Direito deve ser encontrado no Biodireito, que cuida da relação do Direito com a Ética acerca do ser humano e de aspectos da vida biológica, uma vez que à Ciência Jurídica o que importa é a possibilidade de atividades psíquicas (consciência, emoção, inter-relação, cognição, dentre outras) que viabilizem à pessoa o convívio social.

Nesse contexto, a Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, cujo art. 5º permite a pesquisa com células-tronco obtidas de embriões humanos, auxilia a compreensão do que se deve entender por vida para efeito de tutela jurídica ancorada no Direito Constitucional, uma vez que a formação do material genético humano in vitro, se pode ser considerado biologicamente vivo, para o Direito não o é, como definiu o Supremo Tribunal Federal ao assentar que a vida tutelada pelo Direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, com possibilidade concreta de vir a ser pessoa, e não apenas possíveis condições biológicas.

Ressalte-se que a proteção dada pelo Direito não é voltada a funções orgânicas e a atos reflexos, o que não significa desproteger o corpo orgânico, que pode receber tutela com

objetivo utilitário (como no caso de transplantes de órgãos ou doação do corpo para laboratório de anatomia) ou como respeito à família e à sociedade (proibindo-se, por exemplo, o vilipêndio a cadáver).

Uma vez que, por opção legislativa, adotou-se no Brasil a morte encefálica como parâmetro do termo final da vida humana, delegando-se ao Conselho Federal de Medicina a definição dos critérios clínicos e tecnológicos mediante Resolução, tem-se, como premissa, que aquela autarquia somente pode orientar e normatizar os referidos critérios, para quaisquer hipóteses, sendo-lhe vedado ultrapassar os limites materiais da competência sob pena de ferir os parâmetros de legalidade, isto porque os elementos constitutivos do conceito de morte são ditados pela medicina, mas sua interpretação é jurídica:

A morte encefálica pode ser definida como a cessação irreversível das funções neurológicas dos hemisférios cerebrais e tronco encefálicos, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória. (CAMPOS SILVA e SERRA, 2017, 27-28).

#### **4. Do Sistema Nacional de Transplantes**

Para viabilizar o controle e regulação dos transplantes de órgãos e tecidos humanos, permitindo a captação e uma visualização das doações disponíveis e direcioná-las para onde houver demanda reprimida, registrando os receptores, o qual órgão ou tecido foi transplantado, quando e por quem, e estabelecer um certo nível de acompanhamento pós-transplante, dentro do Sistema Único de Saúde foi criado o Sistema Nacional de Transplantes brasileiro que hoje financia a quase totalidade (95%) dos transplantes realizados no Brasil.

O financiamento dos transplantes no Brasil pode ser assim exemplificado: se a notificação à Organização de Procura de Órgãos - OPO pela Comissão Intra-hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos Para Transplante - CIDOTH da existência de um provável doador em um determinado estabelecimento hospitalar gera doação, ou de tecidos ou de órgãos vitais, essa notificação implica no pagamento ao estabelecimento hospitalar do valor de R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais), sendo que em caso da doação ser, por exemplo, múltiplos órgãos este valor pode chegar a mais de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Esse financiamento remunera as ações relativas a transplantes, desde a entrevista com a família do doador; consultas de acompanhamento pré-transplante; avaliação dos possíveis doadores; cirurgias para obtenção de tecidos humanos e processamento de pele, e a manutenção hemodinâmica de prováveis doadores.

O SNT, vinculado ao Ministério da Saúde, possui uma Coordenação Geral que está subordinada à Secretaria da Atenção à Saúde (SAS), e têm atuação nacional. Ligados tecnicamente à Coordenação Geral do SNT estão os órgãos estaduais de regulação da atividade transplantadora, também públicos, que por sua vez estão ligados administrativamente às Secretarias Estaduais de Saúde. Estes órgãos são chamados de Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDOs e dentro das Unidades Federadas possuem bases regionais estrategicamente localizadas denominadas Centrais de Notificação e Captação de Órgãos e Tecidos - CNCOs, ficando claro que a prerrogativa acerca da distribuição dos órgãos e tecidos captados sob sua jurisdição é das CNCDOs, além das Organizações de Procura de Órgãos (OPOS) e das Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos Para Transplante (CIHDOTTs).

A crítica que se faz à estrutura do SNT é que, devido à legislação não ser específica acerca da organização da captação de órgãos, várias unidades federadas adotam maneiras diversas, sendo que a maioria dos Estados continuou adotando procedimentos que já foram abandonados por outros, o que é facilitado pelas dimensões continentais do Brasil e pelas assimetrias regionais.

Essa diversidade de prática entre as Unidades Federadas causa enorme conflito, em especial quando da doação de órgão sólido, que é captado em um Estado da Federação e o receptor se encontra em outro Estado, sendo rotina que os quesitos para o aceite do doador e consequentemente para o implante sejam diferentes em cada região do País.

Diante da disparidade de quesitos dentre as Unidades Federadas, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 2.600 de 21 de outubro de 2009 que possui dentre os seus objetivos a atualização, o aperfeiçoamento e principalmente a padronização do funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes com o intuito de dirimir discrepâncias entre os Estados e assim garantir o melhor aproveitamento de órgãos e tecidos disponíveis, atendendo ao princípio da equidade na sua destinação.

Para tanto, a referida portaria criou Câmaras Técnicas Nacionais (CTNs) que, para fins de alocação de órgãos/tecidos para transplantes, procedeu à seguinte organização macrorregional, sendo a Região I composta por Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, estabelecendo-se que para os órgãos/tecidos captados e não utilizados em receptores nessa região a sua distribuição será feita para atendimento prioritário das urgências nacionais e, a seguir, pela Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDO, conforme a existência de potenciais receptores segundo o critério de antiguidade nas listas de espera, o que objetiva incrementar a disponibilidade de órgãos e tecidos para transplantes e envolver, de

forma mais efetiva e organizada no esforço coletivo, os hospitais integrantes do Sistema Único de Saúde.

A criação das CIHDOTs visa, em parte, a reprodução do modelo de doação/captação espanhol, considerado o melhor modelo de transplantes do mundo na atualidade, e que tem na figura do coordenador hospitalar um dos seus esteios.

A crítica que se faz à Portaria é inexistência de exigência da dedicação exclusiva dos profissionais envolvidos, o que redundaria em sobrecarga de trabalho aos integrantes das CIHDOTs, ao invés de aperfeiçoar-se o processo de doação de órgãos e de tecidos. Isto porque, ao não se exigir das direções dos Hospitais a dedicação exclusiva dos profissionais componentes das CIHDOTs, fixando apenas a carga horária semanal de 20 horas somente para o Coordenador, tem-se, a rigor, um acréscimo nos encargos do funcionário que não é liberado da sua rotina de trabalho hospitalar e que envolve inúmeras responsabilidades, o que muitas vezes implica não lhe sobrar um mínimo de tempo para se dedicar com afinco ao processo que envolve a doação de órgãos e tecidos.

A rigor, o Brasil inaugurou a era de transplantes de órgãos sólidos em 16 de abril de 1964, antes de existir legislação própria, no Hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, sendo que o doador foi uma criança de nove meses de idade, portadora de hidrocefalia submetida à nefrectomia para a realização de derivação ventrículo vesical.

O receptor desse primeiro transplante brasileiro foi um jovem de dezoito anos, urêmico por pielonefrite crônica, mantido em diálise peritoneal. Esse transplante, todavia, não foi exitoso, pois houve perda do enxerto por rejeição aguda, sendo que no oitavo dia após o implante ocorreu o óbito por pneumonia.

O transplante de tecidos humanos diferencia-se do de órgãos pela possibilidade de estocagem em bancos. Atualmente os mais utilizados são córnea, esclera, osso, cartilagem, tendão, menisco, fáscia, valva, pele, vasos e membrana amniótica – além do sangue, sendo de se ressaltar que os procedimentos para retirada de tecidos são novos no SNT.

O transplante de pele é indicado para tratar grandes queimaduras. Além de amenizar o sofrimento dos pacientes, é uma terapia salvadora de vidas que ganha maior importância pelo fato de as queimaduras extensas serem muito prevalentes em crianças.

Assim, a autorização ministerial para a criação de bancos de multitecidos, poderá conferir melhor aproveitamento à capacidade já instalada no País para processamento de tecidos humanos e otimizar novos investimentos nesta área.

Da mesma forma, é necessária a planificação de campanhas publicitárias objetivas, voltadas à conscientização da necessidade da doação de órgãos e tecidos, uma vez que neste

ano de 2018 já se registra acentuada diminuição da taxa de potenciais doadores, bem como significativa diminuição do número de transplantes, segundo dados do Registro Brasileiro de Transplante (RBT), sendo que há elevada taxa de recusa familiar à doação (cerca de 44%) que ainda persiste como o principal obstáculo para a efetivação da doação na maioria dos estados brasileiros, seguida da dificuldade na realização dos testes para o diagnóstico de morte encefálica.

Ausência de campanhas preventivas de saúde e das chamadas terapias substitutivas (como diálise e hemodiálise nos casos de pessoas com problemas renais), aliada à rotineira violação ao princípio da confidencialidade que, não obstante esteja amparado na própria proteção aos direitos de personalidade, do direito ao nome, imagem, honra, é lesado pelo próprio Estado quando veicula equivocadas campanhas de tópicos piegas para promover encontros entre o receptor e familiares do falecido doador sob mantras como “o coração do seu filho pulsa no corpo do receptor”, “sua filha enxerga pelos olhos do doador”, dentre outras.

A inexistência de regras impeditivas acerca da confidencialidade no que tange a relação doação de órgãos e transplantes leva, muitas vezes, à ideia de inaceitável mistura das personalidades do morto e do receptor, no imaginário familiar que vê a primeira como transferida ao segundo, mesmo que para o ordenamento jurídico brasileiro a personalidade seja intransferível e inconfundível.

Adite-se que o desrespeito a esse princípio impede a família do morto atender à necessária vivência de todas as fases do luto, de enterrar e prantear seus mortos, de ter a ciência de que o ciclo de vida do seu ente querido se findou inexoravelmente, e que, apesar da doação, ele não estará em outra vida.

Faz-se necessário ainda respeitar a identidade e individualidade daquele que recebe os órgãos e tecidos, que, inclusive, terá que conviver com a ideia de que alguém morreu para que ele melhorasse de condição de vida, o que por si só causa grande e sufocante conflito emocional. O mesmo respeito também é imperioso aos que têm que conviver com a ideia da família do doador, desejosa de que o mesmo não tivesse morrido e sim apenas se transferido para o corpo do outro.

A ocorrência desse conflito só é permitida pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro não impedir, ou melhor, de continuar permitindo, a não confidencialidade e a exposição da personalidade daquele que se foi.

As políticas públicas adotadas proporcionam essa obscuridade entre os limites éticos e jurídicos, o que deveria ser vencido com a edição de norma determinando o sigilo dos dados do doador de órgãos e tecidos, mesmo e especialmente para o receptor e sua família.

A escassez de doações é ainda agravada pela quase absoluta inexistência de disciplinas acadêmicas com abordagem holística e específicas sobre transplantes de órgãos e tecidos humanos e dos seus procedimentos nos cursos voltados à formação de profissionais de saúde, suscita a falta de capacitação que não consegue ser suprimida por treinamentos pontuais (e eventuais) para obter-se eficiência em todo o procedimento de transplantes, e pode ser uma das explicações das negativas familiares à doação.

Esse déficit educacional explica, também, porque é grande o número de integrantes de equipes envolvidas em procedimentos de transplantes que se declaram não-doadores.

## **5. Conclusões**

Os avanços tecnológicos e científicos, as mutações dos valores culturais e religiosos, e a globalização que tornam interconectadas as sociedades contemporâneas, fazem eclodir de forma incessante novos interesses, novos direitos, a exigirem tutela jurídica.

Dentre estes, a pressão econômica se adotar tratamento diferenciado de pesquisas com seres humanos, com o seu barateamento (via de regra com uso não-informado de placebos) em países pobres, nos quais as populações não têm acesso a cuidados médicos básicos, e outro para países ricos – cujos referenciais éticos contaminados pela voracidade da economia sinalizam pela negativa da Ética e em imperial lesão aos direitos humanos.

O self cultural mostra-se refratário, por sua própria dinâmica, a soluções vetustas de legislações que não correspondam à crescente demanda de tutela de modo oportuno, adequado e com efetividade. Isto leva a um perigoso tensionamento nas relações indivíduo-Estado, potencializado pela precariedade estrutural dos órgãos estatais, e refletido em reiteradas ofensas a direitos e garantias fundamentais.

A possibilidade de superação de deficiências patológicas do organismo humano, com a utilização de órgãos ou de tecidos de outro ser humano, tornada realidade pelo desenvolvimento das Ciências, e a utilização cada vez mais rotineira de transplantes, suscitou mudanças profundas nas relações sociais e, de consequência, no Direito.

A tutela jurídica dos transplantes no Brasil, todavia, parece não ser, ainda neste século XXI, suficiente para atender à celeridade dessa prática, que redundaria em maior efetividade à proteção de direitos fundamentais do Homem, em especial, dos direitos de personalidade.

O conservadorismo doutrinário e estatal, junto à desinformação cultural e aos preconceitos religiosos, propiciam uma legislação insuficiente e inadequada à tutela do direito ao transplante no Brasil.

Por ser caracterizado como direito ínsito à personalidade, individual e metaindividual, já é, por definição genética, dotado de litigiosidade interna e intensa mutação no tempo e no espaço, o que os torna fluídos e carecedores de um titular determinável, capaz de buscar a tutela material e, empós a jurisdicional.

A constatação da aceleração do número de transplantes e das espécies de transplantes nas últimas décadas, especialmente neste Século XXI, alargou o fosso existente entre as ciências médica e jurídica, uma vez que esta última se manteve aprisionada a paradigmas positivistas oitocentistas, com ênfase ao patrimonialismo e ao individualismo, e esse distanciamento fragilizou a proteção jurídica aos transplantes, em especial pela dificuldade dos profissionais do Direito compreenderem o conceito contemporâneo de morte encefálica.

Pode-se mesmo afirmar que o mundo jurídico contemporâneo ainda não se libertou totalmente de antigos dogmas que determinavam ser o corpo humano absolutamente intangível e ser devida a preservação de sua totalidade orgânica, por visualizarem o indivíduo como epicentro do universo jurídico.

A releitura desses dois princípios, da intangibilidade corporal e da totalidade orgânica, forçada pelas novas necessidades e descobertas científicas transformadoras do desenho das sociedades, implica em devida obediência a outro princípio, o da solidariedade humana, revisitado em processo depurativo das conotações religiosas e sentimentais que faziam com que fosse considerado altruísmo e caridade.

Questões simples, como a do direito do transplantado a imunossuppressores, e a da falta de uniformidade no país de critérios procedimentais para transplantes, dentre outras, ficam sob o exame limitado das escassas Câmaras Técnicas das Secretarias Estaduais de Saúde, além de tímidas e pontuais iniciativas do Ministério Público, e de raras intervenções do Poder Judiciário.

Assim, aquelas questões acabam sendo tratadas como irrelevantes, seja por falta de foro capacitado para discussão, seja por ausência de debatedores que sejam aceitos como legítimos para tanto, seja porque, com o conservadorismo doutrinário e estatal, junto à desinformação cultural, ao déficit educacional e aos preconceitos religiosos, propiciam uma legislação insuficiente e inadequada à tutela do direito ao transplante no Brasil.

Quando muito, esse quadro propicia temerária invasão do Poder Judiciário na seara médica, quando o magistrado parece substituir o médico, seja prescrevendo medicação, seja determinando procedimento cirúrgico.

A *summaria cognitio* que tem autorizado decisões judiciais liminares nesse sentido, por definição revogáveis, são inapropriadas, pois transplantadas a fórceps do Código de Processo Civil, e assim levam em conta mais o aspecto moral da vida, à míngua de instrumentos

processuais pertinentes à espécie que considerem a natureza biológica da vida envolvida e a natureza científica do tema.

Os princípios dos direitos da personalidade, que deveriam servir de norte nessas questões, são relegados ao oblívio, o que tem levado a se desconhecer, por exemplo, a identidade psíquica de quem se submete a uma cirurgia modificativa do sexo.

É que o Estado parece relutar a ação da sociedade na defesa de seus direitos e na implementação das políticas públicas: sob o prisma político a co-gestão tem se resumido, em alguns municípios brasileiros à tímida participação popular nos chamados Orçamentos Participativos – que, a rigor, se subsumem em comunicação ao público de atos já definidos pelo Poder Público.

Todavia, normas disciplinadoras de transplantes de órgãos e tecidos devem ser, sobretudo, legitimadas efetivamente pela sociedade, e não apenas representarem visão unilateral desta ou daquela categoria profissional.

Nesta análise da legislação brasileira voltada aos transplantes, enfatiza-se a questão da livre disposição do próprio corpo e o fato de a legislação brasileira não ter superado o óbice da venda de órgãos e tecidos, proibida pela Constituição Federal, mas, na prática, facilitado pela ausência de normatização apropriada aos transplantes com doador e receptor não aparentados.

Deve o ordenamento jurídico brasileiro, ainda, enfrentar em especial a questão da autonomia da vontade, como conditio do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, traduzida no consentimento para doação de órgãos e tecidos, e a de seu enfrentamento pela prevalência da vontade dos familiares do doador, dada a insuficiente abordagem legislativa sobre o tema, em detrimento do direito da livre disposição do próprio corpo.

É crucial que se construa um desenho correto do sistema salva vidas ou de melhora daqueles que precisam de um transplante, mas não correm risco de vida: o sistema brasileiro de transplantes é *opt in*: nele só ingressa como doador aquele cuja família explicita o desejo de doação. Se fosse mudado para *opt out*, todos teriam o mesmo direito e seria multiplicado o número de possíveis doações de órgãos e extintas as filas de espera e, de outro lado, evitar-se-ia que a vontade do falecido de não ser doador não fosse vilipendiada por seus familiares após sua morte.

Como pano de fundo dessa tessitura social, adite-se, também, o descrédito popular no grau de efetividade da prestação jurisdicional, derivado principalmente em sede de tutelas antecipatórias e de liminares, em razão da insegurança jurídica provocada pela possibilidade de reforma da decisão inicial.

Tais análises autorizam a concluir pela necessidade de adoção de legislação mais adequada, que, desde sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e considerando a premissa constitucional de ser a proteção à saúde um direito social fundamental, permita o aumento de doação de órgãos e tecidos entre a população brasileira e, assim, contribua para a melhoria da saúde de todos, sem prejuízo do respeito à autonomia da vontade do doador, a enlaçar as ciências médicas e jurídicas e, assim, sedimentar as bases do biodireito.

A elaboração e implantação de políticas públicas adequadas à saúde, na perspectiva dos transplantes de órgãos e tecidos humanos, não só se faz tardia como se arrisca a ser inócua, caso alertas como o da Academia Brasileira de Ciências quanto aos novos caminhos desvelados pela tecnologia para as próximas décadas continuem a ser desprezados pelo Estado e pela sociedade, em especial a biologia dos sistemas (modelagem computacional e matemática dos sistemas biológicos complexos) em abordagem multidisciplinar que visa estudar as interações complexas dos sistemas biológicos de uma forma integrada, cuja ideia principal é a utilização integrada de técnicas de análise de expressão global de genes, proteínas, assim como vias metabólicas e de sinalização.

Estas abordagens associadas a triagens em alta escala de funções gênicas, permitem grandes avanços no entendimento de como uma célula ou sistema funciona, como é o caso da resposta imunológica contra um patógeno ou de circuitos neuronais envolvidos no processo de cognição.

Além do estudo holístico, e não reducionista, da biologia, o desenvolvimento da tecnologia revolucionária de edição gênica denominada CRISPR permite a introdução, substituição ou remoção de genes específicos em basicamente qualquer organismo. Este que era sistema de resistência de bactérias a infecções virais, foi transformado em um mecanismo simples, altamente eficiente e de uso quase universal, que utiliza o próprio mecanismo de reparo de quebra da dupla fita de DNA presente em todas as células para proporcionar a introdução de modificações específicas conhecidas como edição de genes.

A tecnologia de edição gênica utilizando o sistema CRISPR/Cas9 deve permitir grandes avanços nos projetos de humanização de modelos experimentais, assim como no transplante de órgãos entre animais de espécies distintas (xeno- transplante).

Descortina-se a era em que os transplantes de órgãos e tecidos serão tão utilizados e tão simplificados, que serão recebidos com a mesma naturalidade com que hodiernamente se aceitam as doações de sangue, inclusive com o mesmo timbre da generosidade humana e do espírito de fraternidade entre os seres humanos e, em especial, com a mesma inarredável

premissa exigida para aquelas doações: a livre e autônoma vontade da pessoa humana de dispor sobre seu próprio corpo.

## 6. Referências bibliográficas

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. SERRA, Márcia de Fátima. **A tutela dos transplantes sob a ótica dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Genival Veloso de. **Deontologia Médica e Bioética**. Disp. em [http://www.malthus.com.br/artigos\\_print.asp?thus=s&id=94](http://www.malthus.com.br/artigos_print.asp?thus=s&id=94) Acesso em 05 mai 2018.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano**. In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

LITTRÉ, E. **Oeuvres completes d'Hippocrate**. v. 1. Paris: J B Bailliere, 1839.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4ª ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. **Morte encefálica: uma discussão encerrada?** In Revista Bioética. v. 23, n. 23. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2015.

## **O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) COMO NOVO MODELO DE RECUPERAÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL: FALÊNCIA DO “PUNIR PARA CONSCIENTIZAR”**

**Lucas de Souza Lehfeld**

*Unaerp – Universidade de Ribeirão Preto/SP*

**Danilo Henrique Nunes**

*Unaerp – Universidade de Ribeirão Preto/SP*

### **Resumo**

O novo Código Florestal de 2012 traz como um dos institutos inovadores o Programa de Regularização Ambiental (PRA) quanto à recuperação da degradação do meio ambiente no campo. Busca-se, pelo referido instrumento político-administrativo viabilizar uma tutela ambiental mais efetiva, uma vez que faz um diagnóstico do passivo ambiental por meio do Cadastro Ambiental Rural (CAR), e propõe uma recuperação monitorada, com prazos e métodos condizentes com a realidade dos proprietários e possuidores rurais. Vem substituir o modelo tradicional do “punir para conscientizar”, baseado no princípio do poluidor-pagador, que notoriamente demonstra ineficácia quanto à tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Parte-se de outro pressuposto, qual seja, a conversão da recuperação do passivo ambiental em prestação de serviços ambientais. Nesse sentido, o presente artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com a utilização dos métodos hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Programa de Regularização Ambiental, Passivo Ambiental, Código Florestal, Anistia.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The new Forest Code of 2012 includes as one of the innovative institutes the Environmental Regulation Program (PRA) regarding the recovery of environmental degradation in the field. The aforementioned political-administrative instrument seeks to provide a more effective environmental protection, since it makes a diagnosis of environmental liabilities through the Rural Environmental Registry (CAR), and proposes a monitored recovery, with deadlines and

methods consistent with reality owners and owners. It replaces the traditional model of "punishing to conscientize", based on the polluter-pays principle, which notoriously demonstrates ineffectiveness as regards the constitutional protection of the ecologically balanced environment. It is based on another assumption, that is, the conversion of the recovery of the environmental liabilities into the provision of environmental services. In this sense, the present article is based on bibliographical and jurisprudential research, using the hypothetico-deductive methods.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Environmental Regularization Program, Environmental liability, Forest Code, Amnesty.

## 1. Introdução

Cada vez mais o Direito se ocupa em analisar questões ambientais, sobretudo considerando o desenvolvimento sustentável como princípio informador da construção político-normativa, na busca do equilíbrio ecológico e da amenização dos impactos ambientais na contemporaneidade. Na seara florestal, é notória a importância do novo Código Florestal de 2012, que tem o desafio de conciliar o agronegócio e o setor econômico no cenário internacional, e a tutela dos bens ambientais florestais, que também possuem grande destaque no país.

Dentro desse contexto, a referida legislação florestal, não obstante a reconhecida política de punição do poluidor, parte de um novel pressuposto quanto à imprescindibilidade de se conhecer o real passivo ambiental brasileiro, por meio de instrumentos como o Cadastro Ambiental Rural (CAR), e viabilizar uma proposta mais condizente com as condições de recuperação e preservação dos bens florestais, como se mostra o Programa de Regularização Ambiental (PRA).

O legislador enfatizou a importância de solvência dos passivos ambientais em âmbito nacional, sobretudo para os agentes que provocaram impactos negativos ao meio ambiente anteriormente a meados do segundo semestre de 2008, a partir da concepção de um processo de recuperação ambiental diferido no tempo e com condições que dão a impressão de que se trata de verdadeira anistia aos poluidores, o que se busca, neste artigo, desmistificar. Uma quebra de paradigma, uma vez que é notória a falência do modelo atual quanto à proteção ambiental, balizado, em essência, no caráter punitivo (princípio do poluidor-pagador).

O estudo em questão parte de uma análise geral do desenvolvimento sustentável, passando por questões como a educação e gestão ambiental, meio ambiente como um bem fundamental juridicamente tutelado. Diante desse contexto, torna-se possível aprofundar na estrutura e proposta do Programa de Regularização Ambiental apresentado pelo Novo Código Florestal, como modelo baseado na recuperação como prestação de serviço ambiental, substituto do “punir para conscientizar”, principal política adotada pelos órgãos públicos de proteção ambiental.

A pesquisa, para tanto, transcende a bibliográfica e documental, dando ênfase também à jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, que teve o desafio de viabilizar a novel legislação florestal, em especial o Programa de Regularização Ambiental, em controle concentrado de constitucionalidade.

## **2. Os institutos jurídicos inerentes à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**

Sustentabilidade, gestão e educação ambiental, bem como o meio ambiente como bem fundamental são institutos que se relacionam e contextualizam os instrumentos administrativos e judiciais de tutela.

O conceito de sustentabilidade vem sendo cada vez mais aprofundado nas mais diversas áreas do conhecimento. Nos estudos de Administração, por exemplo, as organizações buscam aprofundar possibilidades de conceber uma gestão ambiental. O mesmo vale para o Direito, que a partir da legislação busca a consolidação da sustentabilidade em caráter geral, estabelecendo os parâmetros a partir dos quais são as relações entre o homem e a natureza consideradas adequadas para a preservação do legado ambiental para as gerações atual e futura.

De acordo com Nascimento (2012), embora a gestão ambiental seja um tópico recorrente na sociedade contemporânea, não se trata de um novo conceito, mas sim de uma concepção que assume maior importância na modernidade, diante dos prejuízos provocados pela interação do homem com o meio ambiente de modo irresponsável buscando o acúmulo de riquezas sem preocupar-se com a degradação ambiental, o que provoca consequências graves a serem percebidas por todos os indivíduos humanos.

A gestão ambiental, assim, passou a assumir posição de destaque em virtude da correlação entre crescimento econômico e preservação ambiental. Altenfelder (2004) aponta que desde a Revolução Industrial há a necessidade de reflexão acerca de preceitos sustentáveis,

uma vez que o consumo de recursos naturais e a poluição se desenvolveram em um ritmo acelerado, prejudicando de maneira significativa o meio ambiente.

Segundo Aquino et al. (2015, p. 44) uma das principais prerrogativas da hodierna sociedade encontra-se no desenvolvimento sustentável. Sustentabilidade seria a capacidade de satisfazer as necessidades atuais (seja de uma pessoa, um grupo de pessoas ou mesmo de uma organização) sem comprometer o atendimento às necessidades de gerações futuras, de modo que historicamente, nesta relação intrínseca entre o homem e os recursos ambientais, há uma preocupação de que essa interação não acarrete uma descontinuidade geracional.

Nascimento (2012) aponta que a degradação dos recursos naturais (sejam eles renováveis e não renováveis), a poluição e a criação de situações de risco se intensificaram nas últimas décadas, visto que desde 1960 houve um aumento significativo na consciência ambiental, sendo esse um marco histórico da gestão ambiental. O autor, valendo-se da argumentação de Raquel Carson em sua obra “A Primavera Silenciosa”, destaca a importância da gestão ambiental:

Foi em 1962 que a autora Raquel Carson lançou este livro, o qual se refere à compreensão das interconexões entre o meio ambiente, a economia e as questões relativas ao bem-estar social. Nesta década ocorreu um incremento da preocupação ambiental com o impacto das atividades antrópicas sobre o meio ambiente (...). No final dos anos 60, um grupo de cientistas que assessorou o chamado Clube de Roma, utilizando-se de modelos matemáticos, alertou sobre os riscos de um crescimento econômico contínuo, baseado em recursos naturais não renováveis (NASCIMENTO, 2012, p. 17-18).

Ortega (2003) destaca que especificamente em âmbito nacional vários marcos buscaram fomentar a gestão ambiental, como a criação do Estatuto da Terra em 1964, o Código de Defesa Florestal em 1965 e a lei de proteção à fauna em 1967, sendo criado também o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal e instituídas reservas indígenas, parques nacionais e reservas biológicas, aspectos que buscaram otimizar a conscientização ambiental e a importância da própria gestão ambiental.

Meyer (2000) aponta que a gestão ambiental tem como objeto a manutenção do meio ambiente saudável, proporcionando a sustentabilidade e atuando sobre as modificações provocadas pelo uso e pelo descarte de bens e para os detritos gerados por atividades humanas, a partir do estabelecimento de um plano de ação que seja viável no espectro técnico e econômico, com a definição precisa de prioridades. São utilizados, ainda de acordo com o autor, diversos instrumentos de monitoramento, controle, taxaçaõ, imposição, subsídio, divulgação, obras e ações mitigatórias, além do treinamento e conscientização, partindo de uma base de

atuação de cenários ambientais em uma determinada área de atuação, buscando soluções para os problemas que forem diagnosticados.

Segundo Zanardi (2010) a preocupação e a curiosidade ambiental sempre estiveram presentes nos seres humanos, entretanto o ponto de partida para a concepção moderna da educação ambiental deu-se em 1962, com o lançamento da obra literária “Primavera Silenciosa”, de autoria da jornalista Rachel Carson, que alertara acerca dos efeitos danosos das ações humanas diante do meio ambiente, implicando na perda da qualidade de vida advinda do uso indiscriminado e em excesso de produtos químicos (como os pesticidas, por exemplo) e os efeitos posteriores que incidem no ambiente.

Ainda na década de 1960 (mais especificamente em 1968) nascia o Conselho para Educação Ambiental no Reino Unido, composto por trinta especialistas de diversas áreas de conhecimento que se reuniram em Roma para discutir o momento de crise experimentado e o futuro da humanidade. Em 1972, o dito “Clube de Roma” produziu o relatório intitulado *The Limits of Growth* ("Os Limites do Crescimento") que denunciava o impacto negativo do aumento do consumo mundial, que levava a humanidade a um limite de crescimento e possível colapso, contemplando a redução do consumo como uma prioridade social, denunciando a degradação do meio ambiente, que sugeria uma abordagem global para solucionar os problemas ambientais. Também fora estabelecido nesse documento a recomendação do desenvolvimento da educação ambiental como um elemento crítico para que se combatesse a degradação ambiental. (ZANARDI, 2010).

Tannous e Garcia (2008) apontam que em 1975 a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) realizou na Iugoslávia o Encontro Internacional de Educação Ambiental, produzindo a Carta de Belgrado, que definiu que a educação ambiental deveria ser concebida em caráter multidisciplinar, continuado e integrado às diferenças regionais, voltados para os interesses nacionais. Nesse sentido:

A Carta de Belgrado, escrita em 1975 por vinte especialistas em educação ambiental de todo o mundo, declara que a meta da educação ambiental é desenvolver um cidadão consciente do ambiente total (preocupado com os problemas associados a esse ambiente e que tenha o conhecimento, as atitudes motivações, envolvimento e habilidades para trabalhar individual e coletivamente em busca de soluções para resolver os problemas atuais e prevenir os futuros). Portanto, a Carta de Belgrado, expressava a necessidade do exercício de uma nova ética global, que proporcionasse a erradicação da pobreza, da fome, do analfabetismo, da poluição e da dominação e exploração humana (...) A Carta de Belgrado é considerada um documento histórico na evolução sobre a consciência ambiental (TANNOUS; GARCIA, 2008, p. 186-187).

Ora, a concepção fundamental histórica da educação ambiental advém de uma maior preocupação crescente da humanidade em relação aos impactos e à degradação dos recursos naturais. Os fatos supramencionados elucidam o crescimento de tal preocupação e o esforço global em tornar a educação ambiental como uma tendência a ser praticada em âmbito internacional, influenciando sobretudo nas concepções modernas do Direito Ambiental e consequentemente na produção legislativa sobre o tema.

Segundo Koller (2004), uma sociedade igualitária e que busca o pleno desenvolvimento deve se embasar, dentre outros aspectos e fundamentos, por questões ambientais e educacionais.

A sustentabilidade é uma tentativa de integrar a vida econômica e social aos fluxos dos ciclos biológicos, ou seja, a promoção do suprimento das necessidades humanas da geração atual sem o comprometimento do meio em que vivemos e a satisfação das próximas gerações (CALIA, 2007). Moreira e Stamato (2009) relacionam o desenvolvimento sustentável com a capacidade de um sistema produtivo em se sustentar em nível adequado no decorrer de um período de tempo indeterminado, adequando suas práticas de produtividade de maneira contínua, fomentando suas condições econômicas, sociais e ambientais conjuntamente.

Steinbrenner, Velloso e Cunha (2015) correlacionam que a ideia de sustentabilidade está vinculada a uma ideia ampla e complexa do equilíbrio duradouro entre a humanidade e o ambiente, buscando a integração de várias dimensões (social, cultural, econômica e ambiental), levando em consideração o local como palco central da territorialidade, pressupondo o protagonismo de atores locais como um fator central na construção do desenvolvimento humano local sustentável.

O termo socioambiental por sua vez, entendemos [...] não se tratar de um simples neologismo que remete a um conceito abstrato, cada vez mais utilizado em diversos setores, mas uma “unidade de contrários”, cuja unificação do termo (sócio + ambiental) indica um movimento político e o surgimento, ainda que a passos lentos, de uma nova relação entre natureza e cultura. [...] falta justamente um olhar socioambiental sobre a realidade em que vivemos, um olhar no qual homem e natureza sejam indissociáveis e que as soluções para as questões sociais e ambientais sejam integradas (STEINBRENNER; VELLOSO; CUNHA, 2015, p. 2).

De tal modo, a sustentabilidade é contemplada como uma das principais prerrogativas da humanidade na atualidade, sendo uma preocupação constante que integra as mais diversas áreas do conhecimento e de ação humana. É dentro desse contexto que se aprofundam os aspectos relacionados à legislação ambiental, sendo realizada uma análise acerca da legislação ambiental brasileira a seguir.

De acordo com Wainer (1999) os antecedentes históricos da legislação ambiental brasileira remetem às Ordenações Filipinas, as quais estabeleciam normas de controle e exploração vegetal em âmbito nacional, além de disciplinar o uso do solo, conspurcação das águas dos rios e regulamentar a prática da caça. A autora leciona que foi a partir dos encontros internacionais que versaram acerca do meio ambiente e desenvolvimento que passaram a ser fomentadas as primeiras legislações ambientais que visam a construção de uma sociedade sustentável, ou seja, capaz de satisfazer as suas necessidades sem comprometer as necessidades das gerações futuras.

A fundamentação da legislação ambiental brasileira, na atualidade, encontra-se no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que de forma pioneira trouxe verdadeira sistematização da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado direito fundamental.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988, p. 127).

O Constituinte brasileiro de 1988, de tal forma, estabeleceu a importância de se buscar o equilíbrio ecológico e ambiental e impor o desenvolvimento sustentável como uma prerrogativa da sociedade. Gomes (2008) leciona que até o início da década de 1980 não havia uma legislação própria de proteção ao Meio Ambiente no Brasil, de modo que as 'legislações' que versavam sobre o tema consistiam tão somente em escassas regulamentações com ordenamentos relativos à água e florestas, com um objetivo mais voltado para a proteção econômica do que ambiental, de modo que nenhuma das Constituições anteriores a de 1988 aplicavam regras específicas de um verdadeiro sistema protetivo do meio ambiente, salvo a

Constituição Federal de 1946, que fez menção ao direito ambiental ao estabelecer a competência da União para legislar sobre a proteção da água, das florestas, da caça e da pesca.

O Brasil e sua legislação só passaram a voltar seus olhos para o meio ambiente a partir de uma tendência mundial envolvendo a sustentabilidade e a preocupação ambiental, sobretudo com referência à Declaração do Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, no ano de 1972, onde surge o direito fundamental à preservação do meio ambiente e o direito à vida (GOMES, 2008). Tal Declaração consagrou que o ser humano tinha direito fundamental à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência (ou seja, com qualidade de vida), devendo preservar e melhorar o meio ambiente para as gerações atuais e futuras:

Foi nessa circunstância que o meio ambiente passou a ser considerado essencial para que o ser humano pudesse gozar dos direitos humanos fundamentais, dentre eles, o próprio direito à vida. O olhar para a proteção ao Meio Ambiente, consolidado em Estocolmo, fez, portanto, com que a maioria dos povos passasse a pensar a Natureza de maneira diferente. No Brasil, até então, sem um ordenamento jurídico específico o Meio Ambiente era garantido por disposições comuns e que se caracterizavam pela tutela da segurança ou higiene do trabalho, por proteção de alguns aspectos sanitários ou por cuidarem de algumas atividades industriais insalubres e perigosas. Mas, as pressões, internas e externas, motivadas por fatores sociais, culturais, políticos e econômicos, contribuíram para a retomada das discussões iniciadas em Estocolmo com aplicações voltadas para o território brasileiro (GOMES, 2008, p. 4).

Dentro desse contexto, o advento da Lei Federal nº. 6.938, de 1981, institui a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual, entretanto, estabelecia instrumentos políticoadministrativos voltados à tutela do meio ambiente, este considerado como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, abrigando e regendo a vida em todas as suas formas (WAINER, 1999). Ora, a década de 1980 consistiu em um marco importantíssimo para a consolidação legislativa brasileira quanto à preocupação acerca do meio ambiente e da sustentabilidade, não obstante à pressão popular e tendências internacionais desde a década de 1970 (Declaração de Estocolmo).

O meio ambiente, assim, com base nessas prerrogativas, passou a ser considerado um “bem fundamental”. Este, terceiro gênero de bem, criado pelo Direito Constitucional segundo Fiorillo (1999), diante do Direito Público e do Direito Privado. Um bem no qual as pessoas não se atrelam por meio do instituto da propriedade, a qual é baseada no uso, gozo, fruição e disposição. Para o autor, o constituinte de 1988 define o bem ambiental como aquele de uso comum do povo, que por sua vez pode utilizá-lo, mas sem dele fazer objeto de propriedade,

visto que ele não é de ninguém, ao mesmo tempo que tem, para cada cidadão, um valor essencial e fundamental.

Não há como negar que, no Brasil, desde os remotos tempos, existiram normas voltadas para a tutela da natureza, no entanto, não de forma expressa e abrangente como no presente. A conscientização global possibilitou que a Constituição Federal de 1988 estabelecesse a proximidade entre o Meio Ambiente e o conteúdo humano e social, permitindo a todos, dessa forma, o direito de que as condições que regem a vida não sejam mudadas de forma desfavorável, por serem essenciais. O Meio Ambiente passou a ser tratado de maneira inédita, como um direito de todos, bem de uso comum do povo, e essencial à qualidade de vida, condição que, aliás, pode ser percebida no preâmbulo da Constituição Federal. No momento em que institui um Estado democrático destinado a assegurar à sociedade brasileira, entre outros direitos, o de bem-estar, consequentemente prega-se a ideia de um Estado que desenvolva atividades no sentido do homem se sentir em perfeita condição física ou moral, primando pelo bem-estar humano, pela existência de um meio ambiente livre de poluição e de outras situações que lhe causem danos (GOMES, 2008, p. 7).

Além da Constituição Federal de 1988, e a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81), outras legislações são de fundamental importância quanto ao sistema protetivo ambiental. Milaré (2013) apresenta que o Código Florestal Brasileiro (Lei nº. 4.771, de 1965) abordou de forma pioneira os assuntos relacionados ao direito material fundamental, mesmo que de forma ainda não abrangente. Assim, é apontado como um dos principais instrumentos que versam sob matéria de Direito Ambiental, desde suas primeiras versões.

### **3. Do novo Código Florestal brasileiro e o Programa de Regularização Ambiental (PRA)**

O Código Florestal de 1965 foi a legislação pioneira que versou acerca de aspectos voltados para o meio ambiente em âmbito nacional, conforme Milaré (2013).

De acordo com Fonseca (2012), o novo Código Florestal (Lei nº. 12.651/2012) buscou ser mais realista, ajustando à legislação florestal no âmbito da realidade experimentada do país, considerando, de um lado, a imperatividade da preservação ambiental sem desconsiderar que o desenvolvimento também é necessário para a sadia qualidade de vida, respeitando os atos jurídicos constituídos sob a égide das legislações anteriores. Para a autora, de nada adiantaria que novel legislação fosse utópica, que visasse a preservação máxima do meio ambiente sem se ater ao fato de que as pessoas precisam produzir para a manutenção da sociedade.

Ora, o novo Código Florestal está diretamente relacionado ao conceito da sustentabilidade, à concepção na qual o equilíbrio do meio ambiente e sua preservação são

considerados indispensáveis, entretanto sem deixar de lado a necessária exploração dos recursos florestais, base da economia brasileira. Há de se considerar, em todo o âmbito que correlaciona o novo Código Florestal e a sustentabilidade, que o desenvolvimento socioeconômico é também uma prerrogativa da humanidade.

Preservar é caro. E se o benefício é para toda a coletividade, os custos também devem ser socializados. Dessa forma, o Código previu novas formas para a recuperação florestal, com incentivos para os pequenos produtores, viabilizando que a recuperação efetivamente se opere, sem que ninguém saia prejudicado. Parece que uma norma única que trate da preservação e da exploração denota a possibilidade da conjugação dos dois fatores, permitindo a sua compatibilização. Peculiaridades surgirão com o tempo, mas é isso que leva à evolução legislativa. Nesse primeiro momento, parece que o Novo Código Florestal emergiu como um avanço, tanto em matéria de preservação, quanto em matéria de exploração ambiental sustentável (FONSECA, 2012, p. 24).

Segundo Pereira (2013), o novo Código Florestal trouxe em seu bojo várias alterações em detrimento das legislações anteriores. Dentre as mais significativas destacam-se a alteração da palavra conservar por preservar ou proteger e a “anistia” aos desmatamentos realizados até 22 de julho de 2008. A autora aponta que a preocupação em minimizar os impactos gerados pelas inovações tecnológicas promove a criação de leis ambientais que busquem a não degradação e a recuperação da paisagem natural, de modo que a criação de leis ou de medidas de proteção ambiental são dotadas de interesses com base na conscientização ecológica. O sucesso da aplicação do Novo Código Florestal, assim, depende da relação da legislação com os aspectos sociais dos agentes envolvidos, ou seja, a criação e advento da lei por si só não garante a conservação ambiental, sobretudo nos espaços rurais brasileiros.

O novo Código Florestal (Lei nº. 12.651 de 25 de maio de 2012), alterando as leis números 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006 e revogando as leis números 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, em seu artigo 1º, estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de preservação permanente e de reserva legal, exploração florestal, suprimento de matéria-prima florestal, controle da origem dos produtos florestais e controle e prevenção dos incêndios florestais, prevendo instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

O Parágrafo Único do referido dispositivo aponta que a nova lei como objetivo o desenvolvimento sustentável, estabelecendo em seus incisos I a VI os seguintes princípios:

- I - Afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem-estar das gerações presentes e futuras (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
- II - Reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
- III - Ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
- IV - Responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
- V - Fomento à pesquisa científica e tecnológica na busca da inovação para o uso sustentável do solo e da água, a recuperação e a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
- VI - Criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

Segundo Lehfeld et al. (2015) não consiste em um código de defesa único da biodiversidade, mas sim de uma legislação que trata da vegetação sob a perspectiva do agronegócio, exigindo atenção para eventual incidência, nos casos concretos, de outras normas que versem sobre os aspectos florestais, desde a proteção da fauna e da estabilidade do solo, até a tutela da qualidade da água, o combate à desertificação, a mitigação dos efeitos causados pelas mudanças climáticas, a proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos das florestas e até a defesa do patrimônio ecológico do ponto de vista cultural.

Sob esse prisma, reconhecendo a necessidade de conciliar a proteção dos recursos florestais, como Reserva Legal, Áreas de Preservação Permanente ou mesmo de Uso Restrito, com o desenvolvimento do agronegócio, o novo Código Florestal trouxe em seu bojo normativo proposta de recuperação ambiental por meio do Programa de Regularização Ambiental (PRA). De acordo com Lima (2016), estabeleceu pela primeira vez a regularização ambiental das propriedades agrícolas, exigindo cooperação dos entes públicos, dos produtores, da cadeia produtiva e das organizações, permitindo expandir a produção agropecuária e ao mesmo tempo fomentar a preservação ambiental para que a legislação seja efetiva no alcance de seus objetivos. Basicamente, são três pilares que fundamentam o

Código Florestal: o Cadastro Ambiental Rural (CAR), os Programas de Regularização (PRAS) estaduais, os quais norteiam o processo de regularização e os Termos de Compromisso do produtor.

Acerca do Programa de Regularização Ambiental, o autor supramencionado dispõe que

O Programa de Regularização Ambiental (PRA) é um conjunto de regras sobre o processo de regularização perante o novo Código Florestal. Tem como base o Cadastro Ambiental Rural (CAR), que definirá os passivos de APPs e RLs a regularizar, prevê que o produtor deverá propor um Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas ou Alteradas (PRADA) que, uma vez aprovado pelo órgão ambiental, será a base de um Termo de Compromisso assinado pelo produtor. Os PRAs devem ser claros sobre a regularização das áreas desmatadas antes e depois de 22 de julho de 2008 (LIMA, 2016, p. 14).

De acordo com Uba (2016) o Programa de Regularização Ambiental contempla o conjunto de ações e medidas de natureza técnico-ambiental que o Poder Público exigirá dos proprietários e possuidores rurais, com o intuito de adequar sua respectiva propriedade à legislação florestal, promovendo a regularização ambiental de suas áreas. O legislador estabeleceu que a União, os Estados e o Distrito Federal deverão implantar o Programa de Regularização Ambiental de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos das Disposições Transitórias do Novo Código Florestal.

#### **4. Programa de Regularização Ambiental: proposta de um novo modelo de diagnóstico e recuperação do passivo ambiental**

Segundo Martins e De Luca (1994, p. 26), “ativos ambientais são todos os bens da empresa que visam ‘à preservação, proteção e recuperação ambiental e devem ser segregados em uma linha à parte no Balanço Patrimonial”. Eles podem ser representados pelas contas que estão no circulante e não circulante da referida demonstração contábil (*ativo Circulante*: capital que tem por finalidade custear a atividade da entidade que originará o aumento do patrimônio líquido. São elas: caixa, bancos, estoques, aplicações financeiras, títulos de capitalização, outros créditos; *Não circulante*: capital sem rotatividade, mas importante no funcionamento da atividade fim da empresa: Investimento, imobilizado, diferido).

O passivo, por sua vez, é qualquer obrigação empresarial para com terceiros. De tal sorte, podemos compreender o passivo ambiental como a representatividade de danos causados ao meio ambiente pelo empreendimento, seja ele público ou privado, o que passa a representar também a obrigação e responsabilidade social da empresa ou mesmo do Poder Público em aspectos ambientais (ADES, 2015).

O passivo ambiental é evidente quando há agressão ao meio ambiente devido à execução de atividades econômicas ou produtivas sem dispor de nenhum projeto para a

recuperação de tal impacto (BASSO, 2005). No Brasil o passivo ambiental, como instituto contábil, é bastante recente, de modo que as empresas têm dificuldade em reconhecer o tratamento cabível a ser dado quanto ao seu registro e divulgação.

Quando falamos em passivo ambiental e em responsabilidade social, devemos prontamente compreender que os danos ao nosso ecossistema deverão obrigatoriamente ser minimizados, ficando clara a obrigação de agir da empresa em virtude da Lei nº 9.605/1998, a qual dispõe acerca das sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente. Para que a empresa esteja de acordo com a legislação ela evidentemente terá um custo financeiro elevado uma vez que deverá adquirir equipamentos que amenizem seu impacto ambiental (filtros, maquinários, produtos e mão de obra). Exemplificando: no caso de uma empresa produtora de papel, cuja matéria prima é a celulose extraída de árvores, a legislação a obriga a plantar mudas nativas com proporcionalidade ao quanto foi explorado pela mesma.

O reconhecimento do passivo ambiental é de suma importância para a organização, pois uma vez que tais obrigações legais de reparação de danos ao meio ambiente não são detectadas no ato de negociação, poderá acabar gerando uma série de prejuízos significativos e efeitos negativos ao comprador (ADES, 2015). De acordo com Ribeiro (1992) o reconhecimento do passivo ambiental pode ter como origem qualquer evento ou transição que reflita a interação empresarial com o meio ecológico, cujo sacrifício de recursos econômicos se dará no futuro com a aquisição de ativos para contenção dos impactos ambientais, insumos inseridos no processo operacional para não produção de resíduos tóxicos, gastos para recuperação de áreas contaminadas etc.

De acordo com Philippi Jr. (2014) ainda que o plantio seja realizado em uma pequena área, a agricultura e as atividades ambientais podem culminar em impactos ambientais de larga escala, como a contaminação de recursos hídricos, o uso indiscriminado de agrotóxicos, a erosão dos solos, destruição da mata nativa, dentre outros. A agricultura familiar e o agronegócio, assim, são áreas de atividade que acabam impactando diretamente no meio ambiente, gerando passivo ambiental.

Lima (2016) aponta que o Programa de Regularização Ambiental (PRA) detém um procedimento de adesão que consiste em sete etapas: inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), requerimento para adesão ao Programa de Regularização e apresentação do Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas ou Alteradas, Análise pelo órgão ambiental do referido Projeto e sua aprovação, Assinatura do Termo de Compromisso, e monitoradamente quanto ao cumprimento do referido Programa pelo requerente.

Trata-se de uma proposta do novo Código Florestal considerando o reconhecimento do passivo ambiental relevante no cenário nacional, e as dificuldades político-administrativas do modelo atual de recuperação ambiental, baseado no princípio do poluidor-pagador, reduzido à punição daquele que explora os bens florestais em desacordo com a legislação vigente.

Segundo Machado e Saleme (2017) o PRA é uma iniciativa dos entes federativos que devem tomar a frente para viabilizar a regularização das propriedades com passivo ambiental, de modo que sua adesão estabelece uma proposta mais condizente com a realidade rural brasileira, qual seja, falta de fiscalização pelos órgãos públicos ambientais, multas desproporcionais e sem critério que inviabilizam o seu pagamento, bem como a promoção de uma consciência de proteção do meio ambiente, e a frequente judicialização dessas questões que recaem na morosidade dos tribunais.

A inovação trazida pela Lei é a obrigatoriedade dessa implementação ser efetivada em todos Estados. **É frequente que haja dificuldade no cadastramento de imóveis rurais, pois apresentam peculiaridade que dificultam sua fiscalização e acompanhamento de atividades.** Entre as dificuldades que se encontram nos imóveis rurais, a mais complexa foi solucionada por meio do georeferenciamento, que se presta ao exato dimensionamento das divisas e confrontações. **Outro aspecto complexo é o diagnóstico do passivo ambiental eventualmente existente na propriedade rural.** Todos esses elementos foram objeto de reflexão pelos legisladores e técnicos que elaboraram o texto, sobretudo porque já se tinha extrema dificuldade em se indicar a localização da reserva legal na propriedade ou posse rural (MACHADO; SALEME: 2017, p. 129, grifo nosso).

Uma das funções do Cadastro Ambiental Rural (CAR) consiste em disponibilizar na internet todos os aspectos referentes à regularização ambiental dos imóveis rurais no território nacional. O diagnóstico do passivo ambiental contempla a localização da reserva legal informada (dependente da aprovação do órgão ambiental a cargo do CAR após a provação do órgão do SISNAMA), indicando o estado do imóvel, ou seja, a conservação das reservas naturais ou do bioma existente em sua superfície (LIMA, 2016).

Ellovitch e Valera (2013) apontam que ainda que a legislação florestal seja objeto de críticas por parte da doutrina e da jurisprudência diante da regulamentação do CAR, foi devidamente incluída a viabilização do PRA para estabelecer os prazos para a correção de passivos ambientais, de modo que o Conselho de Meio Ambiente de cada estado-membro deve definir as ações ou possíveis atividades de menor impacto ambiental.

O artigo 59 da Lei 12.651, de 2012, indica que os entes federativos devem, no prazo de um ano, contado a partir da publicação da Lei, implantar programas de regularização ambiental. A inscrição no CAR implicará automaticamente na do Sicar. **O responsável pela declaração deve esclarecer a questão do passivo ambiental**

**existente na propriedade.** Nos termos do que dispõe o Decreto 8235, de 2014, após efetivada a inscrição, os proprietários poderão proceder à regularização ambiental mediante adesão aos programas de regularização ambiental dos estados e do DF. Pode ser efetivada mediante recuperação, recomposição, regeneração ou compensação. Esta última, somente podem ser aplicadas nas reservas legais no que especifica o parágrafo 5º da Lei 12.651, de 2012. **A partir da inscrição no CAR e da constatação do passivo ambiental o proprietário pode solicitar imediatamente adesão ao PRA. O artigo 4º do Decreto referido informa como os Estados e o Distrito Federal deveriam implementar o programa, deixando claro que os órgãos competentes deveriam firmar um único termo de compromisso por imóvel rural.** Nas hipóteses de regularização de compensação em reserva legal, deve-se apresentar documentos comprobatórios necessários (MACHADO; SALEME, 2017, p. 234).

Ora, uma vez homologado o PRA, podem ser realizadas vistorias na propriedade com o intuito de verificar o cumprimento do Projeto de Recuperação das Áreas Degradadas ou Alteradas. Os imóveis rurais devem obrigatoriamente ser regularizados diante de uma inspeção adequada, efetivando o diagnóstico do passivo ambiental existente na propriedade rural. Todavia, para que possam ser rompidos os paradigmas da tutela ambiental com o intuito de promover a sustentabilidade (prerrogativa fundamental da legislação florestal vigente) faz-se necessário estabelecer no país um sistema de monitoramento efetivo, sob pena de o PRA equiparar-se ao atual modelo de falta de fiscalização por parte dos órgãos ambientais.

De acordo com Lima (2016), nos Programas de Regularização Ambiental, é viabilizado o termo de compromisso no qual o possuidor ou proprietário rural se compromete com a recuperação, recomposição, regeneração ou ainda pela compensação do passivo ambiental que tenha promovido impacto ambiental sob sua responsabilidade.

Diante desse quadro, aponta-se que um Programa de Regularização Ambiental (PRA) estruturado de modo adequado contempla a amenização dos impactos e passivos ambientais como um todo, buscando a preservação e equilíbrio do meio ambiente.

## **5. Da constitucionalidade do Código Florestal e dos Programas de Regularização Ambiental: análise jurisprudencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.901/18**

Cumpra-se ainda analisar as questões envolvendo a constitucionalidade dos Programas de Regularização Ambiental, a partir do entendimento jurisprudencial recente, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.901 / Distrito Federal, de fevereiro de 2018, de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). Na referida ADI, entre outros aspectos, foram questionados os parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 12 do Código Florestal, dentre outros dispositivos, levantando, dentre outros argumentos, prejuízos ambientais

advindos das modificações legislativas, os quais, em tese, fragilizaram o regime de proteção de áreas de preservação permanente e de reserva legal, as quais poderiam, de acordo com os argumentos levantados, ser extintas.

Conforme entendimento da Suprema Corte, o Código Florestal cumpre com a norma constitucional de validade, em especial quanto ao processo de recuperação ambiental estabelecido pelo Programa de Regularização Ambiental (PRA). Assim, a suspensão da punibilidade daquele que praticou crime, ou mesmo infração administrativa ambiental, antes de 22 de julho de 2008, pelo ingresso no PRA, não fere à Constituição Federal. Trata-se de verdadeira conversão em pagamento por serviços ambientais, já que a extinção da punibilidade ocorrerá somente se houver o efetivo cumprimento do termo de compromisso de regularização do imóvel ou posse rural, de acordo com o Projeto de Recuperação da Área Degradada ou Alterada aprovado pelo órgão ambiental.

O voto do ministro Celso de Mello contemplou que a norma inscrita no artigo 60 do referido diploma é fundamentada pelo artigo 48, inciso VIII, da Constituição Federal (anistia), não sendo revestida de conteúdo arbitrário e sem comprometimento do núcleo essencial que qualifica o regime constitucional de tutela do meio ambiente, induzindo os agentes que tenham praticados determinados delitos ambientais anteriores ao dia 22/7/2008 a solver seu passivo ambiental.

No mesmo sentido, a jurisprudência da Suprema Corte contempla ainda que nos termos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 59 do Código Florestal não há qualquer inconstitucionalidade, reconhecendo como lícito o benefício atribuído ao proprietário ou possuidor rural dentro do contexto do Programa de Regularização Ambiental. Reconheceu-se assim a constitucionalidade nos casos de anistia diante do comprometimento em solver o passivo ambiental, desde que cumprido os requisitos legais e administrativos do PRA, regulamentado pela União e também pelos estados-membros.

## **6. Considerações Finais**

Na atualidade, fundamental o repensar das medidas protetivas do meio ambiente, em especial no campo. O passivo ambiental das propriedades rurais é relevante e deve ser considerado como parâmetro para a atuação efetiva dos órgãos públicos e entidades da Administrativa Pública Direta e Indireta. Neste sentido, percebeu-se que o modelo de punir para conscientizar não se mostrou suficiente para essa recuperação ambiental. Novas estratégias são

imprescindíveis para a busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado (princípio do desenvolvimento sustentável).

O presente estudo buscou analisar a importância da nova legislação florestal, em verdadeira quebra de paradigmas até então sustentado pela doutrina e legislação quanto à tutela ambiental (princípio do poluidor-pagador).

Nesse sentido, mostrou-se a viabilidade de recuperação do passivo ambiental por um novo modelo introduzido pelo Código Florestal de 2012, qual seja, o Programa de Regularização Ambiental (PRA). A anistia ambiental, considerada como a suspensão e extinção da punibilidade daquele que suprimiu vegetação nativa ou florestas até 22 de julho de 2008, não fere à Constituição, conforme considerado pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2018, pois se reconhece que se trata, na verdade, de uma proposta razoável na atual conjuntura protetiva do meio ambiente (falência do modelo de punição baseada na aplicação do princípio do poluidor-pagador).

Um Programa de Regularização Ambiental, nesse sentido, desde que estruturado pelo ente federativo responsável de modo adequado, contribui para o pleno atendimento das questões envolvendo o passivo ambiental no âmbito das propriedades rurais, e os processos de recuperação ambiental (recomposição, compensação e regeneração) de maneira mais condizente com as dificuldades de se buscar a sustentabilidade em um setor que envolve grande interesse econômico em sua exploração.

## 7. Referências bibliográficas

ADES, A.Z **A Importância do Controle Tecnológico na Fase Estrutural em Obras de Edificações**. Rio de Janeiro: UFRJ/ Escola Politécnica, 2015.

ALTENFELDER, R. **Desenvolvimento sustentável**. Gazeta Mercantil, Maio de 2004.

AQUINO, A.R; PALETTA, F.C; CAMELLO, T.C.F; MARTINS, T.P; ALMEIDA. J.R. (orgs). **Sustentabilidade Ambiental**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Rede Sirius; OUERJ, 2015.

BASSO, I.P. **Contabilidade Geral Básica**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

CALIA, R.C. **A difusão da produção mais limpa: o impacto do seis-sigma no desempenho ambiental sob o recorte analítico de redes São Carlos**. 2007. Tese (Doutorado) Escola de Engenharia de São Carlos – Universidade de São Paulo. São Carlos, 2007.

ELLOVITCH, Mauro da Fonseca e VALERA, Carlos Alberto. Manual CEAF/COAMA **Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012)**, 2013. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: CGB Artes Gráficas, 2013

FIORILLO, C.A.P. **Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade**. Revista CEJ, V. 3 n. 8 mai. / ago. 1999.

FONSECA, B.C.R.V. **As Principais Alterações Trazidas Pelo Novo Código Florestal Brasileiro**. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

GOMES, A. **Legislação Ambiental E Direito: Um Olhar Sobre O Artigo 225 Da Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Revista Científica Eletrônica de Administração, Ano VIII – Número 14 – Junho de 2008 – Periódicos Semestral.

KOLLER, S.H. **Ecologia do desenvolvimento humano. Pesquisa e Intervenção no Brasil**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

LEHFELD, L.S et al. **Código florestal: comentado e anotado: artigo por artigo**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

LIMA, R.C.A. **Programas de Regularização Ambiental (PRAs): um guia para orientar e impulsionar o processo de regulamentação dos PRAs nos estados brasileiros**. São Paulo: Agroicone, 2016.

MACHADO, A.R; SALEME, E.R. **Cadastro Ambiental Rural, Sustentabilidade E O Programa De Regularização Ambiental**. Rev. de Direito e Sustentabilidade, Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 125 – 140 | Jul/Dez. 2017.

MARTINS, E; DE LUCA, M.M.M. **Ecologia via Contabilidade**. Revista Brasileira de Contabilidade. Brasília: CFC, ano 23, nº 86, março 1994.

MEYER, M. M. **Gestão ambiental no setor mineral: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente**. 8. ed., rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MOREIRA, R. M., STAMATO, B. **Instituto Giramundo Mutuando: programa de extensão rural agroecológica**, PROGERA. Botucatu: Giramundo, 2009. Cadernos Agroecológicos.

NASCIMENTO, L.F. **Gestão Ambiental e Sustentabilidade**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração - UFSC: CAPES, UAB [Brasília], 2012.

ORTEGA, E. **Engenharia Ecológica e Agricultura Sustentável. Exemplos de uso da metodologia energética-ecossistêmica**. Engenharia ecológica: conceitos básicos e importância do trabalho de h. T. Odum. Campinas. São Paulo, 2003.

PEREIRA, V.C. **O NOVO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO: dilemas da consciência ecológica em torno da proteção ambiental**. AMBIENTE & EDUCAÇÃO | vol. 18(1) | 2013.

RIBEIRO, M.S. **Contabilidade e Meio Ambiente**. Dissertação (mestrado). FEA/USP, 1992.

STEINBRENNER, R.M.A; VELLOSO, B.L; CUNHA, L.C. **Rádios comunitárias e desenvolvimento sustentável: mapa digital como prospecção de cenário da comunicação comunitária em áreas de conflito socioambiental na Amazônia**. XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Rio de Janeiro, RJ – 4 a 7/9/2015.

TANNOUS, S; GARCIA, A. **Histórico E Evolução Da Educação Ambiental, Através Dos Tratados Internacionais Sobre O Meio Ambiente.** Rev. Nucleus, v.5, n.2, p. 183-194, out. 2008.

UBA, A.E. **Programas de Regularização Ambiental como Instrumentos de Alcance da Sustentabilidade.** Dissertação apresentada à Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2016.

WAINER, Ann Helen. **Legislação ambiental brasileira: subsídios para história do Direito Ambiental.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZANARDI, B.N. **Concepções de Educação Ambiental de graduandas em Pedagogia.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2010.

## **PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA**

### **APRESENTAÇÃO**

O VIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, na cidade de Zaragoza, na Espanha, entre os dias 6 a 8 de setembro de 2018, proporcionou o intercâmbio de conhecimento, bem como a produção científica na seara jurídica acerca de temas não só inéditos como controvertidos. Divulgou ainda, as diversas linhas de pesquisa dos programas de mestrado e doutorado de ambos os países, possibilitando assim a troca de experiências entre os pesquisadores.

Atualmente, o Conpedi é o maior evento de pesquisa na área jurídica do Brasil e vem se destacando no cenário internacional, porque viabiliza discussões de elevado nível de profundidade científica entre mestrandos, mestres, doutorandos e doutores.

É ainda, uma relevante oportunidade de divulgação dos resultados de estudos e de investigações realizadas na pós-graduação, por meio de apresentação de artigos, de pôsteres, de palestras de renomados doutrinadores etc.

Foi com grande satisfação que registrei minha participação como coordenadora do grupo de trabalho de Pesquisa e Educação Jurídica I, o qual trouxe à discussão a abordagem dos desafios jurídicos que permeiam essa importante temática.

Em torno das apresentações, debateram-se temas acerca da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro e das normas internacionais relacionados com a adequação e a viabilidade do emprego de seminários temáticos e debates competitivos como metodologias voltadas ao ensino-aprendizagem dos conteúdos da disciplina "Oficina de Linguagem Jurídica" do Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Viçosa; como também com os centros de ensino responsáveis pela formação dos doutores em Direito no Brasil; e com a trajetória do ensino crítico do direito na realidade da cultura jurídica brasileira.

O referido encontro científico demonstra a partir da seleção desses qualificados trabalhos, a preocupação com as mazelas que acometem o ser humano e o espaço no qual está inserido, para que, com as reflexões dos operadores do Direito, consolide-se a efetiva proteção e respeito dos

direitos fundamentais e da personalidade, sobretudo a partir da livre argumentação e comunicação como meio de resolver conflitos tanto em âmbito nacional como internacional.

Zaragoza, 8 de setembro de 2018.

Coordenadores do GT:

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

**A UTILIZAÇÃO DE SEMINÁRIOS TEMÁTICOS E DEBATES COMPETITIVOS  
COMO METODOLOGIAS PARTICIPATIVAS: SOBRE O ENSINO-  
APRENDIZAGEM DOS CONTEÚDOS DA DISCIPLINA “OFICINA DE  
LINGUAGEM JURÍDICA”**

**Roberta Freitas Guerra**

*Universidade Federal de Viçosa*

**Resumo**

O objetivo desta investigação é perquirir sobre a adequação e a viabilidade do emprego de seminários temáticos e debates competitivos como metodologias voltadas ao ensino-aprendizagem dos conteúdos da disciplina “Oficina de Linguagem Jurídica” do Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Viçosa. O referencial teórico é o método do ensino participativo, tendo a pesquisa se desenvolvido a partir da revisão de literatura acerca do ensino jurídico no Brasil e no exterior. Ao final, deixamos sinalizada a metodologia que norteará uma abordagem qualitativa em pesquisa de campo a ser conduzida com os discentes e docentes envolvidos na dita experiência de ensino-aprendizagem.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico, Ensino participativo, Seminário temático, Debate competitivo, Linguagem jurídica.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this research is to investigate on the adequacy and feasibility of thematic seminars and competitive debates as methodologies focused on teaching-learning the contents of the “Legal Language Workshop” discipline of the Bachelor's degree in Law of the Federal University of Viçosa. The theoretical reference is the method of participatory teaching, and the research was developed based on the literature review on legal education in Brazil and abroad. At the end, we indicate the methodology that will guide a qualitative approach in field research to be conducted with the students and teachers involved in the said teaching-learning experience.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal education, Participatory teaching, Thematic seminar, Competitive debate, Legal language.

## 1. Introdução

Este escrito corresponde à parte já concluída do relatório final da Pesquisa em Ensino, estruturada no âmbito da Pró-Reitoria de Ensino da Universidade Federal de Viçosa, *campus* Viçosa-MG, e fomentada com o objetivo de perquirir sobre a adequação e a viabilidade do emprego de seminários temáticos e debates competitivos como metodologias voltadas ao ensino-aprendizagem dos conteúdos da disciplina *Oficina de Linguagem Jurídica*, ministrada, pela primeira vez, no primeiro semestre letivo de 2017, aos discentes matriculados no 3º período do Curso de Bacharelado em Direito da mesma Instituição de Ensino.

A parte já finalizada do referido relatório é concernente, primeiramente, à revisão da literatura produzida no Brasil e no exterior na perspectiva do ensino jurídico e das metodologias participativas e, em segundo lugar, à experimentação pedagógica resultante daquela pesquisa bibliográfica. Ao longo dos 4 primeiros tópicos deste escrito, apresentamos um relato: a) do contexto e das preocupações que nos guiaram na tarefa de definição do conteúdo analítico da recém-criada disciplina *Oficina de Linguagem Jurídica*; b) da concepção do Projeto de Pesquisa em Ensino; c) dos supostos benefícios pedagógicos decorrentes do emprego das metodologias de seminários temáticos e de debates competitivos no âmbito da referida disciplina; e, finalmente, d) dos moldes como foram aplicadas as mencionadas metodologias na primeira vez em que se ministrou a disciplina em questão, no primeiro semestre letivo de 2017.

Antes de adentrarmos, contudo, nos tópicos de desenvolvimento do presente texto, ressaltamos que este trabalho se presta à apresentação dos resultados parciais da Pesquisa em Ensino, que se encontra em sua fase final de desenvolvimento, qual seja, a fase de aplicação de questionários e entrevistas semiestruturadas a discentes e docentes do Departamento de Direito da UFV, com vistas a constatar a percepção de tais agentes acerca do processo de ensino-aprendizagem no tocante aos resultados da utilização daquelas metodologias participativas. Daí porque, no último tópico do presente estudo, além de ponderarmos sobre aqueles resultados parciais, sob a forma de considerações finais, deixamos também sinalizada a metodologia que norteará a abordagem qualitativa dos dados que ainda pretendemos coletar.

## 2. Sobre a disciplina *Oficina de Linguagem Jurídica*: o contexto e as preocupações que guiaram a definição de seu conteúdo analítico

No início do primeiro semestre letivo de 2016, aprovou-se nova Matriz Curricular para o Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV), elaborada tanto em razão da necessidade de sua adequação às Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de Bacharelado em Direito definidas pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC)<sup>1</sup>, como pela necessidade de se conferir ao bacharelado em Direito da UFV uma sólida formação humanística, adequada argumentação e interpretação de fenômenos jurídicos e sociais, além de uma postura crítica e reflexiva capaz de fomentar a aptidão para uma aprendizagem autônoma e uma maior responsabilidade na construção de seu próprio conhecimento. Com ela, entre outras novas disciplinas obrigatórias<sup>2</sup>, criou-se a Oficina de Linguagem Jurídica, planejada para ser ministrada em 30 horas/aula, aos discentes regularmente matriculados no 3º período do Curso<sup>3</sup> e contendo dois créditos totais, sendo um deles teórico e o outro, prático (BRASIL, 2016).

Segundo o Programa Analítico da disciplina em questão, os conteúdos por ela abarcados são a Retórica, a Argumentação, a Lógica e o Discurso Jurídico (BRASIL, 2017). Só pelo seu conteúdo analítico, trata-se de disciplina das mais importantes na nova configuração do Curso de Graduação em Direito da UFV, ainda mais quando explicitamos que fora estruturada com o objetivo de apresentar aos discentes nela matriculados a proposta para uma nova racionalidade retórico-argumentativa do discurso jurídico, pensada no contexto de uma sociedade plural e complexa como a nossa.

---

<sup>1</sup> Nos moldes da Resolução CNE/CES 9, de 29 de setembro de 2004, é precisamente isto que se extrai da literalidade de seu artigo 3º: “O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania”. (BRASIL, 2004).

<sup>2</sup> Importante frisar que a Matriz Curricular inaugurada em 2016 para o Curso de Graduação em Direito da UFV não se limitou à criação de novas disciplinas obrigatórias. Para fazer face àquela mesma concepção que inspirou a criação da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica, uma das mudanças mais importantes – e polêmicas, diga-se de passagem, tendo em vista a enorme resistência encontrada em parte dos professores que compunham à época o corpo docente da instituição – foram: a) a previsão de dois ciclos de formação: um 1º, a ser integralizado com as disciplinas obrigatórias do 1º ao 7º períodos, e um 2º, composto das disciplinas obrigatórias do 8º ao 10º períodos e das disciplinas optativas; e b) a organização das disciplinas optativas em 4 núcleos de ensino – o de Formação Humanística e Interdisciplinar, o de Cidadania, Sociedade e Trabalho, o de Poder Público, Estado e Ordem Internacional e o de Processo, Jurisdição e Acesso à Justiça –, devendo os discentes, com o auxílio de seus respectivos orientadores acadêmicos, optar por um núcleo primário e outro secundário. Em relação aos 2 núcleos de ensino escolhidos, os discentes deveriam integralizar, em cada um deles, 300 horas de disciplinas optativas, restando o cumprimento de mais 150 horas em cada um dos 2 núcleos remanescentes (BRASIL, 2016).

<sup>3</sup> É adequado pontuarmos que o Curso de Bacharelado em Direito da UFV é semestral e sua duração mínima é de 5 anos. Isto quer dizer que, quando nos referimos aos discentes regularmente matriculados no 3º período, estamos fazendo menção a discentes iniciantes, eis que no início do segundo ano do Curso.

Ora, sabemos da concepção contemporânea do Direito, tido não mais tão-somente como um dado encerrado nos códigos e nas leis em geral e que deve ser meramente identificado e ter seu sentido desvelado por meio da interpretação – como de fato preconizava a dogmática jurídica do século XIX e dos primeiros três quartos do século XX –, mas também, e principalmente, como um conjunto de argumentos legais ou subjacentes às leis, como, *verbi gratia*, os calcados em princípios jurídicos ou em precedentes judiciais, que necessitam ser aplicados para tomada de decisões das mais variadas. Neste contexto, o que justamente confere padrão e segurança jurídica às tomadas de decisão, afastando, com isto, a arbitrariedade e a subjetividade do decisor, dentro de uma Teoria da Argumentação, é a racionalidade retórico-argumentativa do discurso jurídico, construída de maneira dialético-democrática, por meio da busca do argumento consensualmente mais forte.

Daí porque a recém-criada disciplina Oficina de Linguagem Jurídica se mostra de especial pertinência, vez que voltada à preparação dos discentes para a argumentação racional e para a construção discursiva do Direito, algo que se é exigível da Ciência Jurídica, enquanto disciplina normativa divisada, nesta quadra atual, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

### **3. A concepção do Projeto de Pesquisa em Ensino como estratégia de enfrentamento à atual crise do ensino jurídico**

Não é de hoje que os juristas nacionais têm se esmerado, com seus estudos, em tentar demonstrar os problemas e as dificuldades que têm perpassado o ensino jurídico na atualidade. Esses mesmos juristas, inclusive, são pródigos em afirmar da existência de uma verdadeira crise instalada no ensino do Direito no Brasil. Como contornos dessa crise, costumam apontar uma grande variedade de fatores, entre eles a distância guardada entre o ensino do Direito e a realidade. Segundo preconizam Frederico Almeida, André Lucas Delgado Souza e Sarah Bria de Camargo:

A aproximação do Direito (e do ensino do Direito) da realidade sempre foi um dos principais motes das críticas que, desde os anos 1970, alertam para a crise do ensino jurídico no Brasil. Essas críticas foram, por sua vez, impulsos fundamentais às reformas do ensino do Direito experimentadas nos últimos 40 anos, especialmente por meio das mudanças na legislação educacional [...].

O ensino jurídico não tem conseguido acompanhar as transformações sociais, políticas e econômicas pelas quais o país tem passado [...]. O ensino do Direito excessivamente legalista e formalista, sem instrumentos de compreensão da realidade dinâmica da sociedade [...] apenas aumentaria essa distância entre o “país real” e o “país legal”. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p. 19).

Em função dessa crise, os Cursos de Bacharelado em Direito têm produzido cada vez mais meros *operadores do direito*, em detrimento de profissionais éticos e preocupados com a construção e o exercício da cidadania, capazes de transcender o pensamento tradicionalista e dogmatizado do Direito e de interferir efetivamente na realidade em que vivem com vistas a torná-la uma sociedade melhor.

Outro motivo da crise frequentemente evocado diz respeito às metodologias tradicionais com que trabalham a ampla maioria dos Cursos Jurídicos, consistentes em aulas eminentemente expositivas, o que, no mais das vezes, coloca os discentes na cômoda e acrítica posição de meros receptores e reprodutores dos conhecimentos que lhes são transmitidos. Como se eles fossem “pedaços de papéis em branco” onde começariam a ser escritas as linhas definidoras de seu conhecimento, a partir das informações mecanicamente transmitidas por seus professores (MIGUEL; GONÇALVES, 2012, p. 95).

Outra das críticas mais contundentes diz respeito às estratégias e iniciativas de ensino de que geralmente lançam mão os professores dos Cursos de Direito no Brasil. É que, quase sempre, tais técnicas são destituídas de qualquer respaldo teórico e se baseiam em processos empíricos, construídos a partir de tentativas, erros e acertos – mais erros que acertos, diga-se de passagem. Isto é decorrência do ainda escasso e incipiente diálogo entre pedagogos e juristas em torno do processo de ensino-aprendizagem do Direito no Brasil (RODRIGUEZ, 2009, p. 271).

Atente-se para o desolador quadro a seguir descrito por Luciana Vieira Nascimento e Graça Léia Melhado Tovo:

Em sua maioria as faculdades não oferecem um ensino jurídico voltado ao questionamento, à crítica, seja às normas, às formas de atuação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), ou mesmo à passividade da sociedade e a sua falta de informação.

O que o mercado universitário visa é formar profissionais, os quais serão arremessados no mercado de trabalho, porém, sem nenhuma visão crítica, nenhuma noção do que a formação jurídica deveria representar para a sociedade.

Nos bancos das faculdades não se formam juristas, mas sim “operadores do direito”, como se a profissão de advogado, juiz, promotor se resumisse em seguir uma cartilha (código civil, tributário, penal), e assim, simplesmente operacionalizar o direito.

Traçando uma analogia com a medicina, poderia mencionar que admitir que o ensino jurídico se limite a formar operadores do direito seria o mesmo que aceitar que nas universidades de medicina simplesmente ensinem aos futuros médicos a compreenderem o bulário. (NASCIMENTO; TOVO, 2008, p. 4773).

Sem termos a pretensão de esgotar a enunciação dos fatores da referida crise, podemos afirmar, só pelas razões acima explicitadas, que a aprendizagem do Direito, na realidade atual

do ensino jurídico, tem se aproximado cada vez mais de uma aprendizagem mecânica, repetitiva, memorística, já que os discentes, além de não demonstrarem disposição para aprender, apenas recebem os conteúdos que lhe são ministrados em sala de aula, não sendo instados a relacioná-los com os conceitos presentes em sua própria estrutura cognitiva.

É preciso que os cursos de Direito passem a incentivar, inclusive em seus respectivos Projetos Político-Pedagógicos, estratégias e iniciativas inovadoras de ensino que sejam capazes de modificar o cenário de crise aqui retratado. Ainda mais considerando a importância dos conteúdos trabalhados no Programa Analítico da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica para a formação de qualquer profissional do Direito:

Ensinar significa mostrar um sentido. Portanto, a atividade de ensinar envolve necessariamente o uso da linguagem, que é requerida, v.g., para descrever ou compreender alguma coisa. Para ensinar Direito, o professor deve estimular os estudantes a desenvolver seus próprios pensamentos sobre problemas jurídicos. As mais relevantes questões jurídicas devem ser resolvidas usando-se noções de argumentação jurídica, logo é muito importante que os estudantes sejam encorajados a usá-las sempre que forem úteis. O estudo da argumentação jurídica mostra por que argumentos formais não são suficientes para encontrar uma solução para problemas jurídicos. E importante também é que o professor siga as regras de racionalidade na sala de aula, de sorte que os resultados das técnicas empregadas possam ser mais efetivos. (MOTA, 2007, p. 1226).

Por tudo isso – por conta das motivações mais comumente apresentadas à crise do ensino jurídico, a dizer: a) a sua distância em relação à realidade social; b) o amplo e irrestrito apelo a metodologias tradicionais, de que são exemplos as aulas eminentemente expositivas; e c) a utilização de estratégias de ensino sem qualquer respaldo teórico-científico-experimental a respeito de seus possíveis resultados no processo de aprendizagem, é que, sendo a primeira vez em que se ministrariam tais conhecimentos no Curso de Graduação em Direito da UFV, conforme ressaltado linhas atrás, aproveitamos o ensejo e formatamos um Projeto de Pesquisa em Ensino, com início de suas atividades previsto para o segundo semestre letivo de 2016, antes, portanto, do oferecimento da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica.

À época da concepção do Projeto, o objetivo norteador da iniciativa era o de que se realizasse um estudo teórico sério e comprometido com fins a investigar quais metodologias se colocariam como as mais adequadas à otimização e dinamização do processo de ensino-aprendizagem dos conteúdos relacionados à mencionada disciplina que, de tão abstratos e complexos, tínhamos o temor de afastar ainda mais os discentes em relação aos problemas sociais que os circundam, ao invés de aproximá-los. Esta foi, precisamente, a primeira fase da Pesquisa em Ensino dele decorrente: conduzida no segundo semestre letivo de 2016, por meio

de uma revisão da literatura produzida na perspectiva do ensino jurídico no Brasil e no exterior<sup>4</sup>. Tudo para que, definidas tais metodologias, as mesmas pudessem ser empregadas na disciplina Oficina de Linguagem Jurídica, ministrada, como se disse, ao longo do primeiro semestre letivo de 2017.

Os resultados da referida investigação estão descritos no item a seguir.

#### **4. As metodologias participativas e seus possíveis ganhos de aprendizagem: um estudo sobre os seminários temáticos e os debates competitivos**

Desde o início de nossa investigação – como, aliás, restou bem claro a partir de nossa caracterização acerca da crise do ensino do Direito –, éramos movidos por um ponto de partida: a de que, para ministrar os conteúdos relacionados à Linguagem Jurídica, não se mostrava adequado lançar mão de uma metodologia tradicional de ensino do Direito, centrada no docente como transmissor do conhecimento e em aulas eminentemente expositivas por este proferidas. Isto porque tínhamos a convicção de que o percurso das aulas da disciplina poderia e deveria ir muito além da simples exposição dos conteúdos disciplinares.

Por outro lado, tínhamos inúmeros questionamentos a respeito de qual metodologia utilizar para alcançar os objetivos pedagógicos previstos para a novel disciplina Oficina de Linguagem Jurídica. Objetivos pedagógicos estes que foram primordiais para voltarmos os olhos para as ditas metodologias participativas, também chamadas metodologias ativas de ensino.

À guisa de conceituação, observe-se o seguinte excerto:

É nessa perspectiva que se situa o método ativo – tido aqui como sinônimo de metodologias ativas – como uma possibilidade de deslocamento da perspectiva do docente (ensino) para o estudante (aprendizagem) [...].

Com base nessa ideia, é possível inferir que, enquanto o método tradicional prioriza a transmissão de informações e tem sua centralidade na figura do docente, no método ativo, os estudantes ocupam o centro das ações educativas e o conhecimento é construído de forma colaborativa.

Assim, em contraposição ao método tradicional, em que os estudantes possuem postura passiva de recepção de teorias, o método ativo propõe o movimento inverso, ou seja, passam a ser compreendidos como sujeitos históricos e, portanto, a assumir um papel ativo na aprendizagem, posto que têm suas experiências, saberes e opiniões valorizadas como ponto de partida para construção do conhecimento. Com base nesse

<sup>4</sup> A título de esclarecimento, é conveniente ressaltar que a Pesquisa em Ensino decorrente do Projeto aqui mencionado, cuja formatação neste item se justificou, está estruturada em 3 fases: a) a primeira, já concluída, conduzida, como dissemos, no segundo semestre letivo de 2016, por meio da pesquisa bibliográfica; b) a segunda, também já concluída, realizada no primeiro semestre letivo de 2017, por meio da experimentação pedagógica no âmbito da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica; e c) a terceira, ainda em andamento, referente à aplicação de questionários e entrevistas semiestruturadas aos discentes e docentes envolvidos na experimentação.

entendimento, o método ativo é um processo que visa estimular a autoaprendizagem e a curiosidade do estudante para pesquisar, refletir e analisar possíveis situações para tomada de decisão, sendo o professor apenas o facilitador desse processo [...]. (DIESEL; BALDEZ; MARTINS, 2017, p 270-271).

Definida a necessidade da nova abordagem metodológica, restava ainda selecionar a que seria por nós adotada para o ensino da disciplina.

Considerando que metade de sua carga horária semestral constitui-se em aulas práticas – o que, aliás, se denota por sua denominação como *oficina* –, a disciplina em questão foi pensada para ser um espaço para encorajar os discentes a colocar em prática, e de forma intuitiva, seus conhecimentos sobre Retórica, Argumentação, Lógica e Discurso Jurídico – de que deveriam se apropriar a partir das aulas teóricas e das leituras recomendadas ao longo das mesmas –, sempre com o objetivo de reagir a problemas concretos do seu cotidiano. Foi justamente isto que nos levou a considerar os seminários como uma metodologia participativa a princípio adequada, muito por conta de uma de suas fases de realização, a dizer a fase de apresentação e exposição oral por parte dos discentes<sup>5</sup>.

Outro elemento que nos direcionou ao potencial emprego dos seminários foi a necessidade de valorizar a história de vida e os conhecimentos jurídicos já previamente desenvolvidos na estrutura cognitiva dos discentes envolvidos no processo de ensino-aprendizagem. A preocupação aqui era a de que discentes tão jovens e ainda iniciantes no Curso de Direito – matriculados, como dissemos, no 3º período – não se sentissem desestimulados a aprender, mesmo sendo expostos a conteúdos construídos com tamanha carga de abstração e complexidade, como os trabalhados no Programa Analítico da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica. Esta a razão de nossa opção pelo perfil específico dos seminários temáticos, em detrimento dos seminários de leitura e de pesquisa, já que, dentre todos, este é o tipo de seminário que mais privilegia a criatividade e a inventividade dos discentes, que, assim, são instados a aprender a pensar e a investigar a partir de sua estrutura cognitiva prévia.

Segundo Machado e Barbieri,

---

<sup>5</sup> Para Ilma Veiga, o emprego do seminário como metodologia participativa de ensino implica três fases, cada uma delas marcada por diferentes encargos para o docente e para os discentes envolvidos no processo de ensino-aprendizagem. Além da segunda fase já explicitada – de apresentação e exposição oral, debate e discussão por parte dos discentes –, fala-se de uma primeira fase, voltada à preparação, que engloba a pesquisa e investigação a serem realizados pelos discentes, e de uma terceira fase, consistente na avaliação da atividade, a ser desenvolvida pelo docente, ao atribuir notas e menções aos discentes (VEIGA, 1991, p. 110-112).

O *seminário de leitura* tem como objeto de estudo um texto indicado pelo professor. Essa atividade visa a aprofundar a matéria estudada, esclarecê-la ou mesmo introduzir novo tema de estudo, além de treinar os alunos na técnica de leitura crítica e analítica. [...]

O *seminário temático* segue o mesmo propósito do seminário de leitura, mas se diferencia do anterior por demandar do aluno que busque mais livremente os subsídios que irão orientar a sua exposição [...].

[...]

O *seminário de pesquisa* é muito utilizado na pós-graduação. De certa forma, o seminário de pesquisa é um seminário de leitura, pois também há um texto previamente determinado para a discussão. A especificidade do seminário de pesquisa é que se trata de uma oportunidade para os alunos discutirem seus projetos de pesquisa em andamento ou em fase de elaboração [...]. (MACHADO; BARBIERI, 2009, p. 93-96).

Aliás, tendo em vista os já referidos conteúdos da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica, sendo a construção discursiva do Direito o foco central a ser nela trabalhado, cogitamos também de outra metodologia participativa por meio da qual fossem os discentes levados a exercitar o seu raciocínio, bem como a sua capacidade para a formulação e exposição de argumentos e contra-argumentos a respeito de temas específicos: os debates (PEIXOTO, 2009, p. 23).

Na visão de Antonio Carlos Gil, este e outros benefícios podem ser elencados como decorrentes da utilização de tal ferramenta didática, tais como:

[...] contribui para estudar um assunto sob diferentes perspectivas; [...] amplia a consciência dos estudantes acerca da tolerância à ambigüidade (*sic*) e à complexidade; [...] incentiva estudantes a reconhecer e investigar suas suposições; [...] encoraja a ouvir de forma atenta e respeitosa; [...] desenvolve nova apreciação *for continuing differences*; [...] incrementa a agilidade intelectual; [...] ajuda os estudantes a se manterem conectados com um tópico; [...] estimula o respeito a opiniões e experiências dos estudantes; [...] ajuda os estudantes a prender os processos e os hábitos do discurso democrático; [...] afirma os estudantes como co-produtores (*sic*) do conhecimento; [...] desenvolve a capacidade para a comunicação clara das idéias (*sic*) e dos significados; [...] desenvolve hábitos de aprendizagem cooperativa; [...] incrementa a capacidade de respeitar outras opiniões e tona os estudantes mais empáticos; [...] ajuda os estudantes a desenvolver habilidades de síntese e de integração; [...] conduz à transformação. (GIL, 2007, p. 154).

No entanto, apesar do elevado valor pedagógico do debate enquanto técnica voltada à aprendizagem, pouco já se produziu no Brasil em termos de teorias propedêuticas. A maioria dos estudos existentes nesta temática são decorrentes de experiências pedagógicas conduzidas no exterior, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde a prática dos debates é amplamente incentivada nas escolas, qualquer que seja o nível de ensino, inclusive no jurídico.

Um exemplo de experiências voltadas ao ensino jurídico vem da tradicional Academia Militar de West Point, nos Estados Unidos. Conforme relata Steven P. Vargo, professor de Direito Constitucional naquela instituição de ensino, após tentar vários outros métodos

inovadores de ensino do Direito, entre eles, a exibição de vídeos, leituras de artigos de notícias e a implementação de pequenos grupos de discussão oral, acabou por introduzir o modelo de ensino por meio de debates. Segundo suas próprias palavras,

Since my introduction of the debate model, I have seen increased cadet preparation for class and an improvement in my cadets' ability to persuasively and succinctly articulate a legal position on constitutional issues that run the gamut from the commerce clause and presidential seizure power to due process in wartime. Still, as the semester drags on, I notice cadet enthusiasm dwindling. As a response, I have replaced debates with other teaching methods with meager results. Upon conducting a survey of my three sections, I found that the majority of the class wanted to continue debating, though there existed in most sections a minority of students that wanted nothing more to do with debates. (VARGO, 2012)<sup>6</sup>.

A par do aperfeiçoamento das habilidades de persuasão e articulação e do entusiasmo em aprender, que passou a identificar em seus alunos, o Professor Vargo também notou um aumento do pensamento crítico, além de maiores engajamento e independência por parte dos mesmos no processo de aprendizagem dos conteúdos ministrados:

Most importantly, debate offers an opportunity for students to move beyond the acquisition of basic knowledge in a subject matter and progress into the types of higher order critical thinking skills that good debate requires. Debaters must analyze, synthesize and evaluate the knowledge they have acquired in order to propose, oppose and make competing choices. Debaters apply course material through the use of well-reasoned arguments that are capable of being understood by not only their professor but also their peers. This process develops and improves oral communication skills, and at the same time, hones students' listening skills as a necessity to make effective rebuttals.

Though some may question the competitive nature of debate in the classroom, it can actually create unique opportunities for students to develop empathy. Through exposure to contrasting viewpoints or by the defense of a position to which a student is opposed, students learn to listen to both sides of an argument and to see things from the other point of view. Debate also provides an opportunity to reduce instructor bias toward subject matter and encourages the introduction of logic and reason into a class that might otherwise be overcome by personal opinions. Though not an all-inclusive list, these are among some of the many reasons why debate has been recognized as one of best methods of learning for two thousand years. (VARGO, 2012)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Desde a minha introdução no modelo de debate, tenho visto um aumento do preparo dos cadetes e uma melhoria em suas capacidades de persuasão, além de uma sucinta articulação de posições sobre questões constitucionais, que funcionam para uma gama de cláusulas de comércio e para o poder de apreensão presidencial para o devido processo em tempo de guerra. Ainda assim, ao longo dos semestres, eu noto uma diminuição do entusiasmo dos cadetes. Como resposta, tenho substituído debates por outros métodos de ensino, obtendo, contudo, resultados escassos. Ao realizar um levantamento das minhas três seções, descobri que a maioria da classe queria continuar a debater, embora existisse na maioria das seções uma minoria de estudantes que não queriam mais nada com os debates. (VARGO, 2012, tradução nossa).

<sup>7</sup> O mais importante: o debate oferece uma oportunidade para os alunos irem além da aquisição de conhecimentos básicos em determinado assunto e progredirem para conhecimentos que envolvem maiores habilidades de pensamento crítico. Os debatedores devem analisar, sintetizar e avaliar o conhecimento que adquiriram, a fim de propor, opor e fazer escolhas concorrentes. Os debatedores aplicam o material do curso por meio do uso de argumentos bem fundamentados que são capazes de ser compreendidos não só pelo seu professor, mas também

Talvez por isso a prática dos debates seja uma ferramenta pedagógica há tempos institucionalizada pelas *Law Schools* para a preparação de seus discentes. Dentro de uma variada gama de modalidades existentes, uma das mais comumente utilizadas consiste nas Competições de Julgamento Simulado – as chamadas *Moot Courts* –, em que os discentes são chamados a, como o próprio nome já denota, simular um julgamento judicial, adotando papéis que seriam desempenhados se aquela se tratasse de uma situação real (PARK, 2009).

Este, inclusive, é o formato de debates adotado em uma Instituição de Ensino brasileira em particular: a Faculdade de Direito de Vitória (FDV), localizada em Vitória-ES. Todos os anos, desde 2006, lá se realiza a chamada *Olimpíada Jurídica*, de que participam vários bacharelados em Direito de todo o país, num julgamento simulado sobre a temática dos Direitos Humanos:

Ao propor aos alunos situações concretas a serem solucionadas, a Olimpíada Jurídica trabalha com a aprendizagem significativa. Esta estratégia apresenta as condições necessárias para que se dê esta modalidade de aprendizagem. [...].

A primeira dessas condições é a disposição para aprender. Envolvido numa competição, há motivação para a aprendizagem. A solução de casos exige aprendizado e não mera memorização. Somente por meio da real apropriação do conhecimento e pelo estabelecimento de relação entre eles conseguirá o aluno solucionar o caso proposto. O trabalho em nível de memorização não é suficiente para obter resultados satisfatórios.

[...]

A importância, o significado, do conteúdo surge naturalmente diante do grande desafio de solucionar as situações apresentadas. Quando se trata do caso final, a relevância é maior, pela complexidade do caso e pelo fator emocional que está envolvido. A experiência de apresentar uma proposta de solução para o caso é marcante e há envolvimento emocional considerável. (MIGUEL; GONÇALVES, 2012, p. 110).

Como existem vários formatos possíveis à ferramenta consistente na realização de debates, um estudo avaliativo mais profundo sobre nos levou a optar por um modelo que, nos últimos anos, vem ganhando bastante prestígio entre os discentes do Ensino Superior, seja em competições nacionais e internacionais, seja em sociedades de debates constituídas no âmbito

---

pelos seus pares. Este processo desenvolve e melhora as habilidades de comunicação oral, e ao mesmo tempo, aprimora as habilidades de escuta dos alunos em razão da necessidade de fazerem refutações eficazes.

Embora alguns possam questionar a natureza competitiva do debate na sala de aula, ele pode realmente criar oportunidades únicas para os alunos desenvolverem empatia. Por meio da exposição a pontos de vista contrastantes ou pela defesa de uma posição para a qual se opõem, os alunos aprendem a ouvir os dois lados de um argumento e a ver as coisas do outro ponto de vista. O debate também oferece uma oportunidade para reduzir a intervenção do instrutor num determinado assunto, incentivando a introdução da lógica e da razão em situações em que imperariam opiniões pessoais. Embora não seja uma lista exaustiva, estas estão entre algumas das muitas razões pelas quais o debate foi reconhecido como um dos melhores métodos de aprendizagem dos últimos dois mil anos. (VARGO, 2012, tradução nossa).

de diversas universidades brasileiras e do mundo inteiro: o dos debates competitivos em *British Parliamentary*.

[O] *British Parliamentary Debate*, também conhecido como *BP*, [é o] modelo de debates competitivos utilizado internacionalmente (inclusive no *WUDC – World Universities Debating Championships*) e inspirado no funcionamento dos debates do parlamento inglês. Dessa forma, o tema a ser debatido em cada partida é apresentado na forma de uma Moção (ou Proposição) – ou seja, é a ideia contida em um projeto de lei.

No formato original, 4 (quatro) duplas de debatedores são divididas entre as duas bancadas do debate: *The Government* e *The Opposition*. Tanto a Moção quanto as duplas que participarão de cada partida (e suas posições no debate) são definidas por sorteio pouco tempo antes do início dos debates (por exemplo, 15 minutos) reservando-se esse intervalo para que as duplas revisem suas notas sobre o tema da Moção e articulem suas estratégias. (INSTITUTO, 2016, p. 3).

Baseando-nos em todos esses pontos positivos, e no intuito de promover um permanente estado de reflexão em sala de aula, no primeiro semestre letivo de 2017, no âmbito da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica, pusemos em prática as duas metodologias de ensino pesquisadas. Esta foi a segunda fase da Pesquisa em Ensino decorrente do Projeto.

Os moldes como foram as mesmas empregadas, bem como as dificuldades enfrentadas e as adaptações promovidas são objeto de explanação no próximo item.

## **5. A experiência posta em prática no âmbito da disciplina *Oficina de Linguagem Jurídica***

Logo que aberto o primeiro semestre letivo de 2017, já na segunda fase da Pesquisa em Ensino, nos deparamos com uma dificuldade digna de ser considerada para a implementação de qualquer metodologia participativa de ensino: o número bastante elevado de discentes matriculados na disciplina Oficina de Linguagem Jurídica. Tínhamos, com isto, o primeiro desafio a enfrentar: saber de que maneira faríamos a experimentação das ferramentas cujas características havíamos pesquisado – os seminários temáticos e os debates competitivos – em uma turma de 60 discentes.

A par disso, tínhamos de lidar com outra dificuldade, também decorrente do montante de discentes matriculados: de que forma poderiam ser realizados debates competitivos entre todos os 60 discentes se esta ferramenta, em função do perfil que optamos por aplicar em nossa disciplina, envolve a participação de até 8 discentes a cada debate? Ora, sendo formadas 4 duplas de debatedores por vez – 2 delas pela defesa de uma determinada moção e as outras 2,

pela oposição –, restaria inviabilizada a metodologia se fôssemos utilizá-la na totalidade da turma, vez que 4 discentes ficariam de fora dos debates.

Por conta de tais empecilhos, acabamos por definir os seminários temáticos como a metodologia a ser empregada durante as aulas práticas da disciplina. Além de poder envolver a totalidade da turma – bastando que, para tal, esta se dividisse em grupos menores –, seria possível ao docente observar a forma como os discentes construiriam seus raciocínios e argumentos a respeito de algum assunto específico, precisamente no ato em que estivessem expondo aos seus colegas o que haviam planejado apresentar em cada seminário.

No entanto, antes das apresentações dos seminários temáticos, seria preciso que os discentes tomassem contato com a perspectiva teórica dos conteúdos analíticos da disciplina em questão, até para que tivessem algo para colocar em prática. Por este motivo, definimos por planejar nossas aulas teóricas, não no intuito de ensinar técnicas de argumentação e oratória – o que não nos ergueria do comum de diversos cursos preparatórios existentes no mercado, muitos deles, inclusive, formatados fora da dimensão jurídica –, mas para conscientizá-los da importância do aspecto discursivo de construção do Direito, principalmente nos dias atuais.

Neste sentido, sabemos que existem inúmeras obras passíveis de serem trabalhadas para a compreensão dos conteúdos analíticos da disciplina. Especificamente no aspecto da filosofia da linguagem, são dignos de nota três importantes autores: Ludwig Wittgenstein (1889-1951), com seus jogos de linguagem<sup>8</sup>, John L. Austin (1911-1960), com sua teoria dos atos de fala<sup>9</sup> e John Searle (1932- )<sup>10</sup>, os dois últimos representantes da chamada Escola Analítica de Oxford. Eis que contributos essenciais à teoria de justificação das afirmações normativas do filósofo alemão Jürgen Habermas (1929- ), com sua noção de consenso da verdade<sup>11</sup> – haja vista que o próprio Habermas entende a sua teoria como um desdobramento da análise dos jogos de linguagem de Wittgenstein – e, posteriormente, à teoria da argumentação proposta pelo filósofo do direito Chaïm Perelman (1912-1984)<sup>12</sup>.

Contudo, estando os discentes matriculados apenas no 3º período do Curso de Direito, ao invés daquelas obras mais analíticas e profundas, julgamos extremamente oportuno

---

<sup>8</sup> Tal teoria foi fundamentalmente produzida em sua obra *Investigações Filosóficas*, publicada postumamente, em 1953, graças ao esforço de organização, tradução e edição dos herdeiros de seu espólio literário.

<sup>9</sup> Austin, na verdade, parte da teoria pragmática de Wittgenstein para desenvolver sua teoria, primordialmente presente em sua obra *How to do things with words*, um conjunto de conferências por ele proferidas e reunidas em um único volume, publicado pela primeira vez em 1951.

<sup>10</sup> A título ilustrativo, podemos citar duas de suas principais obras: *Speech Acts: an essay in the Philosophy of Language*, de 1969, e *Expression and meaning: studies in Theory of Speech Acts*, de 1979.

<sup>11</sup> Decorrente sobretudo de sua obra *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*, publicada em 1999.

<sup>12</sup> Teoria esta exposta em sua obra, escrita em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*, de 1958.

perspectivar tópicos da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr., intitulada *Direito, retórica e argumentação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, publicada pela Editora Saraiva<sup>13</sup>. Uma obra que, a despeito de também bastante densa – como, aliás, deve ser qualquer doutrina jurídica que se pretenda coerente e científica –, é destituída de pretensões transcendentais, ontológicas ou epistemológicas, ao contrário das anteriormente citadas. Isto é o que confessa o próprio autor:

É preciso salientar, desde o início, que o caráter desta investigação não é nem ontológico nem epistemológico, embora as relações do que ali se diz com uma ontologia jurídica e com uma epistemologia da Ciência do Direito sejam possíveis. Isso quer dizer que não pretendemos propor uma investigação do que *é* o Direito, ou do que *é* a norma, nem uma teoria da ciência jurídica, que ponha a descoberto as suas condições de possibilidade. Estamos conscientes, nesse sentido, de que tudo o que porventura se diga *do* Direito, *da* norma ou *da* Ciência do Direito não pretende esgotar a sua essencialidade, o que é, aliás, o objetivo de qualquer ontologia e epistemologia. Nosso propósito é mais modesto e se circunscreve à produção de um *esquema* pragmático do *discurso* jurídico que, não tendo um sentido transcendental, pretende apenas ser um modelo por meio do qual se possa *estudar e pesquisar* a ação discursiva empírica dos agentes jurídicos. (FERRAZ JR., 1997, p. XIII).

Assim, escolhida a obra a ser analisada, foi o que fizemos ao longo das primeiras 6 aulas teóricas da referida disciplina. E o fizemos, ênfase seja dada, por meio da metodologia de aulas expositivas dialogadas<sup>14</sup>.

Nas 9 aulas seguintes, dividida a turma – em 6 grupos de 7 discentes e 3 outros grupos de 6 discentes cada –, revezaram-se os mesmos nas apresentações de seus seminários temáticos. No intuito de aproximar os discentes da realidade sócio-político-econômica por que passava – e ainda passa – o País, realidade esta, em nossa opinião, intimamente conectada com a crise institucional atualmente vivida pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, definimos estes como sendo os temas a serem desenvolvidos por meio dos seminários:

- O exame da OAB como requisito para a prática advocatícia;
- O ativismo judicial no Brasil;
- O programa de colaboração premiada nos casos decorrentes da Operação Lava-Jato;

<sup>13</sup> A escolha da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. em detrimento de todas as demais será um dos pontos a serem perspectivados tanto nos questionários quanto nas entrevistas semiestruturadas que ainda pretendemos aplicar aos discentes e docentes envolvidos com a experimentação posta em prática, até para que possamos definir se esta será a base científica a ser desenvolvida nas aulas teóricas dos próximos semestres letivos de seu oferecimento.

<sup>14</sup> Mesmo com relação às aulas teóricas, tivemos o cuidado que fossem realizadas o mais dialogadamente possível, razão por que solicitamos aos discentes a leitura prévia de tópicos da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. à medida em que iam sendo trabalhados em sala de aula.

- Aspectos de Direito Internacional Humanitário no caso do Conflito Armado da Síria;
- Aspectos de Direito Internacional Comunitário no caso do BREXIT;
- A atual Reforma Previdenciária;
- A atual Reforma Trabalhista;
- A atual Reforma Política;
- A metodologia e o processo de escolha dos Ministros do STF.

Para que todos os grupos trabalhassem em plena igualdade de condições, dois expedientes foram fundamentais na fase de preparação dos seminários. Em primeiro lugar, a liberação dos temas não se deu de uma só vez no início do semestre letivo, mas paulatinamente ao longo do mesmo, de modo a permitir que cada grupo dispusesse exatamente de 2 semanas para a preparação de seu seminário. Em segundo lugar, considerando que os discentes eram apenas iniciantes no Curso de Bacharelado em Direito e que, por esta razão, muito provavelmente, ainda não teriam tido a oportunidade de tomar contato mais profundo com nenhum desses temas ao longo das disciplinas já integralizadas durante a graduação, eles puderam contar com a colaboração de 5 outros docentes do Departamento de Direito da UFV. No total, incluindo o docente responsável por conduzir a disciplina Oficina de Linguagem Jurídica, contabilizaram-se 6 docentes envolvidos, 3 deles prestando auxílio a 2 grupos cada, e os outros 3 docentes a 1 grupo de discentes cada, todos eles dentro de suas respectivas áreas de especialidade na carreira docente<sup>15</sup>.

Além disso, sobre esta primeira fase de preparação dos seminários, relevante ressaltar também a inteira autonomia conferida aos discentes para que pesquisassem os seus respectivos temas da forma como bem entendessem e nas obras de referência que bem quisessem. Os únicos pontos que não dependeram de sua escolha foram, conforme já explicitamos, a delimitação dos temas e a indicação dos docentes que lhes prestariam auxílio, docentes estes a quem deveriam entrevistar, dentro das 2 semanas anteriores a cada apresentação, apenas para que tivessem um

---

<sup>15</sup> Um professor de Teoria do Direito e Filosofia do Direito prestou auxílio aos grupos que analisaram o exame da OAB e o ativismo judicial no Brasil; um professor de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, auxiliou os grupos que apresentaram seminários sobre a reforma trabalhista e a reforma previdenciária; e outro professor de Direito Internacional Público, Direito da Integração e Direito Internacional Humanitário, ajudou os grupos sobre o conflito armado da Síria e sobre o BREXIT. Mais três outros docentes ficaram a cargo de orientar um grupo cada: o grupo da operação Lava-Jato ficou a cargo de um professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; o que falou sobre a reforma política, de um professor de Direito Constitucional; e o grupo sobre a escolha dos Ministros do STF, de outro professor de Direito Constitucional da UFV.

ponto de vista abalizado e pudessem ser orientados a respeito da adequação ou não dos caminhos e das metodologias de pesquisa por eles escolhidos para a preparação dos seminários.

Sobre a fase de exposição oral dos conteúdos dos seminários, esta se desenvolveu a partir da combinação de dois expedientes: os primeiros 50 minutos de cada aula prática destinaram-se às apresentações dos discentes – apresentações estas nas quais todos os integrantes do grupo foram instados a se envolver, já que seriam avaliados individualmente neste quesito – e os outros 50 minutos finais, com discussões com toda a turma, conduzidas e intermediadas pelo docente da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica.

Acerca da terceira fase dos seminários temáticos – precisamente a voltada a sua avaliação –, oportuno destacar que os discentes, além de avaliados individualmente pelo conteúdo oral apresentado em sala de aula, conforme, aliás, já frisado acima, também foram avaliados enquanto grupo. Quesito em que se tomou em consideração a qualidade e a técnica com que confeccionados os roteiros apresentados aos colegas de turma, quando da apresentação dos seminários.

Apresentados todos os seminários e definidas 2 das 3 notas da disciplina – as apresentações orais dos seminários foram avaliadas individualmente em 40 pontos e os roteiros escritos, em 25 pontos, distribuídos estes como nota única de cada grupo –, reservaram-se as 2 últimas aulas previstas para a aplicação da avaliação derradeira. Avaliação esta que seria alternativa, a depender da escolha a ser comunicada pelos discentes antes do início da realização dos seminários temáticos. A eles coube optar entre participar de um debate competitivo ou responder a uma prova dissertativa sobre os conteúdos teóricos trabalhados nas 6 primeiras aulas da disciplina. O debate realizou-se num dia e a prova, no seguinte, somente para aqueles que não se interessaram em debater.

Como 16 dos 60 discentes manifestaram sua escolha por debater, realizaram-se dois debates competitivos, um consecutivo ao outro, cada um dos quais com a duração aproximada de 1h 30min. Dessa forma, solucionou-se o primeiro dos dilemas apresentados, relativo à inviabilidade de se realizarem debates com a totalidade dos matriculados na disciplina.

Com relação aos temas dos debates, como deveriam ser escolhidos a partir daqueles já trabalhados nos seminários, para que nenhum discente pudesse ser injustamente beneficiado, por, por ventura, debater sobre aquele previamente estudado por seu grupo na dinâmica anterior, os temas para os debates foram definidos por sorteio, e as moções, a partir deles, formuladas.

Eis os temas e as moções divulgados com a antecedência de 2 semanas em relação à data dos referidos debates<sup>16</sup>:

- Tema: Aspectos de Direito Internacional Comunitário no caso do BREXIT/ Moção: *Esta Casa apoia a saída do Reino Unido da União Europeia*;
- Tema: Aspectos de Direito Internacional Humanitário no caso do Conflito Armado da Síria/ Moção: *Esta Casa acredita que a União Europeia deve criar um mecanismo de acolhimento permanente e obrigatório para os refugiados da Guerra da Síria*.

Sobre a preparação dos debates competitivos, cabe asseverar que, seguindo as regras do *British Parliamentary*, as duplas previamente formadas pelos próprios discentes só tomaram ciência tanto da posição em que deveriam argumentar, quanto da ordem em que deveriam discursar – se primeira ou segunda duplas de defesa ou se primeira ou segunda duplas de oposição – nos 15 minutos que antecederam cada um dos debates, justamente o lapso de tempo que dispuseram para acertar entre si as estratégias de raciocínio e argumentação de que lançariam mão.

Iniciados os debates, também segundo as regras do *British Parliamentary*, aos membros de cada uma das duplas foi dado discursar sobre o seu próprio ponto de vista por no máximo 7 minutos. Além de discursar livremente, durante este tempo os oradores também puderam ser instados a responder a colocações acaso formuladas pelos membros de duplas contrárias – os chamados pontos de informação. Razão por que foram julgados tanto pelos discursos quanto por sua desenvoltura diante dos pontos de informação apresentados.

Os julgadores dos debates competitivos – chamados de adjudicadores – foram 3 dos 6 docentes envolvidos com a metodologia dos seminários temáticos e as notas, valoradas em 35 pontos e atribuídas individualmente a cada um dos 16 discentes oradores, obtidas estas a partir da média aritmética das notas definidas por cada adjudicador.

---

<sup>16</sup> Quanto a este ponto, no intuito de permanecer na mesma sistemática adotada para os seminários temáticos, foi preciso promover uma adaptação em relação às regras do *British Parliamentary*: ao invés de as moções serem disponibilizadas com apenas 15 minutos de antecedência – como no formato original adotado nas competições e nas sociedades de debate em geral –, optamos por disponibilizá-las, assim como os temas a partir dos quais foram definidas, 2 semanas antes da realização dos debates.

## 6. Considerações finais

Empregadas tais metodologias participativas, resta-nos agora verificar se as mesmas se prestaram aos objetivos metodológicos esperados. Falamos aqui da dinamização e otimização do processo de ensino-aprendizagem que, a partir de nossas percepções, julgamos ter auferido em relação aos conteúdos abordados na disciplina Oficina de Linguagem Jurídica. Tal julgamento, no entanto, porquanto fundado apenas nos resultados das primeiras 2 fases da Pesquisa em Ensino, só pode ser enunciada nos termos da potencialidade – ou seja, da eficiência – dos seminários temáticos e dos debates competitivos em atingir tais objetivos metodológicos. Nunca em termos de sua plena e perfeita eficácia<sup>17</sup>.

Daí porque, na terceira fase da Pesquisa em Ensino, partindo da hipótese de que, além de eficientes, tais metodologias participativas se mostrariam também eficazes neste sentido, tencionamos proceder à aplicação de questionários e de entrevistas semiestruturadas aos discentes e docentes envolvidos com a experimentação posta em prática, de modo que também as suas percepções possam ser, dentro da perspectiva da pesquisa qualitativa que ainda se fará, coletadas, registradas e analisadas.

Os questionários, enquanto “instrumento[s] de coleta de dados constituído[s] por uma série ordenada de perguntas, que devem ser respondidas por escrito e sem a presença do entrevistador” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 201), serão formulados e dirigidos a toda a população envolvida na experimentação didática, a dizer os 60 discentes matriculados na disciplina Oficina de Linguagem Jurídica e os 5 docentes – excluído, obviamente, o responsável pela condução da disciplina – que colaboraram na fase de preparação dos seminários temáticos e na adjudicação dos debates competitivos realizados. Por possibilitarem abranger este elevado montante de pessoas simultaneamente, a economia de tempo na coleta de campo e o grande número de dados por eles proporcionada é um indicador mais do que relevante para a escolha desta técnica como mais adequada para a determinação da amostragem a que serão posteriormente dirigidas as entrevistas semiestruturadas. Justamente por isso, os questionários são tidos como uma “técnica de observação extensiva”, ao passo que as entrevistas, “técnicas de observação intensiva” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 201-211 e 195-200).

---

<sup>17</sup> Embora eficiência e eficácia façam parte do mesmo campo semântico, tais termos são tomados aqui não como sinônimos. De fato, com relação ao vocábulo eficiência, pondera Nicola Abbagnano que: “[...] hoje, em todas as línguas, esse termo é empregado [...] como correspondência ou adequação de um instrumento à sua função ou de uma pessoa à sua tarefa.” (ABBAGNANO, 2000, p. 307). Já quanto ao adjetivo eficaz, para André Lalande, seria aquilo “[...] que produz o efeito para o qual tende (em oposição à *ineficaz*).” (LALANDE, 1996, p. 289).

Por sua vez, as entrevistas semiestruturadas, como sendo conversações efetuadas face a face e de maneira metódica, a partir de um roteiro previamente estabelecido, mas que permite ao pesquisador proceder a adaptações de suas perguntas, bem como alterar a ordem dos tópicos ou mesmo formular outras perguntas, justamente por fornecerem uma amostragem muito melhor da população geral e por permitirem o acesso a informações mais precisas (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 194-198), serão a técnica aplicada, como dissemos acima, àqueles respondentes aos questionários que se dispuserem a colaborar de maneira mais direta com a nossa Pesquisa. A ordem estabelecida entre as técnicas de pesquisa a serem empregadas – primeiro os questionários e em seguida as entrevistas – deve-se à suposição de que nem todos os questionários serão respondidos e/ou nem todos os respondentes dos mesmos questionários estarão dispostos a conceder entrevistas, que, por si só, são mais demoradas que aqueles.

Somente procedendo dessa forma, seremos capazes de produzir dados efetivamente empíricos sobre o problema por nós levantado, transpondo, assim, a mera eficiência – detectada nas 2 fases já concluídas da Pesquisa em Ensino e relatada no presente trabalho – e alcançando a confirmação, ou não, da eficácia das metodologias participativas aqui perspectivadas em atingir a otimização e dinamização do processo de ensino-aprendizagem dos conteúdos da disciplina Oficina de Linguagem Jurídica.

## 7. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALMEIDA, Frederico de; SOUZA, André Lucas Delgado; CAMARGO, Sarah Bria de. Direito e realidade: desafios para o ensino jurídico. In: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina (Orgs.). **Ensino do direito em debate**: reflexões partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 19-32.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. **Resolução CNE/CES 9, de 29 de setembro de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Universidade Federal de Viçosa. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Departamento de Direito. **Currículo do Curso de Direito: Bacharelado**, 2016. Disponível em: <<http://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/Matriz-Direito-2016.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Universidade Federal de Viçosa. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Departamento de Direito. **Programa Analítico de Disciplina: DIR 107 – Oficina de Linguagem Jurídica**. Disponível em: <<http://www.catalogo.ufv.br/PDF/2018/vicosa/DIR107.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

DIESEL, Aline; BALDEZ, Alda Leila Santos; MARTINS, Silvana Neumann. Os princípios das metodologias ativas de ensino: uma abordagem teórica. **Revista Thema**, v. 14, n. 1, p. 268-288, 2017.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GIL, Antonio Carlos. **Didática do ensino superior**. 1.ed. 2.reimp. São Paulo: Atlas, 2007. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEBATES. Parli Brasil. **Guia de estudos**: debate competitivo. 2017. Disponível em: <[http://ibdebates.org/site/docs/Guia\\_Estudos\\_2017.pdf](http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torre e Maria Gorete de Souza; revisão da tradução de Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MACHADO Ana Mara França; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Seminário. In: GHIRARDI, José Garcez (Org.). **Métodos de ensino em direito**: conceitos para um debate. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-100.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIGUEL, Paula Castello; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti Gonçalves. Aprendizagem significativa no ensino jurídico: a experiência da olimpíada jurídica FDV. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO/UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. **XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF**: direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 93-119. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=137>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MOTA, Marcel Moraes. Ensino e raciocínio jurídicos: ensinar ou ensinar a pensar?. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1168-1187. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007).pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

NASCIMENTO, Luciana Vieira Nascimento; TOVO, Graça Léia Melhado. A crise do direito e o seu reflexo na qualidade do ensino jurídico no Brasil. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1168-1187. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PARK, Julian. **The use of debates as a learning or assessment tool**. London: University of Reading – Centre for the Development of Teaching and Learning, 2009. Disponível em: <[https://www.reading.ac.uk/web/FILES/cdotl/The\\_Use\\_of\\_Debates\\_as\\_a\\_Learning\\_or\\_Assessment\\_Tool.pdf](https://www.reading.ac.uk/web/FILES/cdotl/The_Use_of_Debates_as_a_Learning_or_Assessment_Tool.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Debate. In: GHIRARDI, José Garcez (Org.). **Métodos de ensino em direito**: conceitos para um debate. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-30.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A gestão da onipotência: ensinar direito a iniciantes. 2007. In: GHIRARDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (Orgs.). **Ensino jurídico**

**participativo**: construção de programas, experiências didáticas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271-290.

VARGO, Steven P. **Teaching by debate**. West Point: United States Military Academy – Center for Faculty Excellence, 2012. Disponível em: <[http://www.usma.edu/cfe/literature/vargo\\_12.pdf](http://www.usma.edu/cfe/literature/vargo_12.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VEIGA, Ilma Passos Alencastro. O seminário como técnica de ensino socializado. In: VEIGA, Ilma Passos Alencastro (Org.). **Técnicas de ensino**: por quê não? Campinas: Papirus, 1991, p. 103-113.

## EDUCAÇÃO E ELITES JURÍDICAS: ESPAÇOS DE FORMAÇÃO DOUTORAL EM DIREITO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

**Vinicius Wohnrath**

*Universidade Estadual de Campinas*

### **Resumo**

Esta pesquisa ilumina os centros de ensino responsáveis pela formação dos doutores em Direito no Brasil contemporâneo, grupo legitimado para produzir a doutrina jurídica e orientar alunos em programas de pós-graduação *stricto sensu*. Tomando como fontes as plataformas Lattes e Sucupira, confirmamos a expansão do ensino jurídico nas últimas três décadas mostrada pela literatura na área. Identificamos os espaços de formação dos doutores em Direito a partir de uma clivagem entre universidades públicas e confessionais. Como resultado, problematizamos equilíbrios bastante naturalizados pelos analistas do campo jurídico, especialmente quanto a posição da Igreja Católica nos processos de educação das elites jurídicas nacionais.

**Palavras-chave:** Campo jurídico, ensino jurídico, pós-graduação, universidades.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this study is to highlight the institutions educating the Brazilian legal elites. Taking as sources the Lattes and Sucupira platforms, we have tracked the expansion of the education in law at a postgraduate level in the last three decades. Moreover, we emphasize on the cleavage between public and confessional universities, the main training spaces of doctors in law, as our study issue. As a result, we have managed to problematize the balance pre-settled by analysts, regarding the position of the Catholic Church in the processes of education of legal elites in Brazil.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal field, legal education, postgraduate studies, universities, Brazil.

## 1. Introdução

A partir dos resultados parciais de uma pesquisa de pós-doutorado desenvolvida na Unicamp<sup>1</sup>, este *paper* tem como objetivo iluminar as características institucionais dos centros de ensino autorizados para educar um dos estratos das elites jurídicas brasileiras, aqui identificado como sendo os doutores em Direito. Para entender essa composição específica, que atinge tanto o mundo do Direito, quanto da Educação e da Política, nosso aporte metodológico será a sociologia *bourdieusiana*, especificamente o conceito de *campo* e seus suportes teóricos (BOURDIEU, 2014, p. 294–310, 2015, p. 489–686, 2016, p. 239–280; BOURDIEU; FRITSCH, 2000). Assim, tomaremos *campo* como sendo os “espaços estruturados de posições, com agentes que trabalham nesses campos de força” ajustados aos seus diferentes tipos de *capital*, ou seja, ao “conjunto de bens simbólicos que remetem aos conhecimentos adquiridos pelos agentes e que se apresentam por eles no estado incorporado”, sobretudo aqueles encarnados “socialmente no estado institucionalizado por títulos, diplomas e êxito em concursos<sup>2</sup>” e no conjunto de heranças familiares (CHAUVIRÉ; FONTAINE, 2008, p. 15; 19).

Por outro lado, devemos assumir, *a priori*, a advertência de Bernard Lahire: “não é fácil resumir as propriedades essenciais de um campo”. É preciso considerar que o conceito remete à delimitação de um “microcosmo [...] com regras do jogo e desafios específicos”, cuja dinâmica condiz com espécies de luta, simbólicas ou não, cujo objetivo “reside na apropriação de capitais específicos, obtenção do monopólio do capital específico legítimo e/ou a redefinição desse capital [...], desigualmente distribuído no seio do campo”. Essa perspectiva permite ao pesquisador, a partir de trabalho empírico sobre o *corpus* documental, estabelecer clivagens entre grupos *dominantes* e *dominados*, considerando que a “distribuição desigual do capital determina como a estrutura do campo que é definida” em relação ao estado histórico de forças entre “agentes e instituições”. Esse movimento deverá supor, ainda, que somente aqueles que “tiverem incorporado o *habitus* próprio do campo estão em condições de disputar o jogo e de acreditar na importância dele” (LAHIRE, 2017, p. 64–65).

No curso desta pesquisa, estamos buscando instrumentalizar as posições dos agentes significativos que atuam, especificamente, no campo jurídico<sup>3</sup> para o Brasil contemporâneo. Tomamos esse campo como sendo o “lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o Direito,

---

<sup>1</sup> Esta pesquisa é desenvolvida com recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp. Processo número 2017/18251-0.

<sup>2</sup> Tradução livre.

<sup>3</sup> Sobre o conceito de *campo jurídico*, formulado por Bourdieu (1986, 2001), conferir as interpretações de Almeida (2017), Israel (2017) e Lenoir (2017).

ou seja, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, onde os competidores são investidos de uma competência inseparavelmente social e técnica [...]”, demonstrando uma “capacidade socialmente reconhecida de *interpretar* – de maneira mais ou menos livre ou autorizada – o corpus de textos que consagram a visão legítima, direita, do mundo social<sup>4</sup>” (BOURDIEU, 1986, p. 4). Especificamente, visamos oferecer uma interpretação sobre as instituições com prestígio social reconhecido, capacidade de concorrer pelo Direito *legítimo* e capazes de reproduzir certas competências escolares distintivas. Essa opção deverá permitir posicionar as escolas de direito em espaços específicos do campo desenhado, com foco naquelas legitimadas para distribuir *medidas* de capital cultural traduzidas como sendo os títulos mais prestigiosos – e mais altos – na hierarquia dos diplomas escolares. Ademais, possibilitará alcances analíticos posteriores, considerando que, neste momento, o problema que se impõe é compreender as características elementares dos centros que cancelam os diplomas de parte da elite jurídica, especificamente do grupo capaz de produzir e reproduzir visões de mundo desde as universidades, além de se colocar como legítimo, com base em expertise específica, para *dizer o Direito*.

Tomando como fontes principais duas plataformas mantidas pelo Governo Federal, a *Lattes* e a *Sucupira*, além da Avaliação Quadrienal Capes (SANTOS; MAUÉS; SIQUEIRA, 2017) e do Sistema de Informações Georreferenciadas (GeoCapes), nesse artigo buscamos uma clivagem pela natureza institucional dos programas de pós-graduação responsáveis pelo treinamento de juristas brasileiros capazes de ocupar postos em diferentes espaços do campo (no poder público, em profissões liberais, etc.) em concomitância com cargos em certas universidades, repercutindo na formação doutoral dos futuros altos quadros. Neste momento da pesquisa, adiantando um ponto que iremos explorar mais adiante, estamos interessados pela participação dos centros mantidos pela Igreja Católica na escolarização, em diferentes níveis, das elites dirigentes do Estado Nacional. Buscamos nos inscrever, então, em correntes interpretativas com larga tradição na História da Educação e na Sociologia da Educação, que dão conta das disputas entre laicos e confessionais para educar diferentes estratos da população. Especificamente quanto à educação dos doutores em Direito, mormente um subgrupo altamente capitalizado dessas elites, a organização de dados e informações constante deste artigo enfrenta a baixa *tradição* temática do objeto pretendido em pesquisas nas áreas do Direito, da Educação e das Ciências Sociais.

---

<sup>4</sup> Tradução livre.

Num sentido mais geral, focalizar as características (origens familiares, região geográfica, geração, trajetória acadêmica e profissional, práticas, redes, etc.) dos agentes que tem investido em adquirir o mais alto grau escolar, além de assumiram a universidade como um de seus lugares prioritários de atuação, condiz com um objeto de pesquisa relativamente novo, e ainda em consolidação, no País. Poucas investigações sobre os doutores em Direito foram desenvolvidas, sendo que parte delas exploram dados estatísticos da Capes, como Carlos Benedito Martins & Inaiá Carvalho (2003). Também precisamos destacar que nos últimos anos o interesse sobre a temática da estrutura da pós-graduação em Direito e da produção das elites jurídicas tem aumentado gradativamente – como demonstram as publicações assinadas por Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2017) e por Otávio Luiz Rodrigues Jr., Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Chiarello de Souza Pinto (2017), além do funcionamento de grupos de trabalho em encontros de associações – como o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), a Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi), a Rede Empírica em Direito (REED) e a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Esse movimento indica que as análises sobre educação jurídica e pesquisa em Direito, mas também sobre as instituições e agentes que dão vida ao campo, vem entrando nas pautas de investigadores desde uma perspectiva multidisciplinar, movimentando estudiosos lotados nas ciências jurídicas e em áreas de saber correlatas.

Esses estudos específicos sobre a formação escolar dos juristas guardam relação com um objeto mais consolidado no Brasil: o estudo das trajetórias das elites jurídicas<sup>5</sup> e seus deslocamentos pelos campos jurídico, político e econômico. Produzidos na área da Sociologia Política, esses trabalhos, via de regra, articulam referenciais teóricos franceses<sup>6</sup> (ALMEIDA, 2010; ENGELMANN; MADEIRA, 2015; FONTAINHA; SANTOS; OLIVEIRA, 2017). Por outro lado, essa *recente* agenda de pesquisa visualizada nos círculos intelectuais brasileiros contrasta com o que observamos em países com larga tradição em investigar a educação de elites, a reprodução das desigualdades e a sua relação direta com próprio fenômeno jurídico. Na França, desde meados da década de 1960, foram realizadas enquetes sobre a educação de doutores em diferentes áreas, além de existir uma preocupação específica sobre a posição das escolas de poder e suas relações específicas com o mundo do Direito e com o *mundo científico* (ISRAËL, 2009; ISRAËL; BILAND, 2011; KARADY, 1991; LEBARON; BUTTON;

---

<sup>5</sup> É importante destacar que estudos sobre outros estratos das elites (políticas, empresariais, intelectuais, eclesiásticas, etc.) encontram larga tradição no Brasil. Vem sendo desenvolvidos desde fins dos anos 1960, a partir de referenciais americanos e das escolas francesas.

<sup>6</sup> As teses, técnicas e métodos de Bourdieu para a análise da reprodução e da composição do espaço social vêm norteando boa parte dos pesquisadores brasileiros desde os anos 1970.

MARIOT, 2017). Esses trabalhos articulam a sociologia reflexiva, desenvolvendo os problemas de pesquisa inaugurados ou desenvolvidos em *La Noblesse d'État*, *Homo Academicus* e *A Reprodução* (BOURDIEU, 1989, 2013; BOURDIEU; PASSERON, 2008).

Diante dessa necessidade de investimentos no estudo da educação das elites jurídicas brasileiras, nos é demandado a coleta e organização de variáveis básicas, além da produção de clivagens sobre a educação dos doutores em Direito atuantes no País. Nosso primeiro passo foi coletar, organizar e tratar fontes primárias e secundárias que sirvam para melhores interpretações. A hipótese que nos norteia é que há uma possível distribuição dos programas de doutorado em Direito entre instituições laicas (públicas, federais ou estaduais) e confessionais (sobretudo as mantidas pela Igreja Católica). Revela uma preocupação, e investimento específico, de duas instituições dominantes e, por vezes, concorrentes, que estão geneticamente entrelaçadas (BOURDIEU, 2014; LÖWY, 2014; WEBER, 2004a, 2012). Possivelmente, trata-se de uma especificidade brasileira em relação à França, país tomado para comparação, onde o treinamento formal das altas hierarquias administrativas, jurídicas e acadêmicas está bastante concentrado nas chamadas *escolas de poder* – algumas poucas universidades do *Quartier Latin* e as *grandes écoles*<sup>7</sup>, públicas e laicas, que participam diretamente, desde o sistema escolar, da reprodução da cultura *legítima*<sup>8</sup> (BOURDIEU, 1989; BOURDIEU; PASSERON, 2014; ISRAËL; BILAND, 2011; LEBARON; BUTTON; MARIOT, 2017).

Por outro lado, ainda que pese a força que as universidades públicas têm na titulação das elites jurídicas – sobretudo na França, onde há baixa, quiçá nula, presença de estabelecimentos confessionais no rol<sup>9</sup> – não podemos desprezar a gênese do próprio Estado Nacional, instituição que em seu primeiro momento trouxe, para seu *corpus* administrativo, os juristas católicos. No Ocidente, esta matriz explicativa pode ser encontrada em diferentes obras, como as de Max Weber (2004b), Norbert Elias (1993) e Pierre Bourdieu (2014, 2015). Ao que parece, considerando a expressiva presença de universidades católicas existente no Brasil<sup>10</sup>, a literatura vem naturalizando os interesses específicos de determinados *loci* de poder. Afinal, educar aqueles que serão os responsáveis pela gestão do *interesse* público, parcela destacada

<sup>7</sup> As “escolas de poder” no espaço das universidades – *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*; *Université Paris 2 Panthéon-Assas*; *Université Paris 4 Paris-Sorbonne* – e das *grandes écoles* imbricadas com os dirigentes do serviço público francês – *École Normale Supérieure*, *Sciences Po*, *École Nationale de la Magistrature*, *École Nationale d'Administration*, etc.

<sup>8</sup> Um debate sobre *cultura legítima* pode ser encontrado em Bourdieu (2007). Ver, também, Passiani & Arruda (2017) e Nogueira & Nogueira (2015).

<sup>9</sup> Curiosamente, ainda no mundo francófono europeu, a Bélgica parece operar sobre bases inversas das francesas, com um forte investimento da Igreja Católica sobre o ensino superior e a formação de juristas, como a *Université Catholique de Louvain* (oportunamente, nos averiguaremos essa suposição em outros trabalhos).

<sup>10</sup> E na América Latina como um todo, conforme é possível apreender em Beigel (2011).

dos dirigentes do Estado, com capacidade para conferir materialidade aos discursos simbólicos, deve resultar de uma atividade calculada, ainda que nem sempre explícita.

## 2. Educação das elites jurídicas: em busca da gênese de uma preocupação científica

Entender como surgem as preocupações científicas é um passo importante na tradução e interpretação do próprio fenômeno tratado como *problema*<sup>11</sup>. Uma das motrizes da sócio-história e da sociologia reflexiva, trata-se da busca pela gênese dos fenômenos como chave explicativa das disputas, alianças, interesses em jogo, vitórias e derrotas que vem se mantendo no tempo (WOHNRATH, 2010). Encontra instituições e agentes, permitindo desnaturalizar relações e “compreender o desenvolvimento dos instrumentos políticos relacionados às relações de poder<sup>12</sup>” que estão implícitas ou explícitas (NOIRIEL, 2009, p. 44–46).

Desde que a Sociologia do Direito ganhou corpo dentre os pesquisadores brasileiros, em meados dos anos 1980, uma série de investigações pautadas por métodos híbridos foi desenvolvida. Observando a literatura, em artigo em defesa da Sociologia Política do Direito, Fernando Fontainha, Fabiana Luci de Oliveira & Alexandre Veronese recuperam a gênese da relação entre o Direito e a Sociologia, disciplina mais estruturada em termos de campo acadêmico, constando da base da criação Universidade de São Paulo (USP), em 1934. Destaca-se a preocupação com as elites dirigentes, presente nos estudos iniciais em Sociologia no País: os clássicos sobre a formação do Brasil deixavam explícita essa tendência, como apreendemos em Raymundo Faoro (2008), Sérgio Buarque de Holanda (2016) e José Murilo de Carvalho (1998, 2012). Marco explicativo importante nessas teses decorre da análise das imbricações entre a cultura legítima – tão bem manejada pelos tradicionais *bacharéis*, sobretudo pelos grandes herdeiros familiares, com habilidade para adquirir outros capitais decorrentes de laços pessoais – e as redes de socialização que permitiram que realizassem determinadas dinâmicas na política de Estado, seja o imperial ou o republicano. Todavia, esse olhar para o Direito e sua força na composição político-social “não é uma peculiaridade [*da literatura*] brasileira. Ao contrário, a Sociologia, desde seus clássicos [v.g. *Marx, Weber e Durkheim, cada qual com as suas preocupações, obviamente*], dedica atenção aos fenômenos jurídicos e à influência do Direito na regulação das relações sociais” (FONTAINHA; OLIVEIRA; VERONESE, 2017, p. 30).

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, recomendamos, fortemente, a leitura de *Objeto sociológico e problema social* (LENOIR, 1998).

<sup>12</sup> Tradução livre.

Podemos afirmar, assim, que houve a abertura de um leque de possibilidades analíticas com as investidas entre as duas vias: Direito e demais ramos das Ciências Sociais. José Eduardo Faria recupera, em entrevista para o Projeto História Oral do Campo Jurídico em São Paulo, desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, a trajetória da Sociologia Jurídica e a sua estreita ligação com escolas americanas de pensamento. Em um primeiro instante, nos primórdios dos anos 1980, ainda no contexto das concorrências com os filósofos do Direito, detentores históricos da legitimidade para pensar a disciplina<sup>13</sup>, a ANPOCS abrigou os primeiros grupos de trabalho que tinham como tema a Sociologia do Direito. Posteriormente, o CONPEDI foi o espaço buscado por esses intelectuais<sup>14</sup>, antecedendo a fundação de associações específicas e uma maior consolidação da disciplina como saber científico, cancelado pela criação de disciplinas ou mesmo de programas universitários (FGV, 2011)<sup>15</sup>.

Nesse cenário de aberturas analíticas e de constituição de *novos* espaços, em uma das fronteiras entre os campos jurídico e acadêmico, o mesmo José Eduardo Faria, individualmente ou em co-autoria, vem publicando obras sobre os desafios do ensino jurídico, denunciando uma possível *crise* nessa modalidade de educação<sup>16</sup> (CAMPILONGO, 2002; FARIA, 1987a, 1987b; FARIA; CAMPILONGO, 2014). No primeiro momento, a Sociologia do Direito reivindicou essa temática (dentre outras), possivelmente como uma forma de se estruturar a partir de um fenômeno que já vinha se constituindo como problema de pesquisa em outras áreas da Educação. Podemos destacar dois pioneiros na temática do ensino jurídico e seus *problemas*: Francisco Clementino de San Tiago Dantas e Joaquim Falcão.

Em 1955, San Tiago Dantas, intelectual com incursão pela política partidária, instalou sua aula inaugural na Faculdade Nacional de Direito (FND), atualmente uma unidade da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com o seguinte tema: *A educação jurídica e a crise brasileira*. No evento, defendeu a reforma do ensino jurídico, considerando que o seu

---

<sup>13</sup> Precisamos destacar a posição da filosofia como *rainha* das ciências humanas – não somente no Direito. A Sociologia francesa, sobretudo a Sociologia reflexiva de Bourdieu, traz sua marca de dentro da *École Normale Supérieure*, considerando a hierarquia entre os saberes. A Sociologia gozava de menor prestígio na *Rue d'Ulm*, por assim dizer. Não à toa, essa questão é frequentemente recuperada pelos estudiosos da história das ciências e das epistemologias, além do próprio Bourdieu em entrevistas e obras como *Homo Academicus* (2013), *La Noblesse d'État* (1989), *Esboço de Autoanálise* (2005) e *O Sociólogo e o Historiador* (2011).

<sup>14</sup> Nos últimos congressos do CONPEDI há grupos de trabalho voltados para o ensino jurídico e para a pesquisa em Direito. Este *paper* foi apresentado em um desses espaços, no encontro internacional realizado na Espanha. Assim sendo, requisito de vigilância epistemológica, devemos refletir sobre o *lugar* onde esses debates ocorrem. Trata-se de uma condição de realização da pesquisa, considerando os *limites* em se iluminar um objeto no qual muitas vezes os próprios pesquisadores responsáveis por essas análises se refletem.

<sup>15</sup> Ver: <<http://cpdoc.fgv.br/campojuridico>>. Acesso em 31 jan. 2018.

<sup>16</sup> O discurso sobre a *crise do ensino do Direito*, ao que parece, vem acompanhando próprio desenvolvimento da Sociologia do Direito e do Ensino Jurídico, estando hoje em dia bastante encampado pelos órgãos de representação de classe, como a OAB. Esse indício merecerá melhor atenção em investigação posterior.

*problema* “poderia ser tratado como uma projeção, em campo mais particular, do problema da educação em todos os graus”. Discutindo a “projeção da cultura jurídica”, ao examinar “o papel do Direito e da educação jurídica na cultura de uma comunidade” desenhou uma crítica datada ao grupo que classificou genericamente como sendo as classes dirigentes do País (SAN TIAGO DANTAS, 2009, p. 9–38). Duas décadas depois, Joaquim Falcão revisitou o pensamento de San Tiago Dantas, propondo caminhos para o ensino jurídico já no momento de tentativas de reconfiguração do modelo de Estado, na onda das aberturas culturais, jurídicas, políticas e sociais que forçaram o término da ditadura civil-militar (FALCÃO, 1977). Desde então, esse autor vem lançando luzes na questão do ensino jurídico em diferentes níveis escolares (graduação, pós-graduação...), convertendo-se em uma das maiores autoridades sobre o assunto (FALCÃO, 1984, 1993, 2014).

Nesse cenário, partindo de uma perspectiva de crítica ao Direito *tradicional*, desenvolvendo a corrente do Direito Alternativo, também podemos encontrar as teses defendidas por Orlando Ferreira de Melo (1978) e, principalmente, por Horácio Wanderlei Rodrigues (1992)<sup>17</sup>. Esses trabalhos tiveram lugar na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), importante polo de reflexões sobre o modelo de ensino jurídico – assumido como um dos principais instrumentos de reprodução da própria estrutura jurídica do País. Trata-se de um impulso inicial buscando entender como é que os juristas brasileiros são educados pelas universidades a partir de um prisma *conservador*, exacerbadamente positivista. Essa literatura propunha uma reflexão sobre como o Direito deveria ser ensinado nos cursos superiores (formação pessoal, programas de estágio, grades curriculares...), em consonância com os momentos políticos, econômicos e sociais vivenciados no Brasil e os esforços coletivos para suas transformações.

Devemos lembrar que a década de 1980 foi propícia para questionamentos sobre o papel dos poderes públicos e, assim, para questionamentos sobre a formação escolar das elites habituadas dirigirem esse Estado Nacional. Recém-saído da ditadura civil-militar, um longo processo de anistia estava sendo negociado<sup>18</sup>, repatriando importantes intelectuais exilados, e estavam em curso as *Diretas Já!*, o *Projeto Brasil, nunca mais!* e as manifestações que resultaram na Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988 (ANC). Temas como justiça social,

---

<sup>17</sup> A dedicatória da tese de Horácio Wanderlei Rodrigues – “A todos os estudantes dos cursos jurídicos brasileiros, vítimas da (de)formação que lhes é imposta nos bancos escolares. Neles reside a única possibilidade concreta de superação da atual crise do ensino jurídico” (1992) – serve como importante elemento de informação, considerando que explicita qual era o *problema* de formação jurídica enfrentado pelos juristas críticos ao Direito classificado como sendo *tradicional*, discurso que vem se mantendo, em diferentes medidas, até os dias de hoje.

<sup>18</sup> Lembrando que a Lei da Anistia (Lei 6.683) data de agosto de 1979.

cidadania, garantias fundamentais e diminuição das desigualdades motivavam os setores *progressistas* da sociedade que disputavam a futura Nova República desde seus posicionamentos no tabuleiro congressual, na grande imprensa, nas *ruas*, etc. Serviram-se de diferentes instrumentos de manifestação, de reivindicação política e de pressão para formulação de direitos num cenário de profundas transições rumo à democracia (WOHNRATH, 2017a).

Participaram desse processo, dentre outros setores, artistas, educadores e juristas comprometidos com a luta contra o autoritarismo, considerando que o desmonte dos quadros jurídicos erigidos a partir de 1964 era o mote central naquele instante. Afinal, a ditadura civil-militar estava sustentada sobre um intrincado labirinto normativo. Foram, nada mais, nada menos, do que uma Constituição, em 1967, “três atos institucionais, 37 atos complementares e mais de 300 decretos-leis”, além das nefastas Lei de Imprensa e da Lei de Segurança Nacional (KINZO, 1999, p. 104). Esse momento histórico de reação contra o autoritarismo trouxe consigo alguns dos primeiros resultados práticos, em campos profissionais, da luta em prol da democracia, recuperando a posição de destaque de grupos de juristas *progressistas*, detentores de uma *expertise* específica, frente aos grupos de economistas privilegiados pelo Estado ao longo da década de 1970 (DEZALAY; GARTH, 2002; ENGELMANN; MADEIRA, 2015).

Parte desses juristas que assumiram a voz pública contra os regimes autoritários tinha a universidade como *lugar de fala*, de legitimação. O próprio *Brasil, nunca mais!*, projeto ecumênico desenvolvido pelo Conselho Mundial de Igrejas e pela Arquidiocese de São Paulo para a promoção dos Direitos Humanos, internacionalmente reconhecido<sup>19</sup>, tinha lugar na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). O grupo que nucleava D. Paulo Evaristo Arns contava com nomes de peso, como Dalmo Dallari, professor titular e ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (WOHNRATH, 2017b). O universo acadêmico como *habitat* é um ponto importante a ser observado, considerando que esses espaços gozam de prestígio público, reconhecimento no campo de poder e capacidade para posicionar os seus agentes destacados em condições de disputar os modelos de Estado, de Sociedade e de Justiça, ainda que pese as dificuldades enfrentadas por esses espaços desde a aposentadoria compulsória, e por vezes exílio, de intelectuais contrários às forças reacionárias que controlavam o País nos anos anteriores.

Noutro diapasão, ainda que possam aparecer *lado-a-lado* em uma observação superficial, certamente, a natureza, as histórias, os interesses e as tradições desses centros que

---

<sup>19</sup> Os documentos originais do *Projeto Brasil, nunca mais!* encontram-se no Arquivo Edgard Leuenroth/Unicamp. Cópias digitalizadas foram disponibilizadas pelo Ministério Público Federal em: <<http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/>>. Acesso em 31 jan. 2018.

formam as elites, e participam das disputas *pelo* Estado, tem matrizes e desenvolvimentos próprios. Essa diferenciação é uma das condições que nos permitem matizá-los em pontos nem sempre próximos do espaço acadêmico. Um trabalho exemplar sobre a classificação de juristas, seus capitais, trajetórias, possibilidades sociais e marcas de distinção (instituições escolares, religião professada, heranças familiares, relações pessoais, etc.), desde uma análise do campo jurídico do Rio Grande do Sul, foi realizada por Fabiano Engelmann. Ainda que bastante binário, o autor definiu dois grupos prioritários: um mais *tradicional*, lotado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), cuja rede de socialização estava marcada pelos *habitus* e *ethos* das históricas elites gaúchas, e outro comprometido com a produção de novas gramáticas jurídicas, composto por agentes formados principalmente na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)<sup>20</sup> e lotados em instituições do interior gaúcho, como na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e em outras comunitárias (ENGELMANN, 2004, 2006, 2007).

É preciso salientar que essas análises tiveram lugar em meados dos anos 1990 e que o campo não é estático, sendo dependente dos desenhos operados pelos pesquisadores. Devemos considerar que as informações podem ser datadas, mas que isso não inviabiliza um exame reflexivo sobre a atual situação do campo *em movimento*. As estratificações escolares guardam suas marcas em histórias e fenômenos que podem ter princípios de compreensão parcialmente estabelecidos, além de abrigarem uma série de questionamentos que servem para pensarmos como que o mundo social vem sendo composto. Para Pierre Bourdieu, “a análise sociológica das formas escolares de classificação, como pode ser observado em uma conjuntura particular, permite identificar as questões que toda investigação pode, e deve, se colocar a respeito de agentes e de situações profundamente diferentes<sup>21</sup>” (1989, p. 21). Não à toa as faculdades de Direito são importantes *loci* de reprodução e socialização das elites dirigentes brasileiras.

### 3. Educação das elites jurídicas: a *tradição* das faculdades de Direito

Historicamente, expressiva parcela das elites dirigentes do Brasil ocupou os bancos de certas faculdades de Direito, justamente aquelas que acumulam um prestígio que transpassa diferentes campos, como o jurídico, o político e o econômico. Inicialmente formados em

---

<sup>20</sup> Conferir a nota de rodapé anterior. Horácio Wanderlei Rodrigues dedica parte de seu doutorado para desenvolver reflexões sobre o chamado Direito Alternativo, tomado como “novo paradigma epistemológico” (1992, p. 314): seus usos e críticas, em reação aos modelos de ensino jurídico, passando pela defesa da necessidade de mudanças didático-pedagógicas, de reformas curriculares e de novas concepções sobre *o que é Direito*.

<sup>21</sup> Tradução livre.

Coimbra, com a fundação das escolas de Direito em agosto de 1827, autorizadas por D. Pedro II, os herdeiros passaram a frequentar centros que se mantiveram, ao largo das décadas, como sendo os responsáveis pela educação, pelo treinamento e, sobretudo, pela socialização desses estratos privilegiados da sociedade brasileira. Destacam-se as faculdades de Olinda/Recife e de São Paulo, posteriormente incorporadas, já no século XX, à UFPE e à USP (BEVILAQUA, 2016; CARVALHO, 2012; MARTINS; CARVALHO, 2003; VENÂNCIO FILHO, 2011). Seus egressos gozavam de capitais altamente *adaptáveis* e valorizados em postos de controle do Estado: um “saber que se sobrepôs aos temas exclusivamente jurídicos e que avançou sobre outros objetivos de saber. Um intelectual educado e disciplinado, do ponto de vista político e moral, segundo teses e princípios liberais” (ADORNO, 1988, p. 79–80). Não à toa, muitos dos egressos e professores dessas instituições pioneiras alcançaram postos de destaque no Judiciário, no Executivo e no Legislativo (ALMEIDA, 2010; QUEIROZ; ACCA; GAMA, 2017), dinamizando a vida pública do País.

A tradição institucional é um dos elementos do quadro interpretativo sobre os motivos que levam uma escola de Direito a ter mais, ou menos, destaque na estrutura do campo jurídico e/ou político. Todavia, não é o único fator. Tanto é que, desde a República, com a fundação de novas faculdades de Direito, visando atender demandas específicas de elites regionais mais *afastadas* do eixo São Paulo, Pernambuco e, evidentemente, da antiga capital federal, o Rio de Janeiro, houve um reequilíbrio das forças capazes de conferir medidas de capital, especificamente o capital acadêmico.

Considerando que “o padrão de inserção social e política dos bacharéis” se manteve por gerações, a entrada de novas instituições no espaço de formação das elites jurídicas, que acompanhou as mudanças no cenário político brasileiro na transição entre os séculos XIX e XX, é um dos fatores que apontam a íntima relação entre a formação de quadros administrativos, o poder estabelecido e os grupos dominantes ou em disputa pelo controle do Estado Nacional. O número de escolas foi ampliado e descentralizado, com a criação das faculdades livres de Direito – a maior parte delas absorvidas, atualmente, por universidades federais. E, sendo “espaços privilegiados da formação da elite política e jurídica local”, com possibilidades de inserção regional e, em alguns casos menos frequentes, de inserção nacional, essas instituições passam a requisitar, cada vez mais, prerrogativas de *locus* intelectual (ENGELMANN, 2006, p. 197).

Essas possibilidades acadêmicas dos grupos dirigentes foram gradativamente ampliadas, sobretudo, a partir de 1930. Se, por um lado, ao longo do período republicano “os juristas-políticos enfrentaram a oposição de elites profissionais emergentes – militares, engenheiros e, mais tarde, economistas e administradores”, por outro lado, os “bacharéis resistiram e

mantiveram-se como elementos centrais no interior da elite política”, como mostra Marco Aurélio Mattos. Ressaltando sua força profissional num País em vias de conformação de seus quadros jurídicos, destaca-se a fundação da Ordem dos Advogados do Brasil (MATTOS, 2011, p. 235). Também revela, dentre outros fatores estudados pela literatura, uma tentativa bem-sucedida de organização corporativista pelos *operadores* do Direito provindos de diferentes espaços, em associação ou concorrência com elites regionais para além daquelas de São Paulo, Minas Gerais ou Rio de Janeiro – que, até então, controlavam em grande medida a administração federal. Esse movimento foi acompanhado pela reorganização do *corpus* administrativo, pela confecção de constituições em 1934 e 1937, pela promulgação de leis importantes para regulação da vida social, como a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código Eleitoral de 1932, e por disputas sobre o modelo Educação aplicado no País. Ou seja, as dinâmicas ocorreram no sentido da afirmação de um Estado que estava sendo pensado como contraponto à Primeira República (cf. CUNHA, 2007; FAUSTO, 1997).

Nesse processo de constituição do Estado pós-1930, podemos encontrar as primeiras experiências universitárias brasileiras. Datam desse período a fracassada criação da Universidade do Distrito Federal (UDF) – reunindo políticos e intelectuais do quilate de Anísio Teixeira, Afrânio Peixoto, Alceu Amoroso Lima e Pedro Ernesto (cf. GALVÃO, 2017)<sup>22</sup> – e a bem-sucedida fundação da Universidade de São Paulo em 1932, em projeto bancado por diferentes estratos das elites paulistas (CAMPOS, 2004). Uma das unidades incorporadas pela USP foi a antiga Faculdade de Direito, que, por justificativas diversas, não aderiu fisicamente à Cidade Universitária. Essa resistência ao projeto científico gerou críticas de analistas entusiastas do modelo *humboldtiano*, como Fausto Castilho (2008, p. 85–99).

Já nos anos 1940, acompanhando o movimento de expansão do ensino, a Igreja Católica passa a investir na fundação de universidades confessionais, bastante centradas em cursos superiores de Ciências Jurídicas. Neste instante, ocorre a fundação do que se tornaria a PUC-Rio, na então capital federal, organizada por intelectuais católicos organizados no Centro D. Vital. Por sua vez, em São Paulo, encontramos a PUC-SP<sup>23</sup>. Gradativamente, esse movimento vai se difundindo por outras regiões do Brasil, com a criação de universidades católicas, geralmente ancoradas em faculdades de Direito, com incentivo de congregações – sobretudo pelos maristas e pelos jesuítas – ou por dioceses.

---

<sup>22</sup> Outras informações sobre a UDF podem ser encontradas no Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC. Endereço: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/UniversidadeDistritoFederal>>. Acesso em 13 out. 2018.

<sup>23</sup> Sobre a gênese do curso de ciências jurídicas da PUC-SP, conferir as memórias de Franco Montoro, um de seus professores e o ex-governador paulista (2001, p. 71–73).

O que observamos é um interesse específico pela formação de bacharéis em Direito, em um cenário de mudanças de diferentes ordens ao longo da primeira metade do século passado. Mais do que isso: percebemos que houve investimentos específicos realizados por (i) instituições públicas e laicas e por (ii) instituições privadas e católicas, visando legitimar determinados grupos a partir do título escolar. Apenas em momentos posteriores, outras instituições, sobretudo os centros de ensino particulares e não confessionais, somaram-se às universidades pioneiras<sup>24</sup>.

#### **4. Educação das elites jurídicas: quem forma os doutores em Direito no Brasil**

Essa expansão da oferta de ensino, com acesso restrito para a maior parte da população brasileira, deve ser relacionada com outros movimentos. Nos interessa, especialmente, os investimentos para regulação e financiamento do sistema da pós-graduação. Assumindo o discurso da modernização do País por meio da ciência, com o treinamento de quadros de alta formação, surgiram agências de pesquisa estaduais (com destaque para a Fapesp, em São Paulo) e federais (CNPq, Capes) e conselhos específicos para a área de Educação, como o Conselho Nacional de Pós-Graduação, já durante a ditadura. Deste modo, a “presença institucional da pós-graduação adquiriu força até nossos dias”, acompanhada por um “quadro legal que comporta um sistema de autorização, credenciamento e de financiamento” (CURY, 2004, p. 117–122).

Embora desde a década de 1930 possamos encontrar uma oferta de diplomas de pós-graduação em Direito (sendo a UFMG pioneira no curso de doutorado, em 1931), as exigências acadêmicas diferiam muito das encontradas com a organização dos espaços de oferta promovida pelo governo federal a partir de fins dos anos 1950. Newton Sucupira, em *Antecedentes e primórdios da pós-graduação* (1980), apontava para a seguinte situação: inicialmente, “o doutorado [era] equivalente à livre-docência [e] acarretou uma situação particular. Houve preferência pela livre-docência, já que ela não contava com as exigências do doutorado, tais como tese e dois anos de curso” (apud CURY, 2004, p. 115).

Uma clivagem importante diz respeito aos grupos que passaram a investir na oferta de outros diplomas, como mestrados e doutorados, desde o momento anterior ao da inflação de títulos de bacharel ocorrida na Nova República. Tomando como fontes principais o GeoCapes<sup>25</sup>, a Plataforma Sucupira e a última avaliação quadrienal da CAPES<sup>26</sup>, que nos fornecem um

---

<sup>24</sup> Sobre a expansão do ensino superior do Brasil ver Sampaio (2000) e Durham & Sampaio (2001).

<sup>25</sup> Fonte: <https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/>. Acesso em 23 dez. 2017.

<sup>26</sup> Resultado final, após recursos, divulgado em dezembro de 2017.

retrato sobre a formação pós-graduada em Direito, foi possível identificar, quanto ao momento de fundação dos cursos de doutorado, quatro períodos (>1990; 1991-2000; 2001-2010; 2011<).

Os dados apontam para uma possível relação entre o interesse na formação de elites jurídicas em diferentes níveis, as trajetórias das instituições acadêmicas e os câmbios históricos do País. Foi constatada, ainda, concentração importante nas regiões Sul e Sudeste, possivelmente relacionada com a diferenciação institucional e ao momento de fundação dos universidades, além da expansão e da diversificação ocorrida a partir dos anos 1990, sobretudo desde os anos 2000, confirmando o que aponta a literatura sobre o campo (ENGELMANN, 2006; FRAGALE FILHO; VERONESE, 2004; MARTINS; CARVALHO, 2003).

**Tabela 1** – Histórico do ano de fundação dos PPGs em Direito (mestrado/doutorado)

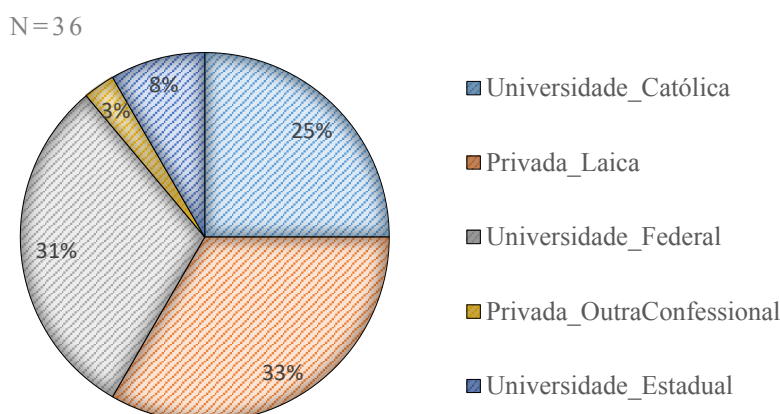
Instituição	Região do Brasil	Ano de fundação do programa de pós-graduação		
		Nível mestrado	Nível doutorado	
UFMG	Sudeste	1978	1931	<i>Período 1: cursos de doutorado entre 1930-1990</i>
USP	Sudeste	1971	1971	
PUC-SP	Sudeste	1973	1973	
UFSC	Sul	1974	1984	
				<i>Total: 4PPGs</i>
UFPR	Sul	1982	1994	<i>Período 2: cursos de doutorado entre 1991-2000</i>
UERJ	Sudeste	1991	1995	
UFPE	Nordeste	1972	1996	
PUC-Rio	Sudeste	1972	1998	
UFRGS	Sul	1985	1999	<i>Aumento em relação ao período anterior: +100%</i>
Unisinos	Sul	1997	1999	
PUC-Minas	Sudeste	1997	2000	
PUC-RS[Direito]	Sul	1988	2000	
				<i>Total: 12PPGs (+8PPGs)</i>
UFPA	Norte	1984	2003	<i>Período 3: cursos de doutorado entre 2001-2010</i>
UnB	Centro-Oeste	1975	2003	
UFBA	Nordeste	1975	2005	
Estácio	Sudeste	1994	2006	
PUC-PR	Sul	1999	2006	
ITE	Sudeste	1998	2007	
UNIFOR	Nordeste	1999	2007	
Univali	Sul	1995	2008	
Fadisp	Sudeste	2005	2009	
PUC-RS[Ciê.Criminais]	Sul	1997	2009	
UPM	Sudeste	1999	2009	
				<i>Total: 26PPGs (+14PPGs)</i>
Uniceub	Centro-Oeste	2003	2010	<i>Período 4: cursos de doutorado entre 2011-2017</i>
UNISC	Sul	1998	2010	
UFC	Nordeste	1977	2010	
UFPB	Nordeste	1996	2011	
FDV	Sudeste	2001	2012	
Unisantos	Sudeste	1999	2012	
UVA	Sudeste	2014	2014	
UFRJ	Sudeste	2009	2015	
UENP	Sul	2001	2016	
UNICAP	Nordeste	2005	2016	
Unimar	Sudeste	2012	2017	
UCS	Sul	2001	2017	
URI	Sul	2006	2017	<i>Total: 36PPGs (+10PPGs)</i>

(Fontes para elaboração: Plataforma Sucupira, GeoCAPES)

Especificamente quanto à nossa hipótese inicial, constatamos o investimento significativo, por parte de universidades privadas e confessionais, mantidas pela Igreja Católica, na formação dos quadros doutorais em Direito. Há um equilíbrio numérico entre estes centros

e as universidades públicas laicas, estaduais ou federais, apontando quais são as instituições – Estado e Igreja – comprometidas com a educação desse estrato das elites jurídicas no País.

**Gráfico 1** – Clivagem por natureza dos PPGs Direito (somente cursos de doutorado, dez. 2017)



(In: WOHNATH, 2018)

Em suma, identificamos que algumas universidades católicas, inicialmente as mais antigas e, posteriormente, a partir dos anos 1990, aquelas com projetos científicos específicos (como a Unisinos, por exemplo), acompanharam o movimento de oferta de diplomas *mais altos*, educando estratos das elites jurídicas que gozam das autorizações conferidas pelo título de doutor – como ser professor em programas de mestrados e doutorados, além de possuir legitimações específicas, pautadas no capital acadêmico, para produção e difusão de seus discursos sobre o Direito<sup>27</sup>. Esses indicativos podem ser correlacionados<sup>28</sup> com o histórico da Educação no País e também com os processos da laicidade à brasileira. Diferentes autores apontam para os investimentos que setores da Igreja Católica vem realizando ao longo das décadas, com foco em escolas e colégios. Os interesses são de distintas ordens: desde a missão e carisma das congregações religiosas (como os maristas, os claretianos ou os jesuítas) até uma demanda do mercado por profissionais qualificados. Projetar esses movimentos para outros níveis de ensino, sobretudo para a última etapa da formação escolar, o doutorado, é uma das perspectivas que estamos assumindo nesta pesquisa. Por ora, os dados acima elencados conferem bases mais precisas para, dentre outras possibilidades, enfrentar o nosso problema de pesquisa ao longo do pós-doutorado, ou seja, correlacionar as histórias específicas, as estratégias institucionais e os

<sup>27</sup> A tese da diversificação do campo jurídico nos anos 1990 – novos usos do Direito, inflação de profissionais e criação de cursos de pós-graduação, com títulos de mestrado e doutorado funcionando como elementos de distinção no campo em transformação – é manejada por Engelmann (2004, 2006, 2007).

<sup>28</sup> Deverão ser correlacionados em momento oportuno.

agentes responsáveis pela legitimação acadêmica, em suas diferentes formas, das elites jurídicas no Brasil contemporâneo.

## 5. Conclusão

Quem forma os doutores em Direito no Brasil? Qual a diferenciação específica, quanto à natureza institucional, dos centros responsáveis por educar esse estrato privilegiado das elites jurídicas? Neste artigo, para respondermos essas indagações, permitindo outras aberturas analíticas, (i) recuperamos o surgimento da preocupação científica com a educação das elites jurídicas, (ii) interpretamos a tradição das faculdades de Direito na formação das elites nacionais e (iii) exploramos dados organizados a partir das plataformas Lattes e Sucupira. Ainda que se trate de uma pesquisa em andamento, parte dos resultados esperados já podem ser vislumbrados. Destacamos a polarização entre universidades laicas e confessionais, jogando luzes sobre o que isso possa significar para a estruturação do campo jurídico.

Essa presença das universidades católicas no rol das responsáveis pela educação das elites jurídicas foi identificada por diferentes pesquisadores, como Fabiano Engelmann (2006), Frederico de Almeida (2010) e Ricardo Veronesi & Fragale Filho (2004). Todavia, ao que parece, a participação institucional dos centros confessionais em um espaço de importância central para os rumos do Estado Nacional, como os doutorados em Direito, não vem sendo devidamente problematizada pela literatura. Existe uma *naturalização*, no sentido *bourdieusiano*, dessa presença institucional, tratada como “normal”.

Entendemos que os interesses específicos, seja de universidades públicas, privadas laicas ou privadas confessionais, precisam ser devidamente questionados para que possamos avançar na interpretação sobre *quem* vem formando as elites jurídicas, grupo que goza de autorizações escolares em diferentes níveis e com alcances diversos para prática profissional e produção acadêmica. Afinal, as disputas institucionais que marcam a Educação no Brasil aparecem em pontos nevrálgicos, sobretudo na escolarização dos grupos capazes de estruturar a sociedade e disputar as gramáticas e modos de pensar dominantes, incluindo *dizer o Direito*.

## 6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. In: ENGELMANN, Fabiano (ed.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017.

BEIGEL, Fernanda. **Misión Santiago. El mundo académico jesuita y los inicios de la cooperación internacional católica**. Santiago: LOM Ediciones, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 3. ed. Recife: Editora da UFPE, 2016.

BOURDIEU, Pierre. La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en sciences sociales**, [s. l.], v. 64, p. 3–19, 1986.

BOURDIEU, Pierre. **La noblesse d'État : grandes écoles et spirit de corps**. Paris: Minuit, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. 2. ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Esboço de auto-análise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Rio de Janeiro: Zouk, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Homo academicus**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-1992)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologie générale: cours au Collège de France (1981-1983)**. v. 1. Paris: Seuil, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologie générale: cours au Collège de France (1983-1986). v. 2.** Paris: Seuil, 2016.

BOURDIEU, Pierre; CHARTIER, Roger. **O sociólogo e o historiador.** Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

BOURDIEU, Pierre; FRITSCH, Philippe. **Propos sur le champ politique.** Lion: PUL, 2000.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino.** 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **Os herdeiros: os estudantes e a cultura.** Florianópolis: Editora da UFSC, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ensino jurídico e ensino da Sociologia Jurídica. In: JUNQUEIRA, Eliana Botelho; OLIVEIRA, Luciano (eds.). **Ou isto ou aquilo. A Sociologia Jurídica nas faculdades de Direito.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002. p. 189–200.

CAMPOS, Ernesto de Souza. **A história da Universidade de São Paulo.** São Paulo.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial [seguido de] Teatro de sombras: a política imperial.** 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CASTILHO, Fausto. **O conceito de universidade no projeto da Unicamp.** Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

CHAUVIRÉ, Christiane; FONTAINE, Olivier. **El vocabulário de Bourdieu.** Buenos Aires: Actuel, 2008.

CUNHA, Luiz Antônio. **A universidade temporã.** São Paulo: EdUNESP, 2007.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Qualificação pós-graduada no exterior. In: ALMEIDA, Ana Maria F.; CANÊDO, Letícia Bicalho; BITTENCOURT, Agueda; GARCIA JR., Afrânio Raul (eds.). **Circulação internacional e formação intelectual das elites brasileiras**. Campinas: Editora da Unicamp, 2004. p. 107–143.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **La Mondialisation des Guerres de Palais: La restructuration du pouvoir d'État en Amérique Latine, entre notables du droit et "Chicago Boys"**. Paris: Seuil, 2002.

DURHAM, Eunice; SAMPAIO, Helena. **O ensino superior em transformação**. São Paulo.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: formação do Estado e da civilização**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

ENGELMANN, Fabiano. La redéfinition de l'enseignement et de l'espace juridique brésilien. **Cahiers du Brésil Contemporain**, [s. l.], n. 54–55, p. 177–201, 2004.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

ENGELMANN, Fabiano. Diversification de l'espace juridique et invention de la « critique du droit » au Brésil dans les années 1990. **Droit et société**, [s. l.], n. 1, p. 153–169, 2007.

ENGELMANN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. A causa e as políticas de Direitos humanos no Brasil. **Caderno CRH**, [s. l.], v. 28, n. 75, p. 623–637, 2015.

FALCÃO, Joaquim. Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de SanTiago Dantas. **Brasil, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, [s. l.], v. 8, 1977.

FALCÃO, Joaquim. **Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1984.

FALCÃO, Joaquim. A reforma do ensino jurídico: sugestões táticas. In: CASTRO, Marcelo

Francisco Fragoso de (ed.). **A crise do ensino jurídico: diagnóstico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1993. p. 29–34.

FALCÃO, Joaquim. Ensino jurídico local-global. In: FORTES, Pedro Rubim (Ed.). **Cadernos FGV Direito Rio: Educação e Direito**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987a.

FARIA, José Eduardo. A realidade e o ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, [s. l.], v. 82, 1987b.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do ensino jurídico. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, p. A2, 2014. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,os-desafios-do-ensino-juridico,1504653>>.

FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930: historiografia e história**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. **História Oral do Campo Jurídico em São Paulo: projeto de constituição de um acervo de entrevistas com personagens do direito paulista**. 2011. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/campojuridico/jose-eduardo-faria>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

FONTAINHA, Fernando; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; VERONESE, Alexandre. Por uma Sociologia Política do Direito no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia**, [s. l.], v. 5, n. 11, 2017.

FONTAINHA, Fernando; SANTOS, Carlos; OLIVEIRA, Amanda. A elite jurídica e sua política: a trajetória jurídico-profissional dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1988-

2013). In: ENGELMANN, Fabiano (ed.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017. p. 98–123.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 53–70, 2004.

GALVÃO, Laila Maia. **Constituição, educação e democracia: a Universidade do Distrito Federal (1935-1939) e as transformações da Era Vargas**. 2017. Universidade de Brasília (UnB), [s. l.], 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ISRAËL, Liora. **L’arme du droit**. Paris: Press de Sciences Po, 2009.

ISRAËL, Liora. À qui de droit. In: **La force du droit, de Pierre Bourdieu. Envoyé par Liora Israël**. Paris: Éditions de la Sorbonne, 2017. p. 1–15.

ISRAËL, Liora; BILAND, Émilie. À l’école du droit : les apports de la méthode ethnographique à l’analyse de la formation juridique. **Les Cahiers de droit**, [s. l.], v. 52, n. 3–4, p. 619–658, 2011.

KARADY, Victor. Une “nation de juristes”. **Actes de la recherche en sciences sociales**, [s. l.], v. 86, n. 1, p. 106–124, 1991. Disponível em: <[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss\\_0335-5322\\_1991\\_num\\_86\\_1\\_2974](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1991_num_86_1_2974)>.

KINZO, Maria D’Alva. **Oposição e autoritarismo. Gênese e trajetória do MDB**. São Paulo: Vértice, 1999.

LAHIRE, Bernard. Campo. In: CATANI, Afrânio Mendes et al. (eds.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 64–66.

LEBARON, Frédéric; BUTTON, François; MARIOT, Nicolas. Les docteurs en science politique croient-ils en leur titre ? Une cartographie dynamique de l'espace des docteurs en science politique des années 2000. **Revue Française de Science Politique**, [s. l.], v. 1, n. 67, p. 145–160, 2017.

LENOIR, Remi. Objeto sociológico e problema social. In: CHAMPAGNE, Patrick et al. (Eds.). **Iniciação à prática sociológica**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 59–106.

LENOIR, Remi. Campo jurídico. In: CATANI, Afrânio Mendes et al. (eds.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 86–88.

LÖWY, Michael. **A jaula de aço: Max Weber e o marxismo weberiano**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MARTINS, Carlos Benedito; CARVALHO, Inaia Maria Moreira De. Mestres e doutores em Direito. In: VELLOSO, Jacques (ed.). **A pós-graduação no Brasil: formação e trabalho de mestres e doutores no País 2**. Brasília: CAPES, 2003. p. 55–76.

MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi. **Os cruzados da ordem jurídica: a atuação da OAB, 1945-1964**. 2011. Universidade de São Paulo, [s. l.], 2011.

MELO, Orlando Ferreira De. **A pós-graduação do ensino jurídico no Brasil**. 1978. Universidade Federal de Santa Catarina, [s. l.], 1978.

MONTORO, André Franco. **Memórias em linha reta**. São Paulo: Editora do SENAC, 2001.

NOGUEIRA, Claudio; NOGUEIRA, Maria Alice. Os Herdeiros: fundamentos para uma sociologia do ensino superior. **Educação & Sociedade**, [s. l.], v. 36, n. 130, p. 47–62, 2015.

NOIRIEL, Gérard. **Introduction à la socio-histoire**. Paris: La Découverte, 2009.

PASSIANI, Enio; ARRUDA, Maria Arminda do nascimento. Cultura. In: CATANI, Afrânio Mendes et al. (Eds.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 135–137.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago; GAMA, Bruno. De los bancos universitarios a la toga: la trayectoria académica de los ministros del Supremo Tribunal Federal brasileño (1988-2013). **Precedente**, [s. l.], v. 8, p. 67–104, 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo: indo além do senso comum**. 1992. Universidade Federal de Santa Catarina, [s. l.], 1992.

RODRIGUES JR., Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. O futuro da pós-graduação em direito no Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. 1, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/12/1944990-o-futuro-da-pos-graduacao-em-direito-no-brasil.shtml>>.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Pós-graduação em Direito no Brasil: o universal pelo regional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/direito-comparado-pos-graduacao-direito-brasil-universal-regional>>.

SAMPAIO, Helena. **O ensino superior no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 2000.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. A educação jurídica e a crise brasileira [1955]. **Cadernos FGV Direito Rio: Educação e Direito**, [s. l.], v. 3, p. 9–38, 2009.

SANTOS, Gustavo Ferreira; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Relatório da Avaliação Quadrienal Capes 2017**. Brasília. Disponível em: <<http://avaliacaoquadrienal.capes.gov.br/resultado-da-avaliacao-quadrienal-2017-2>>.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. V. 1**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004b.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. V. 2.**

São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

WOHNRATH, Vinicius. A Sócio-História do Sócio-Histórico. Uma Resenha da Introduction de Gérard Noiriel. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [s. l.], v. 3, n. 1, 2010.

WOHNRATH, Vinicius. Duas dinâmicas, dois resultados: a Igreja Católica na Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **Pro-Posições**, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 242–270, 2017a.

WOHNRATH, Vinicius. **Constituindo a Nova República: agentes católicos na Assembleia Nacional 1987-88**. 2017b. Universidade Estadual de Campinas, [s. l.], 2017b. Disponível em: <<http://www.reposip.unicamp.br/handle/REPOSIP/322751>>.

WOHNRATH, Vinicius. As universidades católicas e as experiências na educação das elites jurídicas brasileiras. In: X Congresso Nacional de Ensino do Direito (ABEDi) 2018, Brasília. **Anais do X Congresso Nacional de Ensino do Direito**. Brasília: ABEDi, 2018.

## **O FIM DA CRÍTICA E A JUDICIALIZAÇÃO TOTAL DA VIDA: O SENTIDO DO ENSINO CRÍTICO DO DIREITO NA REALIDADE BRASILEIRA**

**Francisco Cardozo Oliveira**

*Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba*

**Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira**

*Escola Judicial TRT 9.<sup>a</sup> Região*

### **Resumo**

O artigo analisa a trajetória do ensino crítico do direito na realidade da cultura jurídica brasileira. A reflexão se inicia pela análise dos fundamentos da teoria crítica na modernidade e seu possível esgotamento e se desdobra para avaliar o modo como a razão crítica surge transfigurada em razão cínica, no contexto de emergência da cultura digital. Ao final, a análise indica que o ensino crítico do direito, pelo menos no Brasil, está confrontado com duas possibilidades: a assimilação pela ordem ou a reelaboração dos fundamentos do direito desdobrados na materialidade da evolução da socialidade.

**Palavras-chave:** ensino jurídico, teoria crítica, cultura digital, judicialização da vida, fundamentos do direito.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article analyzes the trajectory of the critical legal education in the reality of Brazilian legal culture. The reflection begins by analyzing the foundations of critical theory in modernity and its possible exhaustion and deploy to evaluate the way critical reason is transfigured by cynical reason in the context of emergence of digital culture. In the end, the analysis indicates that the critical legal education, at least in Brazil, is confronted with two possibilities: the assimilation by order or the re-elaboration of the foundations of law deployed in the materiality of the evolution of sociality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal education, critical theory, digital culture, judicialization of life, foundations of law.

## 1. Introdução

Pelo menos desde a década dos anos 1960, em face da ditadura militar que perdurou até 1985, ganhou relevo no ensino do direito nas universidades brasileiras um confronto de ideias em torno da compreensão da ordem jurídica; opunha-se, de um lado, uma vertente de pensamento jurídico de caráter conformista e funcional no estudo dos institutos jurídicos e, de outro, uma vertente de pensamento jurídico crítico, de ruptura de dogmas e de compromisso com a mudança social; em resumo, tratava-se do conflito epistemológico entre ordem e ruptura. Na defesa da ordem alinhavam-se fundamentos juspositivistas, com os temperamentos da jurisprudência, na linha de assimilação das especificidades do caso e da realidade social brasileira; a crítica de ruptura, apoiada em variantes da filosofia hermenêutica, pregava contra o formalismo e a abstração que, dizia-se, limitava a tutela jurídica e impedia a correta compreensão da realidade de injustiças sociais. A Constituição de 1988 marcou o embate decisivo entre as duas vertentes de pensamento jurídico no Brasil, reflexo do confronto ideológico na arena política; o texto da Constituição traz as marcas desse embate em toda a sua extensão, desde a garantia dos direitos fundamentais até os fundamentos da ordem econômica e social.

Passados 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, o início do Século XXI parece indicar que o pensamento crítico no direito encontrou seus limites e acabou assimilado pela ordem, o que, a rigor, não chega a ser significativo, uma vez considerado que é esse o caminho que acaba sendo percorrido na história da ciência, no confronto entre os críticos e os defensores dos paradigmas consolidados; no caso brasileiro, contudo, operou-se uma torção: o arsenal teórico crítico no Brasil passou a ser utilizado para justificar a eliminação de direitos e a permanência de assimetrias e desigualdades.

Os revezes do pensamento crítico no direito no Brasil refletem o problema mais amplo dos limites da crítica no contexto em que, com a emergência da cultura digital e da economia neoliberal globalizada, ser crítico é o novo normal e a nova ordem.

Nesse contexto, justifica-se questionar o sentido de perseguir uma prática de ensino crítico do direito, que não esteja comprometida com a instrumentalização institucional da injustiça e da exclusão.

Coloca-se como objetivo geral da análise identificar o sentido do ensino crítico no direito, agravado agora pelo contexto da falta de certeza em torno dos fundamentos da teoria e do conhecimento jurídico.

O problema a ser enfrentado pela análise, desse modo, reside na indicação do sentido de um ensino crítico do direito no Brasil e suas implicações na cultura jurídica.

Em função do problema posto, a análise se inicia, como não poderia deixar de ser, pela compreensão reconstrutiva dos fundamentos do pensamento crítico na modernidade e seus reflexos no pensamento jurídico brasileiro; na sequência, ganha relevo o papel das mídias digitais e da cultura da crítica de todos a tudo que, especialmente no Brasil, parece culminar em um sofrimento que busca cura na judicialização da vida; no final, a análise converge para situar o ensino crítico do direito em face do que poderia ser qualificado como fim da crítica, pelo menos no campo jurídico, e das possibilidades de consensos teóricos sobre o conhecimento do direito.

Adota-se um método dialético que ganha contornos na medida em que se desenvolve a análise, apoiado em pesquisa bibliográfica e documental.

## **2. A compreensão da teoria crítica na modernidade e seus efeitos no pensamento jurídico brasileiro**

O entendimento dos pressupostos teóricos da proposta de um ensino crítico do direito exige como antecedente lógico a análise dos fundamentos da teoria crítica na modernidade. De uma perspectiva mais ampla, pode ser o caso de indagar o quanto a construção da cultura ocidental, na modernidade, esteve apoiada na disseminação de um espírito crítico que, no campo do conhecimento, se consolida a partir de Descartes.

Para a especificidade da análise, é necessário avaliar o modo como o pensamento jurídico assimilou uma perspectiva crítica; impõe-se, desse modo, uma análise reconstrutiva da crítica no contexto histórico da modernidade; por outro lado, ganha relevância a consideração dos desdobramentos materiais da realidade brasileira, com seus reflexos no sistema jurídico, dado que o pensamento crítico de algum modo busca enraizamento na compreensão da totalidade da vida social.

### *2.1. Espírito crítico, razão e teoria crítica nos desdobramentos históricos da modernidade*

A consolidação da modernidade dependeu em grande medida da disseminação de um espírito crítico, fundado na razão, capaz de impulsionar a ciência e as transformações sociais e políticas exigidas pela economia capitalista; conforme assinala François Jarrige, a figura do inventor heróico justificou os percalços científico-tecnológicos necessários ao progresso

pressuposto pela Revolução Industrial (2009, p. 99-117). Contudo, ao mesmo tempo em que havia um incentivo implícito na educação e na cultura à formação do espírito crítico, impunha-se a necessidade de assegurar a estabilidade de uma ordem que mantivesse consolidados os interesses em torno da acumulação da riqueza e da contenção dos descontentes. No campo das ideias, o Iluminismo deu ensejo a uma dialética de transformação em que a invenção podia transitar entre grupos criativos marginais e as universidades; conforme assinala Peter Burke, as ideias brilhantes emergiam em contextos informais, mas necessitavam de instituições para consolidação de uma ciência (2003). Assim, o espírito crítico tanto podia fazer a defesa dos fundamentos de uma estabilidade que parecia perdida, com as transformações da economia capitalista, como podia assimilar ideias de ruptura e de mudanças. O romantismo serve de indicativo desse paradoxo.

De acordo com Michael Löwy e Robert Sayre não seria correto opor iluminismo e romantismo de forma simplista: enquanto um defende o esclarecimento pela razão, o outro busca o resgate da relação entre emoção e natureza; eles sugerem a existência de uma relação complexa entre romantismo e iluminismo; trata-se da relação entre a razão que examina fundamentos e a que questiona e faz a crítica do modo como opera o pensamento racionalista. Seja como for, dizem eles, o romantismo deu ensejo a uma radicalização, a uma crítica social contestatória dos efeitos do progresso, com reflexos nas ideias e nas artes (2015, p. 67-82). A crítica possibilitada pelo romantismo, segundo Michael Löwy e Robert Sayre, assumiu, de um lado, um perfil conservador e, de outro, um perfil revolucionário e utópico; na vertente conservadora tratou-se, grosso modo, da defesa da manutenção no interior das transformações da sociedade capitalista de estruturas tradicionais e de valores orgânicos do passado; na vertente revolucionária e utópica, colocou-se em evidência a superação das injustiças da sociedade capitalista, mediante a recuperação de valores igualitários na história da sociedade humana (2003, p. 85-113). De algum modo, o entrelaçamento entre o esclarecimento possibilitado pelo iluminismo e a crítica proposta pelo romantismo consolida na modernidade as raízes do inconformismo social com as mudanças nos rumos da evolução social. A trajetória da economia capitalista não poderia desenvolver-se sem que, paralelamente, permitisse uma abertura, até certo ponto controlada, para o inconformismo com as assimetrias materializadas na realidade social.

Na perspectiva da cultura alemã, o espírito inquieto do romantismo, de acordo com Rüdiger Safranski, tem muitas formas: ama a distância entre passado e futuro, o sonho e os labirintos da reflexão; pressupõe a vida em sua intranquilidade criativa, que assusta a consciência (2010, p. 17 e 21-30). É exatamente no contexto da cultura alemã que se

consolidam os fundamentos de uma teoria crítica, de caráter utópico e revolucionário, cujas bases podem ser encontradas no pensamento de Marx, que toma a totalidade da vida social para formular os pressupostos de superação das injustiças da sociedade capitalista.

A teoria crítica questiona os fundamentos do pensamento científico que está conformado com a descrição da realidade. A crítica como ferramenta de transformação se torna possível desde o momento em que Kant formula as bases de uma filosofia crítica para a compreensão do mundo fixando na *Crítica da razão pura* as tarefas da razão na elaboração de categorias universais; o pensamento kantiano ampliou as bases de uma perspectiva formal e positivista no direito. Na visão de Max Horkheimer, a teoria crítica questiona a realidade dividida por contradições, em que a forma social e econômica do presente está aberta, pela ação do homem, à ruptura e à mudança (1980). Nesse sentido, a teoria crítica é antipositivista e se alinha a uma premissa de pensamento engajado na compreensão da realidade e na formulação das bases teóricas e práticas da mudança social.

O espírito crítico, portanto, atravessa a modernidade, desde uma razão que é crítica na construção dos fundamentos da ciência, e que fornece as bases técnicas para a transformação social e econômica, até uma teoria crítica da razão técnica e instrumental, que faz a defesa da ruptura da ordem e combate as injustiças sociais.

Mais proximamente, no contexto do desenvolvimento teórico da Escola de Frankfurt, a teoria crítica procurou manter-se atenta aos desdobramentos da realidade social e econômica e o que eles contemplam de potencial de mudança e de alteração das condições de injustiça e de exclusão. Enquanto Jürgen Habermas se enreda no novelo discursivo da ação comunicativa (2012), Axel Honneth reelabora uma teoria do reconhecimento (2014) e Rainer Forst tenta recuperar o caráter social da teoria crítica, no horizonte de agudização das crises do capitalismo pós-moderno (2015).

## 2.2 *Pensamento crítico no direito e seus reflexos na cultura jurídica brasileira*

O pensamento crítico no direito incorporou as premissas da teoria crítica, mediante articulação das formas jurídicas no combate a injustiça e à exclusão. Uma síntese objetiva do debate sobre o pensamento crítico no direito pode ser encontrada na contraposição que se estabeleceu entre o pensamento filosófico de Hegel, expresso nos Fundamentos da teoria do direito (*Grundlinien der Philosophie der Rechts*) e o de Marx, que faz a crítica dessa obra (*Zur Kritik der hegelsschen Rechtsphilosophie*); Hegel sustenta a separação entre Estado e sociedade civil para afirmar a centralidade do direito de propriedade privada como exercício da liberdade,

mediante a determinação abstrata da pessoa que se materializa na coisa objeto da propriedade (1997, p. 44-52); Marx, por outro lado, sustenta que as relações jurídicas não podem ser compreendidas apenas a partir da separação formal entre Estado e sociedade civil sendo necessário levar em conta as condições materiais de vida, o que reclama uma ampliação de análise para compreender a sociedade civil desde uma perspectiva da economia política (2010). Na Crítica da filosofia do direito de Hegel surge elaborada por Marx os contornos de um pensamento crítico sobre o direito que consistiria em denunciar o caráter especulativo da ciência jurídica, que promove uma concepção abstrata do Estado moderno e que, por seu turno, também faz abstração do homem; consequentemente, diz ele, a arma da crítica é *ser radical é agarrar a coisa pela raiz*; mas ele adverte que a raiz para o homem é o próprio homem (2010, p. 151).

Os fundamentos do pensamento crítico no direito surgem a partir do questionamento do caráter abstrato das formas jurídicas, incapazes de dar conta da complexidade da realidade de vida das pessoas em sociedade; trata-se de um modo de investigação do fenômeno jurídico que exige perspectiva interdisciplinar, avessa a reducionismos e atenta ao desenvolvimento do tempo e da história. Assim, a proposta de uma teoria crítica do direito precisa estar apoiada em um método dialético, capaz de ultrapassar a positividade do conceito e alcançar as contradições que, em meio ao desenrolar das condições materiais de vida, permitem estabelecer o alcance das mudanças e das rupturas.

No caso do Brasil, o pensamento crítico no direito observou uma radicalidade mais intensa na medida em que precisou confrontar os limites da tutela de direitos consolidados pela ditadura militar no período de 1964 a 1985, no quadro de aclimação à realidade brasileira do formalismo jurídico. A proposta de Luis Fernando Coelho de uma teoria crítica do direito se insere nessa lógica de questionamento crítico dos limites de uma teoria pura do direito, no sentido preconizado por Hans Kelsen. Já na abertura da obra Teoria crítica do direito, Luiz Fernando Coelho esclarece o sentido da perspectiva crítica adotada: trata-se de uma teoria do direito articulada pelos aspectos políticos, econômico, histórico-social, dentro de um compromisso com os problemas reais da sociedade, ou com o que surge qualificado de função da dialeticidade do social. A teoria crítica proposta por Luis Fernando Coelho contempla a denúncia de contradições, adota uma perspectiva interdisciplinar e procura fazer do direito um espaço de luta por conquistas sociais e de recuperação de sua dimensão “libertária” (1991, p. 22). O alcance da crítica proposta, apesar da retórica, não chega a assumir a radicalidade revolucionária da tradição marxista.

Na luta contra os formalismos ganhou relevo também no Brasil, nos anos da década de 1980, um pensamento crítico alinhado com o chamado direito achado na rua e o direito

alternativo que teve entre seus representantes Roberto Lyra filho e Amilton Bueno de Carvalho; o direito achado na rua e o direito alternativo apelam para a consideração de uma pluralidade de fontes do direito e conferem relevância para uma normatividade que se articula desde o contexto de vida dos excluídos no capitalismo periférico da sociedade brasileira. É interessante observar a passagem assinalada por Salo de Carvalho em que, segundo ele, no Brasil, o direito alternativo acabou qualificado pelo garantismo, com reflexos no direito penal, enquanto no movimento perdia expressão a orientação radical de fundamentação marxista; o saldo, diz ele, foi a apropriação teórica da crítica por tendências liberais e neoliberais (2016, p. 263-305).

De forma sintética, o pensamento crítico do direito no Brasil observou uma trajetória de denúncia do formalismo que se seguiu ao fim da ditadura militar, e de abertura para fundamentos jurídicos antiformalistas, que não deixa de ter certa similitude, guardadas as diferenças de contexto social e histórico, com o que observou Norberto Bobbio na Itália, logo depois dos exageros positivistas do período da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial (2016, p.35-54). Em ambos os casos, tratou-se de uma revolta contra o formalismo que, a bem da verdade, não chegou a operar fora dos cânones formais da cultura jurídica.

Mais recentemente, com a abertura propiciada pela Constituição de 1988 e com a inflexão filosófica na teoria jurídica, as vertentes da visão crítica no direito se alinharam no Brasil desde o que pode ser denominado de uma virada linguística: a linguagem emerge como a forma do real e da realidade e do caráter textual e contextual da normatividade. De um lado, ganhou relevância a questão da normatividade dos princípios; de outro, uma espécie de realismo caboclo deu relevo ao papel dos tribunais na efetivação de direitos e de garantias. De um modo geral, o sentido da crítica parece deslizar cada vez mais para uma posição funcional e conformista, incapaz de assimilar a fragmentação da realidade brasileira e de dar conta da crise de fundamentos do direito.

### **3. Mídias digitais, a crítica de todos sobre tudo e a cura pela judicialização da vida**

O alcance do ensino crítico do direito não pode ser compreendido sem que considerado o papel da cultura e das mídias digitais na construção da subjetividade, na atualidade pós-moderna. A difusão da tecnologia digital reconfigurou as formas de socialização e acumulação da economia capitalista. A utilização de algoritmos ampliou modos de captura de renda e deu às redes sociais construídas na Internet capacidade de promover interação mais ampla entre pessoas, com reflexos na construção da socialidade. A abertura propiciada pela interação social em meio digital parece ter conduzido, até o momento, a resultados paradoxais: de um lado,

fortaleceu a interação entre pessoas em torno de problemas sociais; de outro, provocou o encolhimento do espaço social e reforçou posturas individualistas e de falta de respeito e consideração pelo outro.

Na realidade brasileira, o caráter paradoxal da cultura digital provocou reviravoltas políticas e polarização social.

Em face desse contexto, resulta necessário analisar o modo como a crítica se articula nas mídias digitais; na sequência, convém verificar o modo como essa crítica produz efeitos no sistema jurídico e consequentemente nas formas de ensino do direito.

### *3.1 A articulação da crítica nas mídias digitais – incivilidade e essencialização do outro*

A tecnologia digital tornou possível a crítica de todos e de tudo. Mas a crítica de todos e de tudo parece não produzir efeitos disruptivos; ao contrário, quanto mais violenta a crítica nos meios digitais, pelo menos no Brasil, mais se afirma a manutenção da ordem; o que se altera na vida social caminha para a afirmação de valores comprometidos com o retorno ao passado; a reafirmação do existente não deixa de reavivar o que propôs Edmund Burke, na esteira de um romantismo conservador, de defesa da liberdade em sociedade regulada pela lei, no contexto de pregação contra o ideário da Revolução Francesa, que ele qualificava de destrutiva da ordem e um perigo para a Inglaterra (2017).

No momento em que as mídias digitais multiplicam imagens, tornou-se possível produzir a realidade; ou seja, como diz Valérie Charolles, tudo se passa como se o desenvolvimento de um saber objetivo sobre a sociedade dependesse da percepção do sujeito sobre essa mesma sociedade (2013, p. 67). Assim, a crítica de todos e de tudo opera mediante a duplicação da realidade por meio da manipulação de imagens e da informação para o que contribuem os meios de comunicação de massa. A duplicação da realidade, característica dos meios de comunicação de massa, segundo Niklas Luhmann, pressupõe a realidade das operações dos próprios meios de comunicação que desdobra uma construção sistêmica; o sistema operacional dos meios de comunicação de massa, diz ele, não ignora a realidade do mundo; ele não toma o mundo como objeto, mas como horizonte, em que a forma de compreendê-lo tem um caráter fenomenológico, que exige uma construção sobre a realidade, ou um observar do modo como os observadores constroem a realidade (2005, p. 15-33). A questão da autorreferencialidade do sistema dos meios de comunicação vê-se confrontada com a consolidação da cultura digital e das redes sociais, na exata proporção em que aumenta o potencial de difusão dos modos de construção da realidade. Consequentemente, a crítica na

cultura digital continua a colocar em causa o problema da representação da realidade e da verdade, mas com uma diferença em relação à filosofia crítica na modernidade: não se trata de representar a realidade ou de buscar a verdade, mas de reunir elementos algoritmos, imagéticos e estatísticos para sustentar uma representação do mundo e uma verdade mediadas pelos sujeitos em interação nas redes sociais. A duplicação da realidade, antes operada pelos meios de comunicação de massa, graças à tecnologia digital, está ao alcance de qualquer pessoa movida por impulsos narcísicos de dominação sobre os outros, a partir de valores subjetivos.

De todo modo, a articulação da crítica nas mídias digitais, que se consolida na esteira do espírito e do pensamento crítico desde a modernidade, com seus reflexos na realidade brasileira, comporta análise em duas perspectivas: uma de interação social que amplia os horizontes de evolução social e outra que, ao contrário, reforça posições individualistas e reduz o potencial de construção da socialidade.

Na defesa de uma prática de interação nas mídias digitais Amparo Lasén e Inaki Martínez de Albeniz, na linha do pensamento de Manuel Castells, sustentam que a cultura digital favoreceu a emergência de movimentos sociais e de novas formas de interação política; segundo eles, a tecnologia digital permitiu que os movimentos sociais pudessem se organizar em redes flexíveis, com vantagens estratégicas, diante da escassez de recursos; a organização de movimentos sociais por meios digitais, dizem eles, também permitiu formas rápidas e eficazes de mobilização (2008, p. 243-266). Essa avaliação parece encontrar suporte na realidade brasileira; nos últimos anos no Brasil, as redes sociais na Internet permitiram a mobilização de grupos sociais e de gigantescas manifestações de protesto de diferentes cortes ideológicos e contribuiu de forma decisiva para a destituição do presidente da república, por meio de processo de impeachment, com alteração do governo fora dos processos eleitorais formais.

De uma perspectiva mais ampla, que pode ser situada na esfera de construção da socialidade, Boris Groys afirma que a Internet produz uma subjetividade protegida por senhas, ao mesmo tempo em que expõe o sujeito ao olhar dos outros, lembrando que os outros, segundo Sartre, são o inferno; mas a Internet também permite sincronização e dessincronização do tempo, contextualização e descontextualização e, nesse processo, fortalece o potencial utópico do novo, na exata medida em que, no campo da arte, por exemplo, possibilita demonstrar a transitoriedade do presente (2016 p. 196-213).

Ao mesmo tempo em que enxerga o potencial criativo da Internet, Boris Groys assinala os perigos que ele encerra: a Internet torna possível a civilização digitalmente controlável e rastreável (2016, p. 6-30). Nesse registro, emerge o aspecto sombrio da tecnologia digital, que

reforça posturas individualistas e agressivas de desconsideração do outro. De acordo com Franco Berardi Bifo, a difusão das tecnologias digitais reduz a capacidade de pensamento criativo, embora haja uma mobilização constante de atenção, que se volta para o consumo; ele assinala que Paul Virillo (*Vitesse et politique*) havia evidenciado o regime de velocidade absoluta que se materializa nas tecnologias eletrônicas de comunicação; a aceleração da informação expôs as gerações videoeletrônicas ao sofrimento que pode assumir a forma de depressão, de insegurança e de medo do futuro (2016, p. 183-195).

Na realidade brasileira, o engajamento nas redes sociais abriu oportunidade para formas de polarização social e política; a Internet também mobilizou manifestações de agressividade e de intolerância, que transbordaram para a realidade da vida em sociedade, em meio à paralisia do processo de evolução social. A crítica de todos e de tudo nos meios digitais fez emergir a violência e a desconsideração pelo outro, desviando-se do projeto da modernidade de exercício da crítica como forma de conhecimento.

### *3.2 O sofrimento engendrado pela crítica e a cura pela judicialização da vida*

A crítica de todos e de tudo possibilitada pelos meios digitais informáticos parece conduzir a patologias e sofrimento. A exposição permanente ao olhar do outro degenera em insegurança e agressividade; a interação digital intensifica exigências de crítica e de exposição a crítica. Contudo, a crítica parece estar encontrando seus limites justo no momento em que ela se universaliza na interação possibilitada pelas tecnologias digitais. A razão subjetiva que predomina na cultura digital guia ações na direção do que Max Horkheimer havia apontado de controle de faculdades de classificação, inferência e dedução, sem preocupação com conteúdos, em busca de adequação de procedimentos e propósitos tomados em função de ganhos e vantagens pessoais (2015, p. 11-12). Contudo, a razão subjetiva, que reforça o individualismo, não é capaz de dar suporte seguro a existência da pessoa. Ao mesmo tempo em que a cultura digital reforça a razão subjetiva, atua para dissolver o indivíduo, porém, sem fazê-lo alcançar a efetividade do diálogo intersubjetivo com o outro. Como lembra Ulrich Beck, a pessoa participa do jogo da individualização, de um constante movimento sujeito a riscos e contradições paralisado pelas múltiplas escolhas que conduzem a impotência (2007).

Em função da configuração da sociedade contemporânea e da consolidação de uma razão subjetiva, nos moldes da defesa de valores individualistas, a crítica assumiu outro sentido. De acordo com Zygmunt Bauman, na sociedade da modernidade fluida, o pensamento crítico se acomodou de forma a manter-se imune às consequências dessa acomodação; perdeu-se o

sentido de construção do futuro, visto como tarefa da razão humana; entretanto, o indivíduo é incapaz de ficar parado: move-se de forma compulsiva na insaciável sede de criatividade destrutiva; a fragmentação e a privatização de tarefas, segundo Bauman, trasladou a ideia de aperfeiçoamento da vida em sociedade para a auto-afirmação do indivíduo, o que importou na realocação do discurso ético e político da construção da sociedade justa para o dos direitos humanos: o direito dos indivíduos de fazer escolhas e seguir os modelos de felicidade de acordo com seus interesses (2001, p. 30-38). O espírito crítico adquiriu um sentido funcional, o de promover o arranjo de acomodações necessárias às experiências individuais capazes de assegurar o sucesso pessoal; consequentemente, perdeu-se o sentido de uma crítica comprometida com a denúncia das injustiças sociais e com a ruptura da ordem.

O encolhimento do pensamento crítico, tomado o sentido cunhado pela modernidade, deriva de dois fatores implicados: uma razão subjetiva enredada no jogo dos valores individuais difundidos nos meios digitais e a sua consequência, a acomodação da pessoa a perseguição de objetivos e interesses privados. Uma tal funcionalização da crítica, na medida em que reconfigura os propósitos da razão, resulta em sofrimento.

Para desvendar o sofrimento que a crítica de todos e de tudo engendra, é necessário atentar para o modo como se configura o pensamento crítico na pós-modernidade. Nesse sentido, Vladimir Safatle aponta para o que ele denomina de razão cínica que atua no ambiente de obsolescência do mascaramento ideológico, no qual o poder não teme a crítica porque aprendeu a rir de si mesmo; ele afirma que a noção de razão cínica é a consciência infeliz modernizada sobre a qual a *Aufklärung* agiu ao mesmo tempo com sucesso e com perda; não há mais possibilidade de apelo da crítica a uma verdade recalcada pela ideologia, já que as promessas de modernização do capitalismo estão realizadas, ainda que de maneira cínica (2008, p. 67-89). A razão cínica não tem compromisso com a verdade do discurso, embora o discurso que enuncia não possa ser qualificado de mentira; trata-se de uma crítica sem compromisso com mudanças na realidade.

Mas o cinismo elevado à forma da crítica na contemporaneidade, segundo o próprio Vladimir Safatle, provoca ansiedade e depressão (2008). Tomado o modo de socialização característico da economia neoliberal em que se assume a organização do mercado como forma de relação com o outro, a ansiedade e a depressão surgem associadas a cultura do narcisismo. Ao tratar da realidade social brasileira, Christian Dunker afirma que a cultura do narcisismo, que prolifera nas mídias digitais, assume a educação como mercadoria e desacredita o sistema de formação de autoridade; ela abre caminho para a permissividade e busca a conquista do amor em face do desafio da competição entre indivíduos, com os problemas correlatos de pais

ausentes, trivialização das relações pessoais, emergência das relações de desempenho, no lugar de formas de reconhecimento, horror à velhice, medo de descenso social e ideal de ascensão que geram um complexo generalizado de impostura e de demanda por paternalismos (2017, p. 289).

O desamparo provocado pela cultura da razão cínica e narcísica, com suas formas de expressão nos meios digitais, demanda uma cura que, na realidade brasileira, se manifesta por meio da judicialização da vida. A crítica de todos e de tudo encontra uma forma de arbitragem da distribuição do sofrimento individual por meio da judicialização. É necessário mensurar e monetarizar o sofrimento; exigir uma reparação pela dor que o outro provoca pela sua presença; daí o crescimento observado no Brasil da indenização por danos morais que, ultimamente, penetra a esfera dos afetos frustrados e da vida em família.

No momento em que a crítica não tem mais a pretensão de confrontar a realidade, a judicialização total da vida constitui o modo de lidar com a reparação das injustiças, agora mensuradas no nível dos interesses individuais, e nisso se resume o papel do sistema jurídico; a crítica só faz sentido se a injustiça que ela critica puder propiciar reparação monetária; a própria crítica tornou-se mercadoria.

#### **4. Ensino crítico do direito e o fim da crítica – o lugar da teoria e do conhecimento jurídico**

A crítica conformista e o sujeito crítico enredado no sofrimento, decorrente a impotência gerada pela crítica de tudo e de todos, coloca em xeque a perspectiva de um ensino crítico do direito.

A esta altura, seria o caso de considerar se, de fato, a crítica se tornou inviável, com o esgotamento da teoria crítica. Em um segundo momento, resulta necessário avaliar o alcance da teoria e do conhecimento jurídico em face de uma perspectiva posta pela ideia de ensino crítico do direito, tendo-se em conta, em última análise, a realidade social e jurídica brasileira.

##### *4.1. O fim da crítica e os rumos da teoria crítica*

De certo modo, tornou-se comum vaticinar fins; curiosamente depois que o juízo final acabou substituído na modernidade pela realização de um futuro mítico, nascido do aumento da produtividade do trabalho, surgiram os defensores do fim da história, do fim da história da

arte, do fim do marxismo e, conseqüentemente, do fim da crítica; vive-se a dimensão interminável do presente como efeito do futuro que não tarda, mas também não chega.

A ideia de fim da história da arte pode ser servir de aporte analógico para a compreensão da premissa de fim da crítica. Hans Belting sustenta que chegou o fim da história da arte, no momento em que se tornou impossível formular um encadeamento temporal das técnicas e da forma da obra de arte; diz ele que os vários arranjos formais possibilitados pela obra de arte contemporânea resultou na perda de sentido de uma análise linear e temporal da evolução da forma artística (2006, p. 23-34). Depois do fim da história da arte restaria a repetição destituída de compromisso com a vanguarda. Para Arthur C. Danto, mesmo depois do fim da história da arte, continua a existir uma arte de vanguarda que impõe desafios ao existente, sem a mediação de um relato *apriori* mantendo-se, contudo, a sobrevivência da crítica em meio ao pluralismo (2006, p. 25-61).

Na correlação entre arte e crítica talvez seja Hal Foster aquele que consegue assimilar e esboçar limites ao sustentar o esgotamento da forma crítica, na medida em que ela passou a avaliar a produção artística voltada para a reprodução de conteúdos da cultura de massa, ainda que ele mesmo insista em que é necessário retomá-la (2014). A forma crítica teria deixado de tomar o distanciamento necessário para a compreensão da forma artística. Como diz Eduarda Neves, fazendo referência a crítica artística, a arte surge como prática *trend* e a crítica se ajusta à racionalidade econômica como necessidades do capital; ela lembra a expressão de Theodor W. Adorno para afirmar que a crítica se tornou uma espécie de trabalho administrado (2016, p. 85-91).

Embora fazendo referência a arquitetura, Jorge Figueira traça uma premissa irônica mas pertinente do problema da crítica, que serve para assinalar a passagem da crítica de arte à crítica social; ele retoma o paralelo fundamental da crítica que está etimologicamente ligada à questão da crise. A emergência das crises das formas da acumulação capitalista alimentou a consolidação dos fundamentos de uma teoria crítica que é, essencialmente, crítica social; a crítica indicaria o remédio para a cura da crise. Ocorre que, segundo Jorge Figueira, a crise se tornou permanente, ao mesmo tempo em que a razão cínica aponta o social para todo lado e não é capaz de formular a cura; assim, diz ele, a crise entrou em velocidade de cruzeiro; é doença crônica e incurável e quando não é possível formular a cura, a crítica passa a opinião, comentário, *emoji*; restou à crítica social fazer o acompanhamento da trajetória da crise ou tentar controlar a doença para a qual não é mais possível formular a cura (2016, p. 133-146).

Vive-se, portanto, o momento da degradação da crítica a comentário ou opinião, sem qualquer compromisso com fundamentos ou com a verdade, difundidos por meio das redes

sociais na Internet; a razão cínica inviabilizou a crítica e, conseqüentemente, a possibilidade de solução para a injustiça produzida pelas crises da acumulação capitalista. Na realidade brasileira atual, a difusão de comentários e opiniões cínicas nas redes sociais se tornou uma prática militante, que confere suporte ao encolhimento da política e a falta de representação parlamentar que mantém o país em crise social e econômica pelo menos desde 2008.

O diagnóstico do esgotamento da crítica, contudo, não goza de unanimidade. Jacques Rancière, por exemplo, sustenta que é falso dizer que a tradição da crítica social e cultural está esgotada; ele afirma que a crítica social foi elevada de volta à origem, que seria a interpretação da modernidade como ruptura individualista do elo social e da democracia como individualismo de massa; nesse sentido, a nova atitude crítica deveria apostar no dissenso e no processo de subjetivação que possibilita a ação de capacidades que atacam a unidade do dado e desenham outro mundo possível, onde a emancipação é a coletivização de capacidades investidas pelo dissenso (2017, p. 27-49). Tratar-se-ia de reconfigurar sentidos a partir de uma situação dada, no interior das relações sociais e políticas.

O debate aponta, de um lado, para o esgotamento da capacidade transformadora da crítica, que estaria confrontada com a emergência da crise da sociedade capitalista tornada permanente; de outro, a crítica estaria restrita a operar no interior da vida social de modo a reconfigurar nexos de sentido a partir do dissenso e do conflito que lhe é inerente. A teoria crítica, conseqüentemente, perdeu seu caráter revolucionário, e, no mínimo, encontra limites para formular saídas para mudanças sociais, em especial na realidade social brasileira.

#### *4.2 O fim do ensino crítico do direito no Brasil e a crise dos fundamentos do direito*

Na medida em que o ensino crítico do direito esteve comprometido com o combate às injustiças sociais havia na sua pedagogia uma relação direta com valores emancipatórios. É necessário enfatizar que a emancipação pressuposta no ensino crítico do direito não se restringia a aprendizagem de habilidades técnicas e de domínio de competências. Tratava-se de um compromisso com a emancipação nos termos do que poderia ser qualificado de compreensão

Assim, considerados os limites da teoria crítica, no sentido de uma redução de horizontes em face da persistência das formas de acumulação capitalistas e de suas crises e injustiças correlatas, pode ser o caso de, por arremedo ao que ocorreu com a história, a arte e a crítica social, também avaliar a pertinência da ideia de um fim do ensino crítico do direito, tomando como ponto de apoio a realidade social e brasileira atual. Nesse sentido, a questão do fim do ensino crítico, ou de sua persistência, pode ser avaliado em duas direções: o da

capacidade da crítica do direito voltada para a construção de um novo arranjo normativo, que ganha relevância desde a especificidade de construção da socialidade brasileira, e um outro, de caráter mais global, que diz respeito à crise de fundamentos do direito.

Como visto, o ensino crítico do direito teve como ideal a superação da injustiça social e, nesse sentido, assumiu um perfil antipositivista e antiformalista. Tratava-se de questionar os fundamentos normativos hegemônicos do direito em nome de outro direito, um direito achado na rua ou um direito alternativo capazes de redimir as formas de injustiça arraigadas na realidade brasileira. O ensino crítico buscava construir uma normatividade mediante a afirmação de um espaço “fora” do que podia ser considerado o direito válido e legítimo. O caso era de instrumentalizar as formas jurídicas tradicionais e suas práticas na afirmação de um direito que se construía comprometido com a emancipação da pessoa e a inclusão social.

Colocada em perspectiva histórica, o esgotamento das propostas do ensino crítico do direito, pelo menos no Brasil, se revela quando percebido que perdeu sentido a busca de uma normatividade situada “fora” do direito positivado, ou a busca de um outro direito. O que o ensino crítico do direito postulava de renovação, acabou reduzido a meios de assimilação instrumentalizada do potencial da crítica, de modo a ampliar formas de indenizabilidade em face do aumento de formas de sofrimento decorrentes da integração a vida social por meio do consumo de massa. Ao mesmo tempo em que o ensino crítico caminhou na direção de assimilação pela ordem, não se revelou capaz de perceber as mudanças na articulação das contradições no interior da evolução da socialidade brasileira.

Ligado a essa questão, também contribuiu para os limites do ensino crítico do direito a questão da crise do direito, e do próprio ensino jurídico. Ao invés de enfrentar a crise de fundamentos do direito, ligado ao que Fabio Ciaramelli qualifica de um consenso possível em torno da democracia e de sentidos do direito estabelecidos pelos mercados e pela globalização econômica (2013, p. 227), a crítica no direito se limitou a questionar seus efeitos em torno de um conceito vago e de pouca cientificidade de segurança jurídica; a perda de sentido da lei, as decisões contraditórias dos tribunais, a frustração das demandas sociais por mais direitos, tudo se reduziu a um jogo de princípios que se explica e se justifica pela métrica da segurança jurídica; no fundo, assimilou-se o discurso dos mercados de que os impasses nas formas de acumulação de capital decorrem da falta de segurança jurídica propiciada pelo ordenamento jurídico, como se o ordenamento jurídico, na medida em que assegura direitos e garantias, impedisse a dinâmica de produção e de aumento da riqueza.

O ensino crítico do direito no Brasil no momento se reduziu a uma crítica funcionalizada da ordem jurídica a serviço da preservação de interesses particularistas em

detrimento dos interesses da maioria e, nesse sentido, repetiu na história brasileira o legado de manutenção de desigualdades e assimetrias. Contudo, pode não ser o fim do ensino crítico do direito, uma vez compreendido que a legitimidade da ordem jurídica pode depender exatamente de a crítica do direito reencontrar o caminho do compromisso com a mudança.

## **5. Considerações finais**

Em vista do problema proposto, consistente na indicação do sentido do ensino crítico do direito no Brasil e suas implicações na cultura jurídica, a análise deixou evidenciado que o potencial da razão crítica, característica da modernidade, perdeu fôlego na medida em que se alinhou a uma posição funcional e conformista; no Brasil, a assimilação da normatividade dos princípios reforçou o caráter idealista na compreensão do fenômeno jurídico servindo para elidir a brutalidade das assimetrias na realidade social e reduzir horizontes e possibilidades de mudanças significativas na construção da socialidade brasileira. A cultura digital, paradoxalmente, veio reforçar as limitações da crítica ao abrir espaço para a crítica de todos e de tudo, com as correspondentes formas de sofrimento, cuja cura o sistema jurídico se encarregou de formular mediante a judicialização total da vida e seus modelos fluídos de indenizabilidade.

O contexto de encolhimento do espaço social e de apologia do individualismo egoístico conduziu o ensino crítico do direito no Brasil a uma encruzilhada, que é da crise permanente, para a qual a razão crítica não é capaz de formular saídas. Nesse cenário, o caminho mais fácil para o que ainda poderia ser qualificado de ensino crítico do direito, obviamente reduzido a sua forma estética, é o de simplesmente se acomodar na assimilação da ordem, o que, em termos de cultura jurídica brasileira, significa repetir uma tradição arraigada na história, em que o verniz da novidade encobre a manutenção de desigualdades e de assimetrias; o paradigma dessa saga que se repete ao longo do tempo surge assimilado na figura do Benedito, personagem-herói do conto “Evolução” construído pelo olhar irônico de Machado de Assis sobre a sociedade brasileira; o rapaz culto, que mimetiza os interesses da burguesia em decadência, na busca de novas oportunidades de negócios. O caminho mais difícil, de compromisso do ensino crítico com as mudanças, depende da reelaboração teórica dos fundamentos do direito, desdobrados na materialidade da vida e da evolução social. Será o Benedito na sua roupagem contemporânea insuflando ideias mortas pela Internet, ou não será. Se não for, o tempo não é de espera, mas de aceleração das contradições, de modo a propiciar o desvelamento do que vem depois.

## 6. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial** – en busca de la seguridad perdida. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2007.

BELTIN, Hans. **O fim da história da arte**. São Paulo: Cosac Naify, 2006.

BIFO, Franco Berardi. **Generación post alfa** – patologías e imaginarios en el semicapitalismo. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. 4.<sup>a</sup> ed., Campinas: Vide Editorial, 2017.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento – de Gutenberg a Diderot**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CARVALHO, Salo. Crítica e contracrítica dos movimentos de crítica à dogmática jurídica: ensaio sobre as transições da Escola de Direito Livre e do Movimento do Direito Alternativo em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. In CARVALHO, Diego de; CARVALHO, Gabriela de; COSTA, Renata Almeida da; CARVALHO, Salo (Org.) **Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico**: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 263-305.

CHAROLLES, Valérie. **Philosophie de l'écran** – dans le monde de la caverne. Paris: Librairie Fayard, 2013.

CIARAMELLI, Fabio. **Consenso sociale e legittimazione giuridica** – Lezione di filosofia del diritto. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

DANTO, Arthur C. **Después del fin del arte** – el arte contemporáneo y el linde de la historia. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2006.

DUNKER, Christian. **Reinvenção da intimidade** - políticas do sofrimento cotidiano. São Paulo: Ubu editora, 2017.

FIGUEIRA, Jorge. Houston, we have a problem. O fim da crítica de arquitectura. In

CRESPO, Nuno (Org). **Arte crítica política**. Lisboa: Edições tinta da china, 2016, p. 133-146.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica** – perspectivas de una teoría crítica de la política. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

FOSTER, Hal. **O retorno do real**. A vanguarda do final do Século XX. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

GROYS, Boris. **Arte en flujo** – ensayos sobre la evanescencia del presente. Buenos Aires: Caja Negra Editora, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo** – sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Martins Fontes, vol 2, 2012.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad**: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Madrid: Katz Editores, 2014.

HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **Eclipse da razão.** São Paulo: Editora Unesp, 2015.

JARRIGE, François. Le martyre de Jacquard ou le mythe de l'inventeur héroïque (France, XXe siècle). **Tracés – Revue de Sciences Humaines**. Lyon: ENS-Éditions, 2009, n.º 16, pag. 99-117.

LASÉN, Amparo. ALBÉNIZ, Inaki Martinez de. Movimientos, “mobidas” y moviles: un análisis de las masas mediatizadas. In SÁBADA, Igor; GORDO, Ángel (Coord). **Cultura digital y movimientos sociales**. Madrid: Catarata, 2013, p. 243-266.

LOWY, Michael. SAYRE, Robert. **Revolta e melancolia**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Editorial Paulus, 2005.

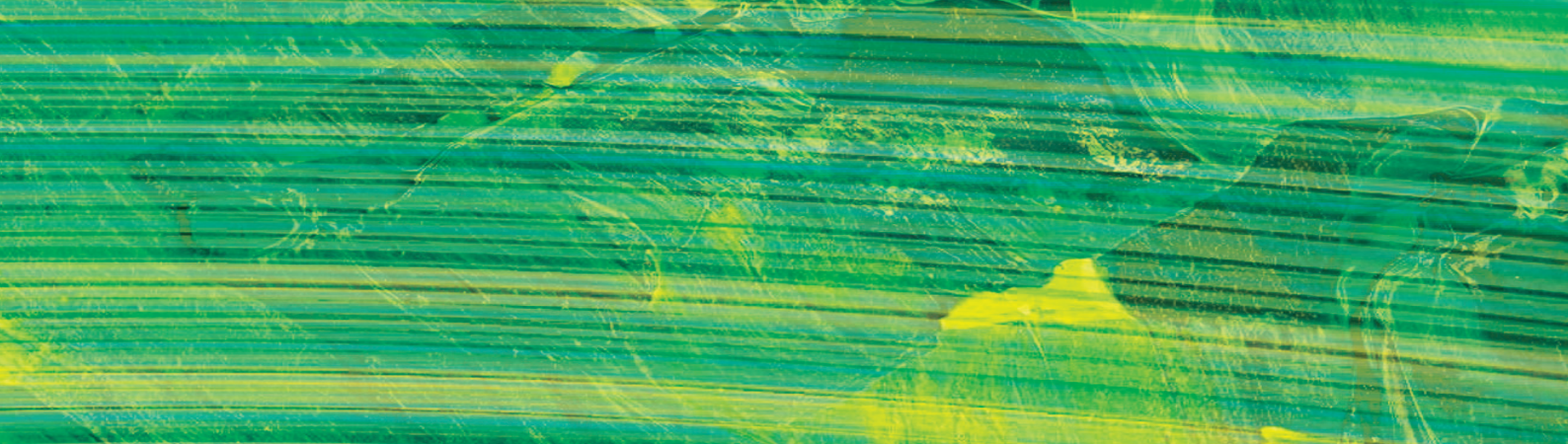
MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.  
\_\_\_\_\_. **Para a crítica da economia política** - manuscritos de 1861-1863. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010.

NEVES, Eduarda. Um crítico na época do cinismo avançado. In CRESPO, Nuno (Org). **Arte crítica política**. Lisboa: Edições tinta da china, 2016, p. 85-111.

RANCIÈRE, Jacques. **O espectador emancipado**. 1.<sup>a</sup> ed. 3.<sup>a</sup> Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo** - uma questão alemã. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.



**E**ste livro reúne artigos científicos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho: “FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO”, “BIODIREITO, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS DOS ANIMAIS” e “PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA” no decorrer do VIII Encontro Internacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil), realizado entre os dias 06 e 08 de setembro de 2018 na cidade de Zaragoza – Espanha.



Prensas de la Universidad  
**Universidad** Zaragoza

