

PREFÁCIO

A revista *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS* disponibiliza edição extraordinária, volume 11, número 3 (2016), cujo conteúdo corresponde a contribuições submetidas ao longo do ano de 2016. Esta publicação somente foi possível em razão da qualidade científica das pesquisas empreendidas, do trabalho voluntário incansável de nossos colaboradores e do interesse de nossos leitores.

Este número é especial, pois seu propósito é comemorar a criação do Centro de Estudos Europeus e Alemães (*Zentrum für Deutschland- und Europastudien*), pareceria entre o Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que fomentará as cooperações acadêmicas e institucionais, inserindo-se em nosso projeto de internacionalização.

Este será o primeiro centro localizado na América Latina, bem como o primeiro do hemisfério sul, assumindo uma simbologia muito especial a todos os parceiros latino-americanos. Consolida-se, assim, uma rede de investigadores e pesquisas relacionadas aos grandes temas europeus e alemães, prevendo-se a organização de eventos, cursos de mestrados interdisciplinares, doutorados em co-tutela, cursos de verão e escolas doutorais itinerantes, que beneficiarão a comunidade científica em geral.

Conforme descreve o site oficial do DAAD, tal centro “tem como finalidade principal assegurar para a jovem geração de acadêmicos conhecimentos e expertise sobre a Alemanha e a Europa de forma a propagar estes conhecimentos e assegurar continua cooperação entre a Alemanha e seus parceiros internacionais”¹.

Novamente esta edição é composta por pesquisas que correspondem aos mais variados setores da Ciência Jurídica, empreendidos por estudiosos de todo o país e exterior, denotando-se sua abrangência nacional e internacional. Ademais, cuida-se para que as investigações sejam inovadoras, relevantes e apresentem enfoques e opiniões diversas.

O zelo desta publicação se manifesta em seus crescentes índices de impacto, que almejam mapear a repercussão dos trabalhos divulgados. Atualmente, segundo dados obtidos

¹ Disponível em: <<https://www.daad.org.br/pt/2016/12/07/centro-de-estudos-alemaes-e-europeus-no-brasil/>>.

por meio do Google, esta revista apresenta média anual superior a 100 citações, perfazendo 1474 citações ao total, o que significa um *índice h* igual a 17 e *índice i10* igual a 23².

Dentre as pesquisas selecionadas nesta edição, destacamos, inicialmente, a dos autores estrangeiros convidados. O doutor Gilles Paisant, professor doutor emérito da Universidade Savoie Mont Blanc, França, elaborou estudo destinado a verificar a influência do Direito do Consumidor na recente reforma do Direito Contratual do Código Civil Francês. Por sua vez, o doutor Álvaro Sánchez Bravo, professor da Universidade de Sevilla, Espanha, analisou o panorama de crise do Estado em um contexto de globalização, por meio de ótica marxista.

O Direito Ambiental, a sustentabilidade, o adequado manejo de resíduos sólidos e os efeitos da poluição eletromagnética foram ressaltados, por meio de pesquisas elucubradas pelas doutoras Denise Schmitt Siqueira Garcia, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Univali); Magali de Moraes Menti, professora da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS); Beatriz Souza Costa, professora do Programa de Mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara; e coautoras.

A temática das políticas públicas voltadas ao setor da saúde, a necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana e o direito social à saúde, bem como sua judicialização, foi perscrutada pela doutora Caroline Müller Bitencourt, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); por Davi Augusto Santana de Lelis, professor da Universidade Federal de Viçosa, e por demais autores.

Os desafios jurídicos da proteção ao idoso, em sua conjuntura de vulnerabilidade e suscetibilidade a assédio moral e ao abandono afetivo inverso, com a decorrente necessidade de implementação do dever de cuidado por parte dos descendentes, foram enfrentados pelas doutoras Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar); Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e coautores.

Esta edição conta ainda com investigações acadêmicas variadas, sobre responsabilidade civil do Estado, regulamentação da rotulagem de alimentos vegetarianos, capacidade contributiva e competitividade, características comparativas de institutos jurídicos da União Europeia, feminismo e Direito Penal, pesquisa jurídica e Filosofia do Direito,

² Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=eH8bomgAAAAJ&hl=pt-BR>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.



desenvolvidas pelos doutores Valmir de Souza, professor do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública e Cidadania da Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Odorico Konrad, professor do Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho do Centro Universitário Univates; Fabrício Germano Alves, professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); André Felipe Canuto Coelho, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã; Anair Isabel Schaefer, professora do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco; Cristian Kiefer da Silva, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e Heraldo Elias de Moura Montarroyos, professor do curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), dentre outros.

Agradecemos a todos os leitores, autores, pareceristas e editores, que atribuem sentido a existência desta revista, e saudamos toda a comunidade acadêmica, desejando uma leitura proveitosa.

3

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Editor-chefe

Profª. Dra. Cláudia Lima Marques
Coordenadora PPGDir – UFRGS
Editora-chefe Substituta

Doutorando Kenny Sontag
Mestrando Vicente de Azevedo Bastian Cortese
Editores-colaboradores



¿QUÉ INFLUENCIA TIENE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS?*

QUAL A INFLUÊNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA REFORMA DO DIREITO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS?

WHAT INFLUENCE DOES CONSUMER LAW HAVE ON THE REFORM OF CONTRACT LAW IN THE FRENCH CIVIL CODE?

Gilles Paisant**

RESUMO: Esta pesquisa almeja a analisar o papel do Direito do Consumidor nas recentes reformas empreendidas no Direito Contratual do Código Civil Francês. Primeiramente, foram analisadas questões relativas à formação do contrato, sobretudo no que tange ao consentimento. Posteriormente, foram examinados aspectos do conteúdo contratual, verificando-se o contrato de adesão e a generalidade contratual.

ABSTRACT: This research aims at analyzing the role of Consumer Law in the recent reforms undertaken in the Contractual Law of the French Civil Code. Firstly, issues related to contract formation were analyzed, especially with regard to consent. Subsequently, aspects of the contractual content were examined, verifying the contract of adhesion and the contractual generality.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Direito Contratual. Direito Civil Francês.

KEYWORDS: Consumer Law. Contract Law. French Civil Law.

SUMÁRIO: Introducción. 1 En Cuanto a la Formación del Contrato. 1.1 La Exigencia de un Consentimiento Aclarado. 1.2 La Exigencia de un Consentimiento Libre. 2 En Cuanto al Contenido del Contrato. 2.1 En los Contratos de Adhesión. 2.2 En la Generalidad de los Contratos. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Desde mediados de los años 1960, se realiza en Francia una importante obra de renovación de nuestro venerable Código Civil implementado en 1804 a iniciativa de Napoleón. Las primeras reformas, también las más numerosas y a veces repetidas, se referían al derecho de familia en todos sus aspectos (tutela: 1964; regímenes matrimoniales: 1965 y 1985; incapacidades: 1968 y 2007; filiación: 1972 y 2005; divorcio: 1975, 2004 y 2016;

*Pesquisa apresentada em palestra proferida no Foro Central de Porto Alegre, no dia 09 de novembro de 2016, realizada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em evento organizado pelos Professores Doutores Claudia Lima Marques e Diógenes de Oliveira.

** Professor Doutor Emérito da Universidade Savoie Mont Blanc, França. Decano honorário da Faculdade de Direito e Economia de Chambéry, França.

sucesiones: 2001 y 200). Pero, en otro ámbito, cabe destacar, que en el 2006, la reforma del derecho de garantías¹ y, dos años más tarde, la de las prescripciones².

Así, poco a poco, por partes, está modernizándose el Código Civil francés. La última reforma de importancia, en vigor desde el día 1º de octubre de 2016, es la de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones procedente de una « *ordonnance* » del 10 de febrero de 2016³. En realidad, se trata aquí de la primera parte de la reforma global del derecho de obligaciones, en espera de la reforma complementaria de los textos relativos a la responsabilidad civil⁴.

Desde años, se hablaba de la necesidad de revisar nuestro derecho de contratos, los artículos dedicados a este tema habiendo permanecido sin cambio desde 1804. Sin duda alguna, la edad de una ley no constituye motivo suficiente para reformarla: si ha permanecido igual durante años y años, se puede en efecto pensar que no resultaba tan mala...

Sin embargo, dos series de consideraciones explican esta reciente reforma.

En primer lugar, si los textos del Código Civil sobre los contratos no cambiaron durante dos siglos, eso no significa que el derecho francés contractual permaneció obsoleto durante todo este tiempo. Este derecho evolucionó de dos modos complementarios: por una parte, por los aportes de la jurisprudencia de la Corte de casación y, por otra parte y de forma más específica, sobretudo a partir de los años 1970, por las sucesivas leyes dedicadas a la protección contractual de los consumidores. Aun poniendo aparte estas leyes integradas en un código de consumo, resultaba claro que, por el simple hecho de las interpretaciones de la Corte de casación, el código civil, en el ámbito contractual, desde años, ya no reflejaba el derecho positivo. Así, al reformar el código sobre este tema, se trataba procurar que exista en adelante una mejor adecuación entre los textos y la realidad jurídica, de tal modo que los actores de la vida económica o cualquier ciudadano, al leer el código, puedan tener una idea más exacta del derecho aplicable⁵.

¹ Ord. n° 2006-346 de 23 de marzo de 2006, JO 24 de marzo de 2006, p. 4475.

² Ley n° 2008-561 de 17 de junio de 2008, JO 18 de junio de 2008, p. 9856.

³ Ord. n° 2016-131, JO 11 de febrero de 2016, texto n° 26; véase DESHAYES, O.; GÉNICON, Th; LAITHIER, Y-M. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. LexisNexis, 2016; SIMLER, Ph. Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016; RÉFORME du droit des contrats, quelles innovations? Rev. Contrats, Fuera de serie, abril de 2016; LA réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Contrats, Conc., Consum. mayo de 2016, n° 1-9.

⁴ Véase ante-proyecto de abril de 2016: www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf

⁵ Véase informe al Presidente de la República relativo a la ord.: JO 11 de febrero de 2016, texto n° 25, p. 2.

En segundo lugar, la reforma de 2016 se explica por un argumento de derecho comparado. En el 2000, Alemania procedió a la reforma de la parte de su Código Civil (BGB) dedicada a los contratos. Esta reforma tuvo influencia no sólo en Europa en el seno de las instancias de la Unión Europea, sino también mucho más allá⁶. Por eso, a la vez para coincidir mejor con los trabajos europeos sobre el derecho de contratos y para preservar cierta atracción de nuestro sistema jurídico, se decidió emprender la revisión del Código Civil sobre estos aspectos.

Varios estudios universitarios sirvieron para la preparación de esta reforma, en especial, los, distintos, de los profesores Catala⁷ y Terré⁸ en los años 2005 y 2008.

Finalmente, el texto definitivo de 2016, establecido por el Ministerio de Justicia y promulgado por vía de « *ordonnance* », sin debate previo ante el Parlamento, se presenta como un texto híbrido y nuevo, mezclando las influencias y también las innovaciones con las consagraciones de muchas de las anteriores soluciones jurisprudenciales.

Con motivo de esta reforma, y a diferencia de los códigos holandés, alemán o argentino, entre otros, el tema de la protección al consumidor no se trata en el Código Civil: tampoco el concepto de contrato de consumo. Lo de la protección a los consumidores permanece separado del Código Civil; está integrado en un código propio, el *Código de Consumo* que fue promulgado a derecho constante en el 1993⁹ y que acaba de ser revisado, de nuevo a derecho constante, por una « *ordonnance* » de 14 de marzo de 2016¹⁰, sea un mes a continuación de la reforma del Derecho Contractual.

Consecuentemente, en el sistema jurídico francés, estamos en presencia de dos universos legislativos distintos y recientemente revisados: él del Código Civil y él del Código de Consumo. La reforma del Derecho Contractual no tiene nada que ver con la revisión del Código de Consumo; la revisión del primero no se realizó en contemplación de la del segundo y así recíprocamente.

⁶ Por ej. Código civil y comercial de la Nación argentina de 2014.

⁷ CATALA, P. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. La Documentation française. 2006; véase REVUE des Contrats. La réforme du droit des contrats: projet et perspectives. n. 1, 2006.

⁸ TERRÉ, F. (Dir.). Pour une réforme du droit des contrats. Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2008.

⁹ Ley n° 93-946 de 26 de julio de 1993, JO 27 de julio de 1993, p. 10538.

¹⁰ Ord. n° 2016-301 de 14 de marzo de 2016, JO 16 de marzo de 2016, texto n° 29; véase: CLARET H.; PAISANT, G. La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016; SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.; AUBRY, H. Recodification du droit de la consommation. Semaine Juridique. ed. G. 2016, act. 392; PIÉDELIÈVRE, S. Le nouveau code de la consommation est arrivé. Gaz. Pal. 29 de marzo de 2016, p. 10.

Sin embargo, especialmente en el ámbito contractual, no pueden negarse los vínculos entre el Derecho Civil y el Derecho de Consumo y consecuentemente entre los dos códigos concernidos.

Primero, si la presentación separada de las disposiciones que constituyen un Código de Consumo se justifica por su carácter derogatorio a los principios del Código Civil, resulta claro que este dispositivo específico a las relaciones entre proveedores y consumidores forma un microsistema abierto; es decir, un microsistema que no tiene autonomía¹¹, que no puede bastarse en sí mismo. Sobre todos los puntos no considerados por el derecho especial o derogatorio, se aplican las disposiciones del derecho común integrado en el Código Civil (vicios del consentimiento, capacidad, representación, responsabilidad civil)¹². Las recientes reformas no cambiaron nada al respecto. El derecho contractual de consumo sigue necesitando el apoyo del derecho común del código civil para colmar sus insuficiencias.

En segundo lugar, y al revés, sabemos muy bien que el derecho de protección a los consumidores puede influenciar el derecho común y sus interpretaciones en un sentido más social, para la protección de la parte vulnerable en el marco de relaciones contractuales desequilibradas que no existen sólo en las relaciones de consumo.

Por ejemplo, a nivel legislativo, la reforma del plazo de gracia en el 1991 en el Código Civil¹³ se inspiró directamente de la ley promulgada en el 1989 sobre la protección del consumidor sobreendeudado. Y, en el 2000, el legislador francés utilizó la técnica consumerista del derecho de desistimiento en beneficio de cualquier comprador no profesional de un inmueble¹⁴. Y, a nivel jurisprudencial ¿cómo no mencionar las repetidas sentencias de la Corte de casación expresando un reforzamiento de las obligaciones de información y de consejo a carga de los proveedores, aún en sus relaciones con otros proveedores de especialidades distintas?¹⁵.

¹¹ Contra: LORENZETTI, R.L. Consumidores. ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos-Aires, 2003, p. 47.

¹² Véase PAISANT, G. Défense et illustration du droit de la consommation, LexisNexis, 2015, n° 90 y s.; comp. LIMA MARQUES, C.; BENJAMIN, A.; MIRAGEM, B. Comentários ao código de defesa do consumidor. 3. ed. Rev dos Tribunais, 2010, p. 311, a propósito del art.7 del código brasileño, hablando de un « microsistema permeável, não exaustivo ».

¹³ Art. 1244-1 resultando de la ley n° 91-650 de 9 de julio de 1991.

¹⁴ Ley n° 2000-1208 de 13 de diciembre de 2000, art. 72.

¹⁵ Por ej. Cass. com. 18 de octubre de 2011, n° 10-20894, www.legifrance.gouv.fr

Esa influencia del derecho especial de consumo sobre el derecho común se manifiesta también en la reforma de 2016, aún cuando, se debe repetirlo, el consumidor y los contratos de consumo permanecen fuera del Código Civil.

Se nota tal influencia en varias disposiciones nuevas que se relacionan tanto a lo de la formación del contrato, como a lo del contenido del contrato.

1 EN CUANTO A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

En adelante, varios principios rigen de modo expreso el derecho francés de contratos. El nuevo artículo 1102 del Código Civil plantea el principio de libertad contractual que, en especial, implica la libertad de contratar o de no contratar, la libertad de elegir la persona de su contratante y la libertad también para determinar la forma y el contenido del contrato. Estos principios son tradicionales y no deben nada al Derecho de Consumo. Al revés, este último edita normas contrarias, particularmente cuando exige formas o menciones obligatorias.

Un segundo principio esencial es el principio de buena fe, dado por entendido que, en adelante, de forma expresa, se requiere la buena fe no sólo a propósito de la ejecución del contrato, sino también para su negociación y su formación (art. 1104).

Considerando más especialmente la fase de la formación del contrato, podemos notar, a través de los nuevos textos del Código Civil, cierta influencia del Derecho de Consumo, sobretudo respecto a la protección del consentimiento del contratante. Más precisamente, se trata de las disposiciones que velan por la expresión de un consentimiento a la vez aclarado y libre.

1.1 La Exigencia de un Consentimiento Aclarado

Tal exigencia significa que el contratante debe estar en condiciones de expresar su consentimiento en perfecto conocimiento de causa. Es decir que debe tener informaciones exactas sobre las características y el contenido de su compromiso.

Según la teoría clásica, pertenece al contratante mismo informarse al respecto. Es el famoso “caveat emptor” del Derecho Romano.

Pero sabemos que el Derecho de Consumo da por sentado que el consumidor es un ignorante. Por eso exige que el proveedor le proporcione todas las informaciones útiles y

exactas tanto sobre las características esenciales del bien o de la prestación como sobre sus derechos y obligaciones derivados del contrato¹⁶. Y, de modo complementario, el Código de Consumo, a continuación de la Directiva Europea 2005/29CE, condena las prácticas comerciales desleales y, más precisamente, las prácticas engañosas que contienen informaciones falsas que pueden inducir a error al consumidor medio. En Francia, este tipo de práctica constituye una infracción penal¹⁷.

Ahora, el derecho común recibe esa influencia consumerista. Ratificando soluciones jurisprudenciales, el nuevo artículo 1112-1 del Código Civil obliga al contratante que conoce una información cuya importancia resulta determinante para el consentimiento del otro a comunicársela. Este texto toma en cuenta una situación de asimetría informacional entre los contratantes, lo que, en la práctica, no concierne sólo las relaciones de consumo.

Sin embargo, para su aplicación esa regla general necesita dos requisitos alternativos especiales: o bien el contratante acreedor de la información debe legítimamente estar en una situación de ignorancia, o bien confía en su contratante.

El primer requisito se presenta como un homenaje al tradicional “caveat emptor”. Hay cosas que cada uno debe saber. El Código Civil no protege a la persona negligente o descuidada, mientras que el Código de Consumo considera, de modo irrefragable, en cualquier circunstancia, al consumidor como un ignorante. Si, aquí, el Derecho de Consumo influye el derecho común, este último no lo copia.

Más curioso aparece el segundo requisito en la medida en que el contrato es una obra de confianza. Normalmente, desde mi punto de vista, se debería presumir la confianza entre las partes. Queda por saber cual será la interpretación de la jurisprudencia al respecto: ¿interpretación in abstracto o in concreto? ¿Depende la confianza de la capacitación particular del contratante deudor de la obligación de información? ¿Cuál es el criterio de la confianza? No se encuentran estas preguntas en las relaciones de consumo; el consumidor no tiene que aportar cualquier prueba para merecer las informaciones de su contratante proveedor.

De todas formas, la información que debe comunicar el contratante es una información que él conoce por diferencia a una información que él debería conocer. Desde este punto de vista, la ley nueva aparece de menor exigencia que la jurisprudencia existente que, por

¹⁶ Véase c. consumo art. L 111-1 y s.

¹⁷ C. consom. art. L 132-2.

ejemplo, en las relaciones entre proveedores de distintas especialidades, exige que él quien actúa en el marco de su especialidad tiene obligación de informarse sobre las necesidades de su contratante y de informarlo sobre la adecuación de la cosa propuesta a su utilización prevista o sobre las coacciones técnicas inherentes al buen funcionamiento del material objeto del contrato¹⁸.

Así, vemos que la nueva obligación de información del código civil tiene menor amplitud que en la jurisprudencia vigente hasta ahora y, a fortiori, en el código de consumo. Pero su presencia basta para demostrar cierta “consumerización” del derecho civil contemporáneo.

Dicha obligación, al igual que en el Código de Consumo, es una obligación de naturaleza pre-contractual. Su incumplimiento puede generar dos consecuencias civiles: primero, si esta falta presenta un carácter intencional, aquella puede constituir el dolo viciando, por el error provocado, el consentimiento del contratante; pero, segundo, como falta civil, puede comprometer la responsabilidad civil de su autor en vista del resarcimiento del perjuicio sufrido. Se trata aquí de responsabilidad civil delictual. La misma solución es de aplicación en el caso del incumplimiento de la obligación general de información planteada por el código de consumo¹⁹. Pero este código, a diferencia del Código Civil, según los casos, conoce otros tipos de sanciones de la falta de información pre-contractual: por ejemplo, en los contratos de crédito al consumo, la sanción sería la pérdida del derecho a los intereses en detrimento del organismo de crédito culpable²⁰.

1.2 La Exigencia de un Consentimiento Libre

Se trata aquí de la exigencia de un **consentimiento libre de cualquier coacción**. El Código de Consumo expresa esta preocupación en varias circunstancias. Por ejemplo, según la precitada directiva del 2005 sobre las prácticas comerciales desleales, este código prohíbe y sanciona las prácticas comerciales agresivas²¹ que se encaminan a mermar, mediante el acoso, la coacción, incluso el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o la conducta del consumidor.

¹⁸ Cass. 1ra civ. 28 de octubre de 2010, www.legifrance.gouv.fr; com. 18 de octubre de 2011, prec.

¹⁹ Cass. 1ra civ. 1º de marzo de 2005; 20 de diciembre de 2012, www.legifrance.gouv.fr

²⁰ C. consom. art. L 341-1.

²¹ C. consom. art. L 132-10 (sanción civil: nulidad del contrato celebrado) y L 132-11 (sanción penal: pena de prisión hasta dos años y multa de 300000 euros).

Además, y todavía de forma penal, el mismo código reprime el delito de abuso de debilidad²². Este delito se caracteriza por el hecho de abusar de la debilidad o de la ignorancia de una persona para que suscriba, mediante visitas a domicilio, compromisos, cuando las circunstancias demuestran que esa persona no estaba en condiciones de apreciar el alcance de sus compromisos o de percatarse de las astucias desempeñadas para convencerla.

En todas las relaciones contractuales, el Código Civil toma en cuenta este tipo de situación de forma *sui generis*. Pensamos, en el código de 1804, en el vicio de consentimiento de violencia. La reciente reforma alarga este concepto. En efecto, en adelante, se admite la violencia (art. 1143) cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el cual se encuentra su contratista obtiene de su parte un compromiso que no hubiera contratado en ausencia de tal coacción y saca de este compromiso una ventaja excesiva. Conforme la jurisprudencia anterior que admitía el concepto de violencia económica²³, este texto será de aplicación en las hipótesis de abuso de dependencia económica²⁴. Pero, por no haber precisado las cosas, podrá aplicarse, más generalmente, en cualquier tipo de dependencia, por ejemplo en caso de dependencia psíquica o sentimental. Sin embargo, hay un límite en la comprensión de este concepto de abuso de dependencia: no se refiere al simple estado de vulnerabilidad del contratante²⁵. El vicio de violencia por abuso de situación de dependencia de una parte no es un vicio de debilidad de la otra parte. Y, además, si la dependencia no es la vulnerabilidad, tampoco no es la necesidad. Se puede estar en una situación de necesidad, por ejemplo económica, sin estar por este motivo, en una situación de dependencia económica respecto a la otra parte. Se puede prever muchos contenciosos al respecto.

En el Código Civil, la sanción del vicio de violencia radica en la nulidad del contrato. Pero también, constituyendo un delito civil, este comportamiento compromete la responsabilidad civil de su autor. Es otra hipótesis de responsabilidad civil delictual.

A pesar de las diferencias técnicas con las disposiciones del Código de Consumo, se nota, en ambas legislaciones, una misma preocupación: evitar que un potente saque un

²² C. consom. art. L 132-14 y L 132-15.

²³ Por ej. Cass. 1ra civ. 30 de mayo de 2000, n° 98-15242, www.legifrance.gouv.fr

²⁴ Cass. 1ra civ. 3 de abril de 2002, n° 00-12932, www.legifrance.gouv.fr: « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». Sólo el abuso degenera en violencia; todas las situaciones contractuales de dependencia económica (franquicias, concesiones...) no engendran abusos!

²⁵ O. Deshayes, Th. Génicon y Y-M. Laithier, op. cit., p. 224.

beneficio injusto en detrimento de la otra parte. Esta filosofía se encuentra también en varios artículos del código renovado que se refieren al contenido del contrato.

2 EN CUANTO AL CONTENIDO DEL CONTRATO

Primero, es preciso aclarar los términos “contenido del contrato”. De modo formal, desde la reforma del 2016, la palabra “contenido” designa, al lado del consentimiento y de la capacidad, una condición de validez del contrato. El contrato debe presentar un contenido lícito y cierto. Esta condición de validez se sustituye a las anteriores nociones de objeto y de causa.

Por eso, ahora, cuando hablamos del contenido del contrato, nos referimos al *negotium*, es decir a los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Se trata del contenido de los compromisos concertados.

Sobre este punto esencial, la influencia del derecho de consumo se manifiesta principalmente mediante las reglas aplicables a los contratos de adhesión. Por primera vez, con la reforma de febrero de 2016, el contrato de adhesión entra en el Código Civil. Debida a Saleilles a principios del siglo XX²⁶, esta noción se define ahora, en el artículo 1110, como “*el contrato cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, se determinan de antemano, por una de las partes*”. Sin embargo, aparte de esta categoría contractual, pueden destacarse algunas reglas más de inspiración consumerista que son de aplicación en cualquier tipo de contrato.

2.1 En los Contratos de Adhesión

Deben ser consideradas dos disposiciones; son de desigual novedad e importancia. La primera se relaciona a la cuestión de la interpretación del contrato mientras que la segunda organiza un sistema de lucha contra las cláusulas abusivas.

En primer lugar, el artículo 1190 nuevo dispone que, “en caso de duda”, **el contrato de adhesión se interpreta “contra el quien lo ha propuesto”**.

Se puede afirmar al respecto que la jurisprudencia anterior se decidía en el mismo sentido sobre la base de los textos de 1804 y a pesar de que estos últimos no mencionaban de ningún modo el concepto de contrato de adhesión. Así, por ejemplo, la Corte de casación,

²⁶ SALEILLES, R. De la déclaration de volonté. Paris, F. Pichon, 1901.

juzgó inoponibles al contratante-adherente estipulaciones “demasiadas herméticas”²⁷ o cuya redacción resultaba clara sólo para un especialista²⁸.

El legislador francés, a continuación de la Directiva Europea 93/13CE de 5 de abril de abril de 1993, en el 1995²⁹, introdujo en el Código de Consumo³⁰, pero sólo para los contratos celebrados entre proveedores y consumidores, el principio según el cual, “en caso de duda”, las cláusulas de estos contratos se interpretan “en el sentido más favorable al consumidor”. La ley no hacía formalmente referencia a los contratos de adhesión, pero, concretamente, se aplicaba a estos últimos en la medida en que la gran mayoría de los contratos de consumo son contratos de adhesión propuestos por los proveedores.

Por consiguiente, con otras palabras, se amplía el ámbito de aplicación de este principio de interpretación a todos los contratos de adhesión, sin distinción según la calidad del adherente, aún no consumidor. Su interés radica precisamente en su aplicación en las relaciones profesionales porque sabemos muy bien que se usan también con frecuencia los contratos de adhesión en este tipo de relación contractual.

Por nuestra parte, hubiéramos preferido otra redacción de este artículo 1190; una redacción más cerca de la del código de consumo, es decir privilegiando una interpretación en un sentido favorable al contratante-adherente, preferentemente a una interpretación “contra” quien ha propuesto el contrato. Sin embargo, de todas formas, en ambos casos, encontramos la misma idea: se presume en situación de debilidad el contratante-adherente y, por eso, la ley quiere protegerlo contra la parte que, en situación de superioridad, ha establecido el contrato en su provecho. Es una lógica consumerista.

En segundo lugar, todavía respecto a los contratos de adhesión específicamente, la reforma de 2016 introduce en el Código Civil una regla directamente sacada del Código de Consumo. Se trata del artículo 1171 sobre las **cláusulas abusivas**. Para entender el alcance de esta innovación, considerada como una de las más relevantes de la “*ordonnance*” de 2016, es preciso hacer un poco de historia.

Fue en el 1978³¹ cuando, por primera vez, el legislador francés adoptó un dispositivo encaminado a luchar contra las cláusulas contractuales abusivas. Pero dicho era de aplicación

²⁷ Cass. com. 5 de febrero de 2002, n° 98-17529, www.legifrance.gouv.fr

²⁸ Cass. 1ra civ. 14 de mayo de 1974, n° 73-10316, www.legifrance.gouv.fr

²⁹ Ley n° 95-96 de 1° de febrero de 1995, art. 3, JO 2 de febrero de 1995, p. 1755.

³⁰ Actualmente art. L 211-1.

³¹ Ley n° 78-23 de 10 de enero de 1978, art. 35, JO 11 de enero de 1978, p. 301.

sólo en los contratos celebrados entre proveedores y consumidores. Lo que importaba, no era la naturaleza del contrato litigioso, sino la calidad de las partes contratantes. Integradas en el 1993 en el Código de Consumo, estas disposiciones representaban una considerable derogación al principio civilista fundamental y tradicional de la fuerza obligatoria del contrato.

En adelante, copiando la terminología consumerista, el nuevo artículo 1171 del Código Civil prevé que “en un contrato de adhesión, cualquier cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes al contrato se reputará no escrita”. Y, a continuación, al igual que en el Código de Consumo, añade: “ la apreciación del desequilibrio significativo no afectará al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación ofrecida”.

Así se transpusieron en el Código Civil disposiciones inicialmente reservadas a las relaciones de consumo. Resulta que, hoy en día, la lucha contra las cláusulas abusivas se extiende a la generalidad de las relaciones contractuales de momento que tales estipulaciones forman parte de un contrato de adhesión. Es decir que, a diferencia del Código de Consumo, lo que importa para la aplicación del artículo 1171 nuevo, no es la calidad de las partes contratantes, sino la naturaleza del contrato celebrado. Consecuentemente y evidentemente, el nuevo texto será de aplicación en las relaciones contractuales entre proveedores. Además, desde nuestro punto de vista, un consumidor quejándose de cláusulas abusivas integradas en un contrato de adhesión podría pedir su eliminación al juez tanto sobre el fundamento del Código de Consumo, si ha tratado con un proveedor, como sobre la base del Código Civil nuevamente reformado. Sin embargo, queda por saber si tendría cualquier ventaja eligiendo así la vía civil.

En efecto, si, en ambos códigos, la definición de la cláusula abusiva resulta igual con el mismo criterio impreciso del “desequilibrio significativo” y si, también, la ley establece la misma sanción del carácter no escrito de la estipulación denunciada, se notan varias diferencias de régimen jurídico entre los dos dispositivos.

Así se planteará la cuestión de si las precisiones del Código de Consumo sobre las modalidades de apreciación del carácter abusivo de una cláusula³² son también de aplicación

³² Apreciación en el momento de la celebración del contrato atendiendo al conjunto de las circunstancias que hayan rodeado su conclusión , a las demás cláusulas del contrato y a las cláusulas estipuladas en otro contrato en

en el caso del artículo 1171 del Código Civil. Si se concibe sin dificultad una respuesta positiva al respecto, no creemos posible, en cambio, transponer al Código Civil las dos listas de cláusulas abusivas establecidas por un decreto de 18 de marzo de 2009 en aplicación del Código de Consumo³³. ¿Cómo, por ejemplo, imaginar prohibir, en las relaciones contractuales entre empresarios, aun cuando usarían contratos de adhesión, cualquier cláusula limitativa de responsabilidad civil que constituye una de las doce categorías de estipulaciones irrefragablemente presuntas abusivas en el código de consumo? Sin duda alguna, por razones de seguridad jurídica, existen límites a la “consumerización” del Derecho Civil.

Y nos enfrentamos al mismo debate respecto a la cohabitación entre el nuevo artículo 1171 del Código Civil y el sistema propio del Código de Comercio establecido en el 2008 para, en las relaciones entre proveedores o empresarios, luchar contra las prácticas – eventualmente contractuales - consistiendo en intentar someter o someter a su socio a “obligaciones creando un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes”.

Es una pena que el legislador francés no haya, con motivo de la reforma de 2016, pensado en la armonización entre estos distintos dispositivos. Tres sistemas de lucha contra las cláusulas abusivas en un mismo orden jurídico es mucho. Sin embargo, esta situación demuestra de modo significativo el actual poder de influencia del Derecho de Consumo sobre las demás ramas del derecho.

2.2 En la Generalidad de los Contratos

Aplicables a la generalidad de los contratos, de adhesión o no, cabe destacar dos series de disposiciones nuevas presentando una inspiración consumerista: el artículo 1170 sobre las cláusulas relativas a la obligación esencial del deudor y el artículo 1186 sobre los contratos interdependientes.

Según el primer de estos textos, **“cualquier cláusula que priva de su substancia la obligación esencial del deudor se reputará no escrita”**. Mientras que, en el caso del artículo 1171 sobre las cláusulas abusivas, directa aparecía la influencia del derecho de consumo, aquí se trata sólo de una influencia indirecta.

el caso de que la celebración o el cumplimiento de ambos contratos sea jurídicamente interdependiente (c. consom. art. L 212-1).

³³ Lista « negra » de cláusulas prohibidas y lista « gris » de cláusulas presuntas (presunción simple) abusivas: c. consom. art. R 212-1 y R 212-2.

En efecto, de forma directa, el nuevo artículo 1170 se presenta como la consagración de la celebre jurisprudencia “Chronopost” de la Corte de casación³⁴. ¿Qué ocurrió en este caso?

Algún día, un empresario, contratista de obras, había entregado a la sociedad Chronopost (un servicio de mensajería rápida) un correo de respuesta a un pliego de condiciones para la realización de una obra determinada. Este envío se efectuó la víspera de la fecha límite para competir, dado por entendido que Chronopost se compromete, de modo expreso, a devolver el correo a su destino el día siguiente de su entrega, antes de mediodía.

Se adivina muy bien la continuación del relato: Chronopost no cumplió con su obligación de puntualidad; el correo llegó a su destino posteriormente a la fecha prevista y al vencimiento del plazo para competir. En estas condiciones, el empresario víctima de este retraso, perdiendo la oportunidad de competir, pidió reparación a Chronopost. Esa sociedad se defendió invocando, entre las condiciones generales del contrato, una cláusula limitando su responsabilidad al reembolso del precio de expedición del correo litigioso. Entonces, se desarrolló el litigio sobre la legalidad o no de esta estipulación.

Resultaba claro que se trataba de una relación contractual entre dos empresarios. Consecuentemente, no podían aplicarse al caso las disposiciones del

Código de Consumo relativas a las cláusulas abusivas. Sin embargo, con evidencia, esa relación resultaba muy desequilibrada en detrimento del cliente de Chronopost, esa sociedad estando en condiciones de imponer su ley contractual. Según los principios del Código Civil sobre la fuerza ejecutoria del contrato, la solución hubiera consistido en la aplicación exacta de la cláusula litigiosa.

No obstante, invocando el artículo 1131 del Código Civil (ausencia de causa), la Corte de casación juzgó que tal estipulación, que contradecía el alcance de la obligación esencial de Chronopost, debía ser reputada no escrita.

Así se invalidó la cláusula sobre el fundamento del Código Civil expresando el derecho común. En realidad, no era un fundamento adecuado, tampoco exacto en la medida en que, según los principios de interpretación tradicionales, la ausencia de causa debía apreciarse a nivel del contrato entero y no a nivel de tal o tal de sus estipulaciones. La sanción normal y habitual de la ausencia de causa radicaba en la nulidad del contrato en su integridad y no en

³⁴ Cass. com. 22 de octubre de 1996, Bull. civ. 1996, IV, n° 261; D. 1997.121, nota Sériaux; JCP G, 1997, II, 22881, nota Cohen; Contrats, conc., consom. 1997, n°24, obs. Leveneur; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud; www.legifrance.gouv.fr

nulidad de una cláusula determinada. Es decir que, para evitar una solución concreta injusta en aplicación de los principios jurídicos vigentes, la Corte de casación, inspirándose de las disposiciones del Código de Consumo sobre las cláusulas abusivas, pero sin poder aplicarlo en relaciones entre proveedores, trastornó los principios de interpretación anteriormente admitidos para plantear una solución a la que hubiera llevado la ley de protección a los consumidores.

La reforma del 2016 consagra de forma expresa esa jurisprudencia con el nuevo artículo 1170. Pero la noción de causa ha desaparecido del Código Civil. Entonces ¿cual es el fundamento de este nuevo texto? Desde nuestro punto de vista, es el mismo fundamento que el que explica el dispositivo del Código de Consumo sobre las cláusulas abusivas; es decir un objetivo de justicia contractual mediante un mecanismo de restablecimiento de un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Aplicable en la generalidad de las relaciones contractuales, debe destacarse sin embargo que, a diferencia del dispositivo del Código de Consumo, el artículo 1170 no presupone la desigualdad de las partes contratantes.

A pesar de esta reserva, la cláusula que priva de su substancia la obligación esencial del deudor (verosímelmente, la mayoría de las veces una cláusula limitativa de responsabilidad) aparece como una nueva categoría de cláusula abusiva aun cuando la ley no le atribuye esa calificación. Es una cláusula abusiva a razón del desequilibrio significativo que crea en detrimento de una parte.

También, respecto a la caducidad, el nuevo artículo 1186 se relaciona a lo contenido del contrato ya que tiene por efecto de liberar un contratante de sus obligaciones. Es el caso de los **contratos interdependientes**, cuando se necesita la ejecución de varios contratos para la realización de una misma operación y que uno de ellos “desaparece”. En estas circunstancias, la nueva ley prevé que se ponen caducados los contratos cuya ejecución se ha vuelto imposible por esa “desaparición”, lo mismo que los para los cuales la ejecución del contrato era una condición determinante del consentimiento de una de las partes.

Sin embargo, añade el texto, sólo se pronuncia la caducidad si el contratante defendido a la acción tenía conocimiento de la operación en su globalidad en el momento de la expresión de su consentimiento.

Este texto, un poco complicado, relativo a los conjuntos contractuales³⁵, se inspira de una técnica que, desde 1978, había sido puesta en obra para la protección del consumidor-prestatarario, de tal modo que, el crédito se tenga por rescindido o anulado de pleno derecho si el contrato en cuya virtud se haya celebrado fuese también rescindido o anulado por la autoridad judicial³⁶. Y, al revés, se resuelve de pleno derecho la venta o el contrato de prestación de servicio si el consumidor no obtiene el crédito³⁷.

El artículo 1186 generaliza esta técnica a todos los conjuntos contractuales independientemente de la calidad de las partes. Para su interpretación, se debatirá, entre otras, sobre la cuestión de si, todavía, se prohíben las cláusulas de divisibilidad que niegan el carácter interdependiente de los contratos en juego³⁸. ¿Es de orden público o no el artículo 1186?

CONCLUSIÓN

Para concluir, se comprobó que, mediante esas diversas influencias procedentes del derecho de consumo, la nueva ley de contratos aparece mucho menos individualista y liberal que las disposiciones iniciales de 1804. Libertad contractual y fuerza obligatoria del contrato deben combinarse con justicia contractual. Ya no se trata de una justicia abstracta al modo antiguo: “quien dice contractual dice justo”, sino de una justicia contractual concreta y efectiva. Esta influencia consumerista contribuye así a proporcionar al derecho contractual una primera ración de “gota de aceite social” (refiriéndonos a las celebres palabras de Otto von Gierke).

Varias influencias extranjeras reforzaron esta tendencia. Así es con el mecanismo de revisión por imprevisión de los contratos de ejecución sucesiva (art. 1195), cuando sobreviene un cambio de circunstancias, imprevisible en el momento de la celebración del contrato, que hace excesivamente onerosa su ejecución por una de las partes.

³⁵ Se trata de los contratos que resultan a la vez necesarios e insuficientes para la realización de la operación global; por ej. un contrato para proporcionarse un bien o una prestación de servicio y un segundo contrato para su financiación.

³⁶ C. consom. art. L 312-55.

³⁷ C. consom. art. L 312-52 y L 312-54.

³⁸ Cass. ch. Mixte, 17 de mayo de 2013, n° 11-22927 y 11-22768, www.legifrance.gouv.fr: « attendu que les contrats concomitants ou successifs, qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ».

Por supuesto, el conjunto de estos dispositivos, que se dedican a luchar contra los desequilibrios contractuales más importantes, tiene como consecuencia aportar una dosis de inseguridad jurídica en las relaciones contractuales. Pero, se puede contestar que cualquier contratante no puede legítimamente esperar de un contrato un beneficio excesivo en detrimento de la otra parte. Evolucionó la sociedad.

REFERENCIAS

CATALA, P. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. La Documentation française. 2006.

CLARET H.; PAISANT, G. La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

DESHAYES, O.; GÉNICON, Th; LAITHIER, Y-M. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. LexisNexis, 2016.

LA réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Contrats, Conc., Consom. mayo de 2016.

LIMA MARQUES, C.; BENJAMIN, A.; MIRAGEM, B. Comentários ao código de defesa do consumidor. 3. ed. Rev dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, R.L. Consumidores. ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos-Aires, 2003.

PAISANT, G. Défense et illustration du droit de la consommation, LexisNexis, 2015.

PIÉDELIÈVRE, S. Le nouveau code de la consommation est arrivé. Gaz. Pal. 29 de marzo de 2016.

RÉFORME du droit des contrats, quelles innovations? Rev. Contrats, Fuera de serie, abril de 2016.

REVUE des Contrats. La réforme du droit des contrats: projet et perspectives. n. 1, 2006.

SALEILLES, R. De la déclaration de volonté. Paris, F. Pichon, 1901.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.; AUBRY, H. Recodification du droit de la consommation. Semaine Juridique. ed. G. 2016, act. 392.

SIMLER, Ph. Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016.

TERRÉ, F. (Dir.). Pour une réforme du droit des contrats. Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2008.

Submissão: 16/02/2017
Aceito para Publicação: 16/02/2017



CRISIS DEL ESTADO Y GLOBALIZACIÓN: PROGNOSIS MARXISTA

*CRISE DO ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: PROGNÓSE MARXISTA**STATE CRISIS AND GLOBALIZATION: MARXIST PROGNOSIS*

Álvaro Sánchez Bravo*

RESUMO: Este artigo aspira a analisar a crise do Estado em um contexto de globalização, por meio da doutrina marxista.**ABSTRACT:** This article aims to analyze the State crisis in a context of globalization, by means of the Marxist doctrine.**PALAVRAS-CHAVE:** Crise do Estado. Globalização. Marxismo.**KEYWORDS:** State Crisis. Globalization. Marxism.**SUMARIO:** Introducción. I El Estado y la Globalización. Conclusión. Referencias

INTRODUCCIÓN

23

La idea del estado-nación se encuentra hoy en franco retroceso, cuando no en un camino sin retorno. Fenómenos de diversa etiología han contribuido a esta nueva realidad, que pone en jaque la visión tradicional del Estado y de los ciudadanos, ante la irrupción de nuevos escenarios complejos e interconectados.

Esa nueva hidra es conocida como globalización; expresión y símbolo paradigmático del inicio del nuevo milenio, pero que esconde realidades no siempre acordes a lo que su beatífico nombre parece remitir y que es lo más contrario a la idea democrática de universalismo en el disfrute de los derechos humanos, sociedades integradoramente democráticas, y justa e inclusiva redistribución de la riqueza.

Debemos tener claro y siempre presente que la globalización no es un fenómeno espontáneo, casual. Todo lo contrario, es el resultado de una ideología dominante, que bajo diversas denominaciones, ha permanecido agazapada, socavando, lenta pero persistentemente, nuestro Estado de bienestar, para instaurar un sistema planetario de control y gobierno efectivo que supera los órganos nacionales e internacionales, que no se somete a controles democráticos, que no rinde cuentas, pero que impone inexorablemente sus mandatos.

* Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, Espanha. Professor da Faculdade de Direito da Universidad de Sevilla, Espanha. Expert da Agência de Execução do Conselho Europeu de Investigação (ERCEA), União Europeia. Presidente da Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Coeditor da Revista Internacional de Direito Ambiental.

Y esa ideología no es nueva. La globalización no es más que el nuevo rostro del capitalismo, travestido por la especulación financiera internacional, el control de los mercados y un nuevo modelo de consumo y comunicación sin precedentes. Hemos globalizado los mercados, no los derechos humanos, ni la dignidad que los sustenta. Los capitales y productos pueden circular a discreción, mientras miles de personas son rechazadas diariamente en las fronteras, o simplemente mueren ahogadas, al intentar formar parte de esa globalización que no los contempla, salvo como “externalidades”.

Pero el fenómeno de la globalización no es nuevo, pues el capitalismo tampoco lo es. Ya Marx y Engels en 1848, en el Manifiesto comunista, señalaba como *“El descubrimiento de América y la circunnavegación de África ofrecieron a la burguesía un nuevo campo de actividad. Los mercados de la India y China, la colonización de América, el intercambio comercial con las colonias, la multiplicación de los medios de cambio y de las mercancías en general imprimieron al comercio, a la navegación y a la industria un impulso hasta entonces desconocido y aceleraron con ello el desarrollo del elemento revolucionario de la sociedad feudal en descomposición”*.

Lógicamente, las clásicas estructuras estatales, con sus organismos, límites, rendición de cuentas y sistemas de participación popular más o menos amplios, no son más que obstáculos para una nueva realidad que se rige por otras reglas. Pero debemos plantearnos, como hemos llegado a esta situación y sus causas, así como se manifiesta la ideología dominante y que consecuencia estamos asumiendo los ciudadanos.

1 EL ESTADO Y LA GLOBALIZACIÓN

Numerosas son las teorías ensayadas para explicar esta crisis del Estado-nación, pero podemos señalar unos *topoi* comunes: en primer lugar, unas descomunales transformaciones de los sistemas económicos mundiales, propiciaron el anquilosamiento del Estado del bienestar, frente a la universalización de los mercados de capitales; en segundo lugar, los furibundos ataques, y ofensiva ideológica que desde numerosos sectores políticos, económicos y sociales se han lanzado contra la idea de Estado, y su aparente incapacidad para resolver problemas mundiales.

Resulta paradójico que estos exégetas e ideólogos del “nuevo mundo”, tras satanizar a las ideologías keynesiana- en lo económico- y socialdemócrata-en lo sociopolítico-, confluyan

con Marx, en la consideración del Estado como una superestructura, que junto al Derecho, sirve a la burguesía como instrumento de dominación y explotación de los proletarios. Sólo que a la ideología dominante le sobra también la burguesía, degradada ahora a proletariado, por la crisis de los sistemas económicos, y son ellos los que aspiran ahora a ser esas superestructuras que puedan campar a sus anchas, sin rendir cuentas.

Marx, lo expresa certera y premonitoriamente al señalar *“que con la extensión de la actividad a una escala histórico-universal los individuos particulares han ido viéndose sojuzgados en medida creciente por un poder extraño a ellos (independientemente de cómo se representaran la presión de éste, recurriendo a una presunta argucia del llamado espíritu universal, etc...) un poder de dimensiones cada vez más masivas y que en última instancia se ha revelado como el mercado mundial, es, en cualquier caso, un hecho empírico no menos relevante de la historia precedente”*. A mayor abundamiento en el Manifiesto Comunista, señala lucidamente: *“las pequeñas capas medias existentes hasta la fecha, los pequeños industriales, comerciantes y rentistas, los artesanos y campesinos, todas estas clases van hundiéndose en el proletariado, en parte porque su pequeño capital resulta insuficiente para la explotación de la gran industria y sucumbe a la competencia con los capitalistas de mayor envergadura, en parte porque sus habilidades quedan desvalorizadas en virtud de nuevos modos de producción. El proletariado se recluta así, por tanto, entre todas las clases de la población”*.

25

Nuestros sistemas (los del modelo eurocéntrico hegemónico) de crecimiento y consumo se estancaron hace unas décadas, propiciando que la lucha histórica de fuerzas entre ricos y pobres se inclinara a favor de aquellos, de los grandes negocios y del capital.

Marx, como señala, Jacobo Muñoz, asume la globalización como un proceso inexorable, en cuanto constitución de un mercado universal, de la dinámica interna del capitalismo, que tiende necesariamente a convertirse en un sistema mundial, en una civilización planetaria. A la luz de los análisis desarrollados en sus escritos de madurez, lo que Marx denomina <<trabajo objetivado>> - mercancías, dinero, medios de producción- sólo puede, en efecto, reproducirse como capital si amplía de forma constante el círculo de la producción y el intercambio capitalista. La propia subsistencia del capital depende, en consecuencia, de su expansión constante, lo que explica su inexorable tendencia a la mundialización.

Se expandió la idea de la “crisis del Estado del bienestar” y esto hizo que ese estado en crisis perdiera la capacidad, o al menos así se quiere hacer creer, de cumplir sus funciones tradicionales de redistribuidor, garante de derechos y pacificador social.

Debido a la paranoia de los mercados y los grandes intereses financieros, el Estado se ha visto incapacitado para planificar y promover el desarrollo, al estar sometido a programas de ajustes y control del déficit impuestos por organizaciones internacionales financieras como el FMI y/o el Banco Mundial.

Por otro lado, el Estado ya no puede determinar la demanda y la inversión, al no disponer de capacidad para regular los procesos económicos, ni optar por la creación del empleo. Como indica certeramente Sotelo, *“el Estado habría dejado de configurar el marco territorial y jurídico dentro del cual funciona el mercado. La crisis del Estado del bienestar se revela así como al consecuencia natural de la crisis del Estado nacional, y como todas las instituciones democráticas tienen al Estado como soporte, la crisis del estado conlleva la de la democracia parlamentaria, al menos en la forma en que hoy la conocemos”*

Por último, su función redistribuidora, se ha diluido ante el recorte en gastos sociales y políticas públicas, y el desmantelamiento de los sistemas sociales.

Como indica Faulkner, *“el resultado fue una remodelación radical del capitalismo basada en la debilidad de los sindicatos, la privatización de servicios, la precarización del trabajo y una redistribución general de la riqueza desde el trabajo hacia el capital”*.

La crisis del Estado del bienestar es la excusa para el resurgimiento del clásico capitalismo, al que se denomina ahora como “neoliberalismo”, que viene asociada por una consolidación de los bloques hegemónicos y un uso “preventivo” de la guerra para salvar los intereses estratégicos universales, manifestados en la globalización de los mercados.

La tendencia a la mundialización de los mercados, conlleva, como indica el pensador de Tréveris, *“el concepto del capital. Todo límite se presenta como un límite a superar. Ante todo el capital tiene la tendencia a someter todo momento de la producción al cambio y a negar la producción de valores de uso inmediatos, que no entran en el cambio, es decir, tiene la tendencia a colocar precisamente la producción basada sobre el capital en lugar de modos de producción anteriores, y desde su punto de vista, primitivos. El comercio ya no presenta aquí como una función que tiene lugar entre producciones independientes para el cambio de su excedente, sino como un presupuesto esencial omnicomprendido y como un momento de la producción misma... la producción de plusvalía relativa... requiere la producción de nuevo*

consumo; exige, por lo tanto, que se amplíe el círculo de consumo dentro de la circulación, de la misma forma que antes exigía la ampliación del círculo productivo. Primero, la ampliación cuantitativa del consumo existente; segundo, la creación de nuevas necesidades, mediante la propagación de las necesidades ya existentes en un círculo más amplio; tercero, producción de nuevas necesidades y creación de nuevos valores de uso”.

Las premonitorias reflexiones marxianas, evidencian que no debemos desconsiderar esta nueva ideología neoliberal. Somos conscientes, de que es incapaz, no es útil, para explicar el funcionamiento de los sistemas capitalistas, pero si ha servido como, señala Faulkner, de “justificación pseudocientífica para la codicia, la pobreza y el caos endémico del sistema, así como para la obscena riqueza de la elite política y empresarial. En este sentido, el neoliberalismo es simplemente la autojustificación ideológica de la clase dominante”

La globalización, bajo la hégira del capitalismo renacido, incorpora importantes cambios radicales, violentos, en los planos económico, político y cultural que es necesario justipreciar.

En el plano económico, frente a la antigua confrontación entre países ricos y pobres, o en vías de desarrollos, los nuevos espacios económicos se integran entorno de grandes núcleos financieros del hemisferio norte y en algunos países emergentes, ya auténticas potencias económicas, pero no en cohesión social, desde la que se adoptan las grandes decisiones económicas planetarias, se imponen condiciones a los Estados para participar en el comercio mundial, se celebran acuerdos de libre comercio, que refuerzan su hegemonía, y se distribuye la riqueza acumulada atendiendo a criterios de geoinfluencia, y no de redistribución humanitaria.

La mundialización del capital se ha basado en la derivación de una gran parte de los procesos materiales de producción en países con bajas exigencias laborales y salarios reducidos, mediante la inversión directa de capitales que es aplaudida, como símbolo e integración en la globalización, por dirigentes, cuando no dictadores, sátrapas y enemigos de sus pueblos.

Los sectores públicos y privados rentables, y sólo ellos, son privatizados, debilitando a las organizaciones sindicales y/ o de clase, incrementando la inseguridad y el temor entre los trabajadores, reduciendo los salarios, y generando enormes flujos de plusvalías desde los proletarios hacia los grandes empresarios. Desde el punto de vista del Estado, como hemos visto, ya debilitado en sus funciones como Estado de bienestar, se sustituye el capital privado

por el público para la satisfacción de los servicios públicos básico, y en esto, los ciudadanos, se ven desposeídos de los mismos, al responder la dinámica económica, no a proteger a los ciudadanos, sino sólo a aquéllos que tienen capacidad de pago para poder asumir los costes de estos servicios, a los que la privatización, en irónica y desvergonzada caracterización, presenta como más rápidos, modernos y eficaces. Como certeramente afirma Marx, *“la forma que cobra la cosa pública en un Estado que no es el de la cosa pública, sólo puede ser una monstruosidad, una forma que se miente y se contradice a sí misma, una forma aparente, que terminará por mostrar lo que es”*.

Además la deslocalización – entendida, como explotación de las condiciones laborales paupérrimas descritas anteriormente-, determina que el elemento material del Estado, su territorio, sea también irrelevante, pues los límites físicos, jurídicos y administrativos se difuminan. Los grandes grupos financieros y productivos, transnacionales, son más poderosos que los Estados y acaban superponiéndose a ellos. Asistimos a un espacio único de competencia, en régimen de oligopolio (la gran industria, en expresión marxiana), que se sustenta en gigantescos grupos financieros e industriales que dominan la tecnología, los mercados y, que no conformes con eso, a través de alianzas, fusiones y demás ingeniería financiera, reafirman y amplían su poder económico y social. Al referirse a esta competencia, y pese a las medidas protectoras que el propio Marx reconocía, expone lucidamente como *“...la gran industria universalizó la competencia(ella misma es la libertad práctica de comercio, en ella el arancel protector no es sino un paliativo, un arma defensiva en la libertad de comercio)desarrolló los medios de comunicación y el moderno mercado mundial, puso el comercio bajo sus dictados, transformó todo capital en capital industrial, y con ello hizo posible la rápida circulación (la formación del sistema monetario) y la centralización de los capitales. Mediante la competencia universal obligó a todos los individuos a tensar máximamente sus energías. Destruyó hasta el límite de lo posible la ideología, religión, moral, etc., y allí donde no lo consiguió, hizo de ella una mentira palpable. Creó por vez primera la historia universal, en la medida en que la satisfacción de sus necesidades hizo depender a toda nación civilizada y a todo individuo de ésta del mundo entero, poniendo punto final al tradicional aislamiento y carácter exclusivo de las diferentes naciones solas”*

Muchos Estados quedan reducidos a un cascarón, cuya supervivencia al menos testimonialmente como miembro de la comunidad de naciones, se sostiene concediendo ventajas fiscales, degradando a sus propios trabajadores, ante el anuncio de entrar en el club

de los países industrializados, desarrollados, no comprendiendo que están más dominados y oprimidos que nunca, que son el sur, del Sur.... “*la gran industria no alcanza en cada localidad de un país la misma cota de desarrollo... Y de modo similar influyen los países en los que se ha desarrollado una gran industria sobre los **plus ou moins** no industrializados en la medida en que éstos se ven arrastrados por el intercambio mundial a la lucha de la competencia universal*”.

Los impactos de la globalización liberal también se han dejado sentir en los aspectos sociales, pues además de los nuevos escenarios de transnacionalización del capital, se han alterado sustancialmente la redistribución de la riqueza y el poder; en fin, la base social de los sistemas democráticos, como hasta ahora los habíamos conocido.

Porque en todo periodo de crisis (desde la perspectiva marxista, crisis puede entenderse como la paralización de los resortes que rigen y posibilitan el funcionamiento de la sociedad. A mayor abundamiento, Jacobo Muñoz, explicita como hay que distinguir entre una crisis general, cuyo único desenlace podría ser la transformación de la sociedad y una crisis o colapso parcial, inseparable de fenómenos tales como los ciclos político-económicos, constitutivos del capitalismo que llevan a que períodos de prosperidad, al menos aparente, sean sustituidos por otros, caracterizados por intensas depresiones de la actividad económica) siempre hay grupos que se enriquecen, que se aprovechan de las externalidades negativas del sistema, que prosperan ante la miseria de los otros: especuladores, fondos de inversión, traficantes de toda índole, hacen su fortuna sobre la agonía de los ciudadanos impotentes ante un sistema jurídico-social que impone la aplicación de la ley sin consideración a las causas exógenas que les llevaron a la miseria. La crisis de los sistemas financieros capitalistas se resuelve con más capitalismo, los impuestos se destinan a tapan los agujeros de los disparates especulativos de bancos y demás entidades lacayas del capital.

Pero no es un movimiento espontaneo, surgido *ex novo*. Es el producto de una nueva ideología social que tiene en el culto al beneficio rápido, a la especulación, a la insensibilidad ante los problemas ajenos, su alfa y omega. Aparece una nueva casta: neoburgueses, nuevos ricos, que imponen modas, conductas y alardean de su riqueza y poder. Y ello es posible, por la desaparición acelerada de las clases medias, junto a la concentración creciente de riqueza y poder de las nuevas élites dirigentes. Élites que determinan las formas de consumo, de relacionamiento, de entender del mundo, de implementar los valores sociales; cuando no, de la ausencia de cualquier ética que no sea el culto al dinero y al poder que lo sustenta. En la

Ideología alemana, Marx plantea certeramente como “*las ideas de la clase dominante son, en cada época, las ideas dominantes, o lo que es igual, la clase con la que se identifica el poder material dominante en la sociedad es la clase que, al mismo tiempo, ejerce el poder espiritual en ella dominante. La clase que tiene a su disposición los medios para la producción material, goza con ello, a un tiempo, de la capacidad de disposición sobre los medios de producción espiritual, de tal modo que las ideas y pensamientos de quienes carecen de medios de producción espiritual le vienen, por término medio, sometidos. Las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, de las relaciones materiales dominantes concebidas como pensamientos; o sea, los pensamientos de su dominio. Los individuos que forman la clase dominante, entre otras cosas, conciencia de ello y en ello piensan; en la medida, pues en que dominan como clase tienen también y determinan el alcance global de una época histórica, va de suyo que lo hacen en toda su extensión, dominando, por tanto, entre otras cosas, también como pensadores, como productores de ideas, que regulan la producción y distribución de las ideas de su época; de ahí, en suma, que sus ideas sean las ideas dominantes de la época*”.

“*En efecto, -dice Marx- cada nueva clase que pasa a ocupar el puesto de la que dominó antes de ella se ve obligada, para poder sacar adelante los fines que persigue, a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad, es decir, expresando esto mismo en términos ideales, a imprimir a sus ideas la forma de la universalidad, a presentar estas ideas como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta*”.

Se consolida sí el pensamiento único imperante en la nueva sociedad neoliberal, mientras las referencias culturales de los pueblos, y sus sistemas axiológicos, se ven sumergidos en el pensamiento dominante, hegemónico. Pero ni siquiera esto sería suficiente, sin que el control del poder en determinados grupos, que sin poder denominarse clase en clave marxista, (dos características básicas pueden entenderse de clase: una negativa y una positiva. En el *18 de Brumario de Luis Bonaparte* Marx define, en efecto, una clase plenamente constituida en los siguientes términos: <<En la medida en que millones de familias viven bajo condiciones económicas de existencia que las distinguen por su modo de vivir, sus intereses y su cultura de otras clases y las oponen a éstas de un modo hostil, aquéllas forman una clase. Por cuanto existe entre los campesinos parcelarios una articulación puramente local y la identidad de sus intereses no engendra entre ellos ninguna organización política, no forman

una clase>>. Cuando en *Miseria de la Filosofía* describe el sufrimiento de la clase obrera, Marx escribe, en cambio: <<En principio, las condiciones económicas habían transformado la masa del país en trabajadores. La dominación del capital ha creado en esta masa una situación común, intereses comunes. Así, esta masa viene a ser ya una clase frente al capital, pero no todavía para sí misma. En la lucha [...] esta masa se reúne, constituyéndose en clase para sí misma. Los intereses que defienden llegan a ser intereses de clase>>) se basara sobre el control, la determinación del contenido y la extensión de la información.

Lo relevante en este punto sea considerar que la opción por una sociedad global del conocimiento, deba ser entendida como una *sociedad mundial que comparte el conocimiento*. Sólo de esta forma sería aceptable un movimiento globalizador que sirviera para unir a los pueblos, para caminar por sendas comunes, para resolver problemas universales, y no como lo que hoy se esconde bajo esa expresión sutil, pero a la vez terrible, que intenta imponer modelos de conducta, unidireccionalidad del pensamiento, y que busca eliminar a los diferentes, a los no productivos, a todos aquellos que no se someten al “conocimiento” del “imperio”.

No se olvide que la comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social, siendo indispensable para la articulación de la sociedad de la información.

Cuestión capital en este ámbito resulta asimismo la consideración de los problemas que las nuevas tecnologías pueden plantear para determinados sectores sociales, tales como los pobres, enfermos, minusválidos, excluidos, marginados, e incluso para los países en vía desarrollo. Esta situación puede ser especialmente difícil para el número considerable de analfabetos que aún existen en el mundo, para los inmigrantes que desconocen la lengua del país de acogida, y, en general, para aquellas personas que tengan cualquier problema de aprendizaje. Es por ello que los grupos que tengan un riesgo de exclusión sean especialmente integrados en la sociedad de la información, prestando una especial atención a sus concretas necesidades, pues como en la práctica se ha evidenciado, las TIC pueden contribuir sustancialmente a la mejora de la calidad de vida y la autonomía de numerosas personas que tienen problemas para acceder a determinados servicios o subvenir a sus necesidades empleando los métodos tradicionales.

No debe olvidarse que las nuevas tecnologías son a la vez nuevas tecnologías y nuevas formas de producción, distribución y consumo de bienes culturales. La información no es un bien o un servicio como los otros, es sobre todo la expresión de una identidad cultural. La

preservación del patrimonio cultural es el elemento crucial de la identidad personal y el conocimiento de sí mismo, que son, a su vez, el enlace de una comunidad con su pasado. La sociedad de la información debe aprovechar y preservar el patrimonio cultural para el futuro, para lo cual utilizará todos los métodos adecuados, entre otros la digitalización.

Ahora bien, como ya señalamos anteriormente al referirnos a las cuestiones tocantes a la cohesión social, la nuevas comunidades virtuales de interacción no debe suplantar en ningún caso, sino complementar, la interacción humana. La cultura se expende y se acrecienta, se hace más rica, por el contacto entre los pueblos, las gentes, la vida "en directo" de costumbres, ritos y formas de contemplar lo que nos rodea; de una puesta en común de los diferentes métodos y procedimientos de hacer frente a los apremios de la realidad.

Existe además el riesgo de verse sometidos a los dictados de una cultura dominante (identificada hoy con la establecida por los Estados Unidos de América), a despecho de las culturas nacionales y minoritarias, que incorporan una visión descontextualizada de la realidad, en aras de una mayor "felicidad virtual". En el campo multilingüístico mundial, la preeminencia de la lengua inglesa, conectada a la explosión del fenómeno Internet, muestra bien a las claras, como estamos asistiendo a un proceso de "inmersión lingüística de carácter planetario" que pone en riesgo las demás lenguas, que no pueden ser vehículos de expresión literaria, científica o divulgativa, al no ser "entendibles" en la red. Ello conlleva que las lenguas minoritarias desaparezcan de los circuitos comerciales, e incluso de los coloquiales, quedando reducidas en muchos casos, no a exponentes de una gran tradición cultural, sino sólo a mero elemento diferenciador de unas colectividades frente a otras.

En lo personal, las nuevas tecnologías y sus plataformas pueden constituir los nuevos bálsamos de mundo ficticios, de universos paralelos, de multitudes interconectadas y, a la vez, solitarias, que crean mundos falsos, donde esconder sus frustraciones, sus limitaciones, cuando no sus incapacidades vitales.

Marx, atento, en su contexto histórico, a los riesgos de alienación y aceptación aséptica de las nuevas realidades impuestas no pudo prever el desarrollo de los fenómenos tecnológicos que hoy delimitan nuestra cotidianeidad, pero ya se cuestionó, desde la crítica a la ideología, esas falsas quimeras, esas falsas representaciones de nosotros mismos, que ahogan nuestra radical humanidad: *“Los hombres se han forjado hasta la fecha representaciones falsas sobre sí mismos, sobre lo que son o sobre lo que deberían ser. Han racionalizado su situación de acuerdo con sus representaciones acerca de Dios, del hombre*

normal, etc. Las quimeras de su mente se han alzado sobre su mente misma. Los creadores han tenido que doblegarse ante sus criaturas. Liberémoslos de los fantasmas de su cerebro, de las ideas, de los dogmas, de los seres imaginarios bajo cuyo yugo se consumen. Rebelémonos contra semejante tiranía de los frutos del pensamiento. Enseñémosles a poner, en lugar de estas quimeras, pensamientos dignos de la esencia del hombre, dice el uno; enseñémosles a asumir una posición crítica frente a ellos; dice el otro; enseñémosles a arrojarlos de sus mentes, dice un tercero, y la realidad establecida se vendrá abajo”

CONCLUSIÓN

Las reflexiones marxianas hasta aquí apuntadas evidencian no que Marx fuera un gurú, ni un visionario capaz de vislumbrar con siglos de anticipación los avatares del penoso sistema de producción capitalista que, pese a todo, domina y se amplía. Es simplemente, y ahí radica su grandeza y vigencia, el conocimiento y el estudio profundo de una realidad que hasta entonces no había sido justipreciado convenientemente, que no había sido destripada en sus más pequeños elementos, que son los que permiten percibir con crudeza, pero con contundencia como la historia se mueve en la lucha por la titularidad de los medios de producción, como el proletariado es la clase explotada y alienada por el capital, y sus lacayos burgueses, pero como la revolución sigue siendo el principal argumento para un mundo mejor.

El mundo actual está haciendo desaparecer la humanidad de los ciudadanos. Estamos permanentemente interconectados, pero solitarios. El gusto por la comunicación rápida, por el dinero, la moda efímera, el triunfo social rápido, y sin esfuerzo, configura un modelo social insostenible que nos aleja de nuestra esencia y nuestra sociabilidad. Marx lo expresa magistralmente, *“la socialidad es la característica general de todo el proceso; igual que la sociedad misma produce al hombre como hombre, éste le produce a ella. La actividad y el disfrute son, tanto por su contenido como por su modo de existencia, actividad y disfrute sociales. Sólo el hombre social es consciente de la entraña humana de la naturaleza, pues sólo entonces se le presenta ésta como aquello que lo une con el <otro> hombre, como su realidad para el otro y del otro para él, a la vez que el elemento en que vive la realidad humana; sólo entonces se convierte la naturaleza en la base de su propia existencia humana. Sólo entonces sabe el hombre transformada su existencia de natural en humana, la*

naturaleza en hombre. Por tanto, la sociedad es la unidad esencial perfecta del hombre con la naturaleza, la verdadera resurrección de la naturaleza, naturalismo cumplido del hombre y humanismo cumplido de la naturaleza”.

“Un fantasma recorre Europa”, pero desde estas palabras históricas de Marx y Engels, en 1848, en el frontispicio del Manifiesto comunista, no es el comunismo quien hace temblar los basamentos de la vieja Europa, sino que lo que atemoriza es la destrucción del Estado del bienestar, la pérdida de derechos sociales, la consolidación de una sociedad egoísta y acaparadora. La globalización neoliberal, la preeminencia de la economía sobre cualquier otro condicionante ético-social, o la confusión entre precio y valor dibujan una realidad tenebrosa sabiamente anticipada por Marx.

Ahora más que nunca hay que desplegar el compromiso solidario de los trabajadores, los intelectuales, los ciudadanos comprometidos con la democracia real frente al poder del capital. El camino no puede ni debe tener vuelta atrás, pues como señaló el revolucionario francés Louis de Saint-Just, *“quien hace una revolución a medias no hace más que cavar su propia tumba”.*

Nunca en la historia hemos creado más conocimientos y riquezas, pero tampoco están tan injustamente repartidos, sometidos a la codicia y dominación de una ínfima minoría que no desenvuelve actividad productiva alguna.

“El desarrollo de la gran industria socava, pues, bajo los pies de la burguesía las bases sobre las que ésta produce y se apropia de los producido. Produce, ante todo, sus propios sepultureros. Su hundimiento y la victoria del proletariado son igualmente inevitables [...] las clases dominantes pueden temblar ante una revolución comunista. Los proletarios no tienen otra cosa que perder que sus cadenas. Tienen un mundo que ganar. ¡Proletarios de todos los países, uníos!

REFERENCIAS

ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1983.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1993.

FAULKNER, N., *De los neandertales a los neoliberales. Una historia marxista del mundo*, Pasado & Presente, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ, E. *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

HELLER, A. *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. cast. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974.

35

MARX, K. y ENGELS, F., *El Capital*, trad. de W. Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1966, 40, 3 vol.

MARX, K. y ENGELS, F., *La sagrada familia, o crítica de la crítica*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

MARX, K. y ENGELS, F., *La ideología alemana*, Barcelona, Grijalbo, 1974.

MARX, K. y ENGELS, F., *Obras escogidas*. Madrid, Fundamentos, 1975. 2 vols.

MARX, K. y ENGELS, F., *Escritos sobre España*. Barcelona, Planeta, 1978.

MARX, K. y ENGELS, F., *Manifiesto Comunista*. Barcelona, El Viejo Topo, 1988.

MARX, K., *Los anales franco-alemanes*, Barcelona, Martínez Roca, 1970.



MARX, K., *Contribución a la crítica de la Economía Política*, Madrid, Comunicación, 1970.

MARX, K., *La miseria de la filosofía*. Madrid, Aguilar, 1973.

MARX, K., *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*. Grijalbo, Barcelona, 1974.

MARX, K., *Teorías sobre la plusvalía*. Buenos Aires, Cartago, 1974.

MARX, K. *Manuscritos económico-filosóficos*, Madrid, Alianza, 1977.

MARX, K., *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

MUÑOZ, J., *Karl Marx. Textos Selectos y Manuscritos de París. Manifiesto del Partido Comunista. Crítica del Programa de Gotha*, Editorial Gredos, Madrid, 2011.

PECES-BARBA, con la colaboración de DE ASIS, R., FERNÁNDEZ LIESA, C.R, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.

PÉREZ LUÑO, A.E. “Dimensiones de la igualdad material”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3, 1985.

_____. “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1988, n. 5.

_____. “Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica”, en *Cuadernos sobre Vico*, 1995-1996, n. 5-6

PÉREZ LUÑO A.E. y CONTRERAS PELÁEZ, F.J. *Kant y los derechos humanos*, en el vol. col., a cargo de R. DE ASIS ROIG, G. Peces-Barba y E. Fernández, *Historia de los derechos fundamentales*. T. II, Siglo XVIII, vol.II, *La Filosofía de los derechos humanos*, Dykinson & Instituto de Derechos



Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001

SACRISTAN, M. "Karl Marx" en *Sobre Marx y Marxismo. Panfletos y materiales I*, Icaria, Barcelona, 1984.

SOTELO, I., *Globalización y crisis del Estado Social*, El País, 21 de diciembre de 1998.
http://elpais.com/diario/1998/12/21/opinion/914194807_850215.html

Submissão: 31/01/2016
Aceito para Publicação: 21/06/2016





A LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO E AS FALÁCIAS DA SUSTENTABILIDADE

THE LOGIC OF ARGUMENTATION AND THE FALACIES OF SUSTAINABILITY

Denise Schmitt Siqueira Garcia*

RESUMO: O presente trabalho terá como escopo trabalhar com a temática sobre alguns tipos de falácias e a relação destas com a sustentabilidade. Nesse diapasão elencou-se como objetivo geral analisar as falácias ligadas à sustentabilidade. Os objetivos específicos são: identificar o que é uma falácia, compreender o conceito de cada tipo de falácia e verificar alguns tipos de falácias que estão relacionadas com a sustentabilidade. Para tanto o artigo foi dividido em três partes: na primeira será feita uma abordagem conceitual sobre os vários tipos de falácias existentes; na segunda parte será tratado sobre a sustentabilidade e suas dimensões; e a terceira e última parte, adentra-se no tema central o artigo que é a análise das falácias ligadas à sustentabilidade. Extraindo-se, ao final, que a relevância do tema sustentabilidade e a constante divulgação tanto midiática, como mercantil e política, torna cada vez mais a sua utilização indevida como artifício de enganação, ou seja, a utilização de falácias em argumentações que o envolvem. Vários são os exemplos dessas falácias ligadas à sustentabilidade e que foram tratados na pesquisa, porém destacam-se duas delas que são utilizadas de maneira exacerbada, como a falácia do crescimento econômico ilimitado e a da inexistência do aquecimento global e do efeito estufa. Quanto à metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; o cartesiano na fase de tratamento dos dados; e também o indutivo no Relatório da Pesquisa. Foram ainda acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

ABSTRACT: This work has the scope to work with the theme of some types of fallacies and their relationship to sustainability. In this vein it was listed as a general objective to analyze the fallacies related to sustainability. The specific objectives are to identify what is a fallacy, understand the concept of each type of fallacy and check some types of fallacies that are related to sustainability. Therefore the article has been divided into three parts: first will be made a conceptual approach to the various types of fallacies; at the second part will be treated about sustainability and its dimensions; and the third and final part, is entered in the central theme of the article that is the analysis of the fallacies related to sustainability. Extracting, at the end, that the relevance of the theme of sustainability and constant dissemination both media, as a market and policy becomes increasingly misuse and deception of deception, ie, the use of fallacies in arguments surrounding it. There are several examples of these fallacies related to sustainability and were treated in the study, but we highlight two of them are used exaggerated way, as the fallacy of unlimited economic growth and the absence of global warming and the greenhouse effect. The methodology used was the inductive method for the research; Cartesian in the data processing stage; and also the inductive in the search report. They were also triggered the techniques of the referent category, operational concepts, bibliographic research and book report.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Sustentabilidade. Falácias.

KEYWORDS: Environmental Law. Sustainability. Fallacies.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Falácias. 2 Aportes Teóricos sobre Sustentabilidade. 3 Falácias sobre Sustentabilidade. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema principal a análise de alguns tipos de falácias e a relação destas com a sustentabilidade. A escolha do tema se deu a partir das discussões fomentadas na (nome da instituição foi omitido), através de projeto aprovado pelo Programa de Pós Graduação (nome omitido) para a realização de estudos aprofundados sobre a temática da Teoria da Argumentação juntamente com o Professor (nome omitido).

* Doutora e Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidad de Alicante, Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Santa Catarina.

O desenvolvimento do artigo se dará primordialmente no âmbito do Direito Ambiental e da Argumentação Jurídica, onde se buscará analisar doutrinas ambientais nacionais e internacionais relacionando-as às falácias ligadas à sustentabilidade.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral analisar as falácias ligadas à sustentabilidade. Os objetivos específicos são: identificar o que é uma falácia, compreender o conceito de cada tipo de falácia e verificar alguns tipos de falácias que estão relacionadas com a sustentabilidade.

Portanto como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: O que é uma falácia? Qual o conceito de cada tipo de falácia? Há falácias ligadas ao tema da sustentabilidade?

Para tanto o artigo foi dividido em três partes: na primeira será feita uma abordagem conceitual sobre os vários tipos de falácias existentes; na segunda parte será tratado sobre a sustentabilidade e suas dimensões; e a terceira e última parte, adentra-se no tema central o artigo que é a análise das falácias ligadas à sustentabilidade.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente¹, da categoria², dos conceitos operacionais³, da pesquisa bibliográfica⁴ e do fichamento⁵.

¹ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

² "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

³ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

⁴ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

⁵ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

1 FALÁCIAS

O termo falácia remonta do termo em latim *fallacia*, coradical do verbo *fallere* (enganar). O termo significa, portanto, engano.⁶

“Falácias são erros lógicos, conscientes ou inconscientes, enganadores e/ou autoenganadores, que servem para ludibriar e formar pré-compreensões equivocadas, conducentes a preconceitos ilegítimos, estereótipos e más decisões”.⁷

Falácia é sinônimo de sofisma: argumento que, de premissas verdadeiras, ou tidas como tais, chega-se a uma conclusão inaceitável.

Várias são as falácias encontradas, e neste artigo far-se-á a análise de algumas delas.

A **falácia da ignorância do assunto, ou *ignoratio elenchi***, também chamada de devida a razões irrelevantes. Decorre de uma expressão latina da filosofia escolástica e consiste em se discutir o que está fora da discussão ou o que não está em pauta: discute-se A quando o assunto é B. Políticos que usam e abusam dessa falácia. Consiste, portanto, em apelar à ignorância como prova: se uma asserção não puder ser reconhecida como comprovadamente falsa, então erradamente afirma-se como verdadeira, ou ao contrário.⁸

Ocorrem quando a prova se apresenta a favor da pretensão não é diretamente relevante para ela; assim sucede, por exemplo, quando se comete a falácia que consiste em fugir do problema, em apelar para a autoridade, em argumentar contra a pessoa, em argumentar *ad ignorantiam*, em apelar para o povo, para a compaixão ou a força, embora, naturalmente, nem toda apelação à autoridade, à pessoa, etc. suponha cometer uma falácia.⁹

A **falácia da falsa analogia** consiste no equívoco de semelhança por se tomar uma coisa por outra, em virtude de semelhança accidental e não total entre uma e outra. “Destarte, não se pode concluir que Marte é habitado porque a Terra o é, embora ambos sejam planetas. Pode-se dizer que se trata de um caso de ambigüidade”.¹⁰

Tratada também como falácia das suposições não garantidas, onde parte-se do pressuposto de que é possível passar das razões à pretensão com base numa garantia

⁶ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87.

⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 138

⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 146.

⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 116.

¹⁰ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**, p. 89.

compartilhada pela maior parte ou por todos os membros da comunidade, quando, de fato, a garantia em questão não é comumente aceita. Formula-se uma pretensão contra a qual não é possível argumentar, com o objetivo de reforçar uma pretensão anterior.¹¹

A **falácia da petição de princípio**, também chamada de falácia por falta de razões. “Consiste em propor uma pretensão e argumentar a seu favor, aditando ‘razões’ cujo significado é simplesmente equivalente ao da pretensão original”¹². Seria dar como provado o que deve ser provado. É argumento de quem não tem argumentos, pois apresenta como coisa demonstrada o que lhe cabe demonstrar. Um exemplo seria: o réu suicidou-se porque se enforcou. Trata-se, pois, de uma falta de razões, de argumentos.¹³ Consiste em defender o argumento de modo circular, sempre para fugir da carga da prova, definindo bizarramente o acerto de uma tese, pelo fato de que ela supostamente estaria certa.¹⁴

A **falácia genética** é “[...] aquela do argumento que consiste em extrair conclusões indevidas sobre alguma coisa, a partir da qualidade ou propriedade de sua fonte original”.¹⁵ É evidente que não se pode descartar o estudo da origem, porém não se deve chegar a conclusões inadmissíveis, como julgar que alguém de passado poluidor terá de ser, só por esse motivo, irremediável e perpetuamente poluidor.¹⁶

A **falácia ad populum** “[...] é a que consiste em apelar a sentimentos populares para substituir ou suprir a falta de consistência na argumentação”.¹⁷ Um dos exemplos dessa falácia é o do nazismo que manipulou as emoções de um povo humilhado após a Primeira Guerra.

A **falácia ad miseridordiam** consiste em apelar a sentimentos de compaixão para lastrear conclusão errada e insustentável.

A **falácia da falsa causa** pode ser corriqueiramente encontrável em matéria de formação do liame causal, para efeitos de responsabilidade ambiental.¹⁸ A **falácia do acidente também chamada de falácias devidas a razões falhas**.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 116.

¹² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 115.

¹³ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**, p. 89.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 146.

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 139.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 139.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 140.

¹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 142.

Surgem quando as razões oferecidas a favor da pretensão, embora sejam do tipo correto, são inadequadas para estabelecer a pretensão específica posta em questão (poder-se-ia dizer que o que falha aqui é a qualificação ou a condição de refutação); essas falácias podem ser cometidas por se fazer uma generalização apressada (chega-se a uma conclusão com poucos exemplos ou com exemplos atípicos) ou porque um argumento se baseia numa regra que é, em geral, válida, mas se deixou de considerar que o caso em questão poder seria uma exceção dela.¹⁹

Ocorre quando se argumenta a partir de uma regra accidental para o geral e vice-versa.

A **falácia do consenso** “[...] consiste no apelo ao consenso para dar suporte, não raro, a uma conclusão irracional. Trata-se, pois, de argumento fraco e, não raro, inibidor da revisão científica de dogmas e doutrinas defasadas”.²⁰ Para a construção desse consenso, sem coação ou violência, faz-se necessário oferecer razões fortes e adicionais a favor da conveniência da manutenção do consenso, ao menos toda vez que ele for seriamente desafiado.

A **falácia da desqualificação pessoal** é aquela em que se usa dos argumentos para tentar convencer desqualificando o adversário, mediante o ataque injusto de ordem pessoal, para impedir que a audiência perceba a debilidade das próprias razões. Toda argumentação que deixa de ser imparcial faz-se discriminatória negativa e tende a incorrer, de algum modo, nessa falácia.²¹

A **falácia da ameaça** seria aquela argumentativa do medo, traduzindo-se no apelo irracional e alarmista às ameaças catastróficas ou ao pânico para distorcer a eleição das premissas, ou seja, para, mediante constrangimento ou intimidação, obter a conclusão indevida.²²

A **falácia do uso malicioso de palavra ambígua** se traduz no uso maliciosamente de palavra ambígua, de maneira a poder interpretá-la ora de um jeito, ora de outro, aproveitando-se da ineliminável polissemia dos vocábulos e da indeterminação dos conceitos.²³

A **falácia da sequência irresistível** consiste em argumentar contra ação ou inação sob o fundamento de que seria o primeiro passo de sequência difícil de resistir ou aceitar.²⁴

Na sequência faz-se uma abordagem sobre sustentabilidade para melhor compreensão do tema, para somente após fazer-se a ligação desse tema com as falácias ora estudadas.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 116.

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 143.

²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 144.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 145.

²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 148.

²⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 149.

2 APORTES TEÓRICOS SOBRE SUSTENTABILIDADE²⁵

Foi na segunda Conferência Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro no ano de 1992 que se iniciaram as discussões sobre o Princípio da Sustentabilidade e principalmente começaram os debates acerca da relação existente entre a pobreza mundial e a degradação ambiental, discussão que permanece até os dias atuais.

Nos dizeres de Denise Schmitt Siqueira Garcia²⁶, o termo sustentabilidade traz diversas conotações e “[...] decorre do conceito de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação, permanência, continuidade e assim por diante.”

Juarez Freitas²⁷ conceitua o Princípio da Sustentabilidade como sendo um

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

45

Resumindo, o mesmo autor mais adiante em sua obra, trata que a sustentabilidade suportaria, então, 10 elementos básicos: 1. É princípio constitucional de aplicação direta e imediata; 2. Reclama por resultados justos e não apenas efeitos jurídicos, ou seja, reclama por eficácia; 3. Em ligação à eficácia demanda eficiência; 4. Tem como objetivo tornar o ambiente limpo; 5. Pressupõe probidade nas relações públicas e privadas; 6. 7. 8. Implica prevenção, precaução e solidariedade intergeracional; 9. Implica no reconhecimento da responsabilidade solidária do Estado e da sociedade; e 10. Todos os demais elementos devem convergir para ideia de garantir um bem-estar duradouro e multidimensional.²⁸

Correlaciona-se por este viés, também, os ditames de Ramón Martín Mateo²⁹, que tendo por base o Princípio da Sustentabilidade, considera-se que não se trata de instaurar uma

²⁵ Este item do artigo foi retirado do capítulo de livro: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: GARCIA, Heloíse Siqueira Garcia; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Editora da Univali, 2014.

²⁶ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012. p. 389.

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 41.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 50.

²⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998. p. 41.

espécie de utopia, senão sobre bases pragmáticas, que fará compatível o desenvolvimento econômico necessários para que nossos congêneres e seus descendentes possam viver dignamente com o respeito de um entorno biofísico adequado.

Deve-se ainda ter em mente que, na realidade, a sustentabilidade é uma dimensão ética, trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta. “Há uma relação complementar entre ambos. Aperfeiçoando o ambiente o homem aperfeiçoa a si mesmo.”³⁰

Sendo nesse sentido que também comenta Gabriel Real Ferrer³¹

Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo.

Dito isto, deve-se considerar o caráter pluridimensional da Sustentabilidade, conforme conceitua Juarez Freitas³², nesse sentido, divergente é a doutrina quanto à quantidade de dimensões que suportam a sustentabilidade, destacando-se, contudo, que majoritariamente considera-se a existência de três dimensões, chamadas de tripé da Sustentabilidade, que seriam: a dimensão ambiental, econômica e social, esta última enfoque do presente artigo.

Salienta-se, contudo, que aos poucos a doutrina está passando a aceitar a existência de mais um dimensão, chamada por Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Real Ferrer de dimensão tecnológica. Tal dimensão surge num contexto de evolução do homem ante aos avanços da globalização, conforme destaca-se:

A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais

³⁰ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Consultado em 01 de abril de 2016. p. 412.

³¹ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 13.

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro.p. 55.

(meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos.³³

Tal dimensão, conforme comenta Gabriel Real Ferrer³⁴ é a que marcará as ações que possamos colocar em marcha para corrigir, se chegarmos a tempo, o rumo atual marcado pela catástrofe. Sem contar que a técnica também define e já definiu nossos modelos sociais, como a roda, as técnicas de navegação, a máquina a vapor, a eletricidade, o automóvel e a televisão, e nesse sentido, a internet, as nanotecnologias e o que se está por chegar também definirá.

La sociedad del futuro será lo que a través de la ingeniería social seamos capaces de construir institucionalmente y lo que la ciencia y la técnica permitan o impongan. En todo caso, lo que también es evidente es que precisamos urgentemente de un rearme ético capaz de orientar estos procesos hacia un auténtico progreso civilizatorio basado en valores positivos. La ciencia, sumada al egoísmo a ultranza, lo que genera es barbarie.³⁵

Feito este adendo, destaca-se algumas das características principais de cada uma das dimensões para que, então, possa-se passar à análise do foco principal do presente trabalho exposto no próximo item.

A dimensão ambiental do Princípio da Sustentabilidade diz respeito à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra.

A dimensão econômica foca-se no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas. Ele passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade por dois motivos: 1. Não haveria a possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e 2. O desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade, pois ele é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 112.

³⁴ REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>> Acesso em 11 de novembro de 2013. p. 319.

³⁵ REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. p. 319-320.

Por fim, a dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Ela está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda, o acesso à educação, à moradia, à alimentação. Estando, então, intimamente ligada à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.

3 FALÁCIAS SOBRE SUSTENTABILIDADE

Vista essa parte introdutória e entendendo-se o que são falácias e sustentabilidade, agora adentra-se nas falácias que são relacionadas à Sustentabilidade. Algumas são fáceis de identificar como, por exemplo, “a falácia do crescimento econômico ilimitado, como se observou, não resiste à constatação irrefutável de que entre outros obstáculos fáticos, são exauríveis os recursos naturais”.³⁶

48

Essa ideia do crescimento econômico desenfreado surgiu com a revolução Industrial, eis que se acreditava que com a industrialização e o consumo os “males” da humanidade estariam sanados.

Mais tarde, aproximadamente nos anos setenta constatou-se a finitude dos recursos naturais e iniciou-se outro ciclo, agora mais preocupado com a proteção do meio ambiente. Chama-se o início da “década ecológica”, quando a comunidade mundial começou a buscar a proteção da natureza, o que culminou com a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo no ano de 1972.

Essa realidade foi sustentada no Relatório do Clube de Roma³⁷ também chamado Relatório Meadows que foi publicado em 1972 e que tratou especificadamente dos “Limites do crescimento”.

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 138

³⁷ Em 1968, constituiu-se o Clube de Roma composto por cientistas, industriais e políticos, que tinha como objetivo discutir e analisar os limites do crescimento econômico levando em conta o uso crescente dos recursos naturais. Detectaram que os maiores problemas eram: industrialização acelerada, rápido crescimento demográfico, escassez de alimentos, esgotamento de recursos não renováveis, deteriorização do meio ambiente. Tinham uma visão ecocêntrica e definiam que o grande problema estava na pressão da população sobre o meio ambiente. In: GODOY, Amália Maria Goldberg. **O clube de Roma** – evolução histórica. Disponível em:

Nas palavras de Serge Latouche³⁸:

Nuestro sobrecrecimiento econômico se estrella contra la finitud de la biosfera. Sobrepasa largamente la capacidad de carga de la tierra. Un crecimiento infinito es incompatible con un planeta finito. Es verdad que la primera ley de la termodinámica nos enseña que nada se pierde, nada se crea. Sin embargo, el extraordinario proceso de regeneración espontáneo de la biosfera, incluso asistido por el hombre, no puede funcionar a un ritmo forzado. De ninguna manera puede restituir idénticamente la totalidad de los productos degradados por la actividad industrial. Los procesos de transformación de la energía no son reversibles (segunda ley de la termodinámica) y, en la práctica, pasa por lo mismo con la material; a diferencia de la energía, ésta es reciclable, pero nunca integralmente.

Além dessa falácia do crescimento econômico ilimitado outra falácia consiste em imaginar que o maior consumo será sempre sinônimo de maior bem-estar, o que colide, às aberturas, com a impossibilidade física de satisfazer impulsos corporais, indefinidamente³⁹.

Já está mais que firmado o entendimento de que os grandes problemas ambientais estão relacionados, direta ou indiretamente, com a apropriação e uso de bens, produtos e serviços, suportes da vida e das atividades da nossa sociedade moderna.⁴⁰

49

As necessidades de consumo, tanto as reais quanto as chamadas suntuárias ou de consumo conspícuo, nunca pararam de crescer. Na verdade, pela paroxística propaganda da economia dita 'moderna', criam-se sempre novas necessidades sob os mais variados pretextos. Daí a assertiva de que os recursos finitos não podem atender a demandas infinitas.⁴¹

E esse anseio da sociedade em investir toda sua felicidade no consumo de bens materiais está gerando uma sociedade doente e infeliz, com jovens completamente desestruturados.

Na sequência traz-se uma abordagem das falácias ligadas ao tema sustentabilidade.

A falácia da ignorância do assunto, a *ignoratio elenchi*, ligada à sustentabilidade seria aquela que intenta crer que, por não haver uma teoria unificada das causas do efeito estufa, seria impossível a posição minimamente sólida sobre o papel das causas antrópicas.⁴²

<<http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentavel-evoluio.html>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

³⁸ LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante? Barcelona: Icaria editorial, 2008.

³⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 138.

⁴⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84

⁴¹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. p. 85

⁴² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 146.

Outra falácia *ignoratio elenchi* também é sobre o aquecimento global, eis que existem teses de que ele inexistente, pois não poderia ser provado. Isso é realmente uma completa falácia eis que é latente e presente na vida de todos o aumento nas temperaturas mundiais, sendo que os maiores aumentos de temperatura foram de 1910 a 1945 e de 1976 a 2000.⁴³⁴⁴

Há que se explicar a diferença do efeito estufa e do aquecimento global,

O efeito estufa é um fenômeno atmosférico natural em que os gases da atmosfera funcionam como um anteparo deixando passar a luz solar para seu interior, mas aprisionando o calor. Sem esse processo, seria impossível a vida na Terra, já que a temperatura média seria 33° centígrados menor.

Já o aquecimento global é o agravamento desse processo natural causado por atividades humanas. É o resultado da emissão excessiva de gases do efeito estufa na atmosfera, principalmente o dióxido de carbono (CO₂). Esse excedente forma uma camada que a cada ano fica mais espessa, impedindo a dispersão da radiação solar e, em consequência, aquecendo exageradamente o planeta. As causas principais são a derrubada de floresta e a queima de combustíveis fósseis (petróleo, carvão e gás natural), atividades cada vez mais intensas.⁴⁵

Esse aquecimento global vem sendo percebido e registrado há pouco menos de dois séculos, período que coincidentemente se liga à civilização industrial. Os estudos científicos apontam para formação de uma espessa camada gasosa ao redor do globo, a qual impede a dissipação do calor produzido pelos raios solares na atmosfera e sobre a superfície do Planeta.⁴⁶

Assim, o calor formado fica retido e concentrado. É como uma enorme cobertura envolvente que, à moda de uma estufa de plantas, retém o calor e provoca o aquecimento anômalo. A biosfera vê-se prisioneira dentro dessa estufa e, como é fácil compreender, as espécies vivas se ressentem da temperatura aumentada, chegando muitas delas a definharem, morrerem e, por fim, desaparecerem definitivamente. No quadro geral, há perdas irreparáveis para o ecossistema planetário.⁴⁷

⁴³ EFEITO estufa e aquecimento global. **Camada de Ozônio. info.** Disponível em: <<http://camada-de-ozonio.info/efeito-estufa-e-aquecimento-global.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁴ “Em dezembro de 2015, ocorrerá em Paris a 21ª Conferência do clima (COP 21) e terá como principal objetivo costurar um novo acordo entre países para diminuir a emissão de gases de efeito estufa, diminuindo o aquecimento global e em consequência limitar o aumento da temperatura global em 2° C até 2010.” In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. COP-21. **Socioambiental.org.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/cop-21>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁵ FRANÇA, Marcos. Qual a diferença entre efeito estufa e aquecimento global? **Cultura Popular**, João Pessoa. Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/04/qual-diferenca-entre-efeito-estufa-e.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** p.1109

⁴⁷ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** p.1109

Portanto, resta claro que a ignorância ao tratar-se do efeito estufa e do aquecimento global geram falácias que são utilizadas para tentar convencer a inexistência desses fenômenos.

Com relação à **falácia da petição de princípio** seria dizer que determinado bem de uso comum do povo é particular, porque sua natureza seria de bem particular, sem maiores justificações.⁴⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 225⁴⁹ assim diz:

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.

A expressão “bem de uso comum do povo” prevista no *caput* do artigo 225 da CRFB não está se referindo ao bem público de uso comum previsto no artigo 99 do Código Civil⁵⁰, que divide os bens públicos em: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Verifica-se que o artigo constitucional fala em bem de uso comum e não em bem público de uso comum.

Assim, segundo José Afonso da Silva⁵¹, a qualidade do meio ambiente se converteu em um bem jurídico.

Isso que a Constituição define como ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Teremos que fazer especificações depois, mas, de um modo geral, pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada, mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra sua disponibilidade. Veremos, no entanto, que há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar e a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Por isso, como a qualidade ambiental, não são bens públicos, nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 147.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

⁵⁰ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

⁵¹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 837/838

A **falácia genética** relacionada à “sustentabilidade seria a argumentação com base em que as coisas deveriam ser conservadas e mantidas, de modo intacto, esquecendo, por exemplo, que há pragas e espécies nocivas que devastam as nativas. Seria negar a comprovação da seleção natural”.⁵²

Não se pode e não se deve, em apego ao suposto originalismo primitivo, permitir que tribos indígenas cometam o infanticídio, prática que se revela francamente insustentável para os atuais padrões de eticidade e juridicidade.⁵³

A **falácia ad populum** relacionada à sustentabilidade, seria, por exemplo, deixar de remover famílias que vivem em área de risco, especialmente dos menores e idosos, a título de demagógico apelo eleitoral em contrário, sob pena de acumpliciamento com situação cruel e desumana.⁵⁴

A **falácia ad miseridordiam** seria apelar para sentimentos supostamente nobres para se fazer vistas grossas a pesadas infrações ambientais.⁵⁵

Seriam, por exemplo, as autorizações para grandes obras com a alegação de que são essenciais a vida, enquanto na realidade são altamente impactantes ambientalmente e socialmente falando.

A **falácia da falsa causa** está relacionada a responsabilidade civil ambiental, e tem servido para atribuir falsas causas aos danos ambientais, e ainda, como escapismo dos que não aceitam a omissão como causa real de eventos danosos.⁵⁶

A **falácia do acidente** relacionada à sustentabilidade encontra-se na generalização apressada, que consiste em argumentar a partir de um caso particular rumo à regra geral, inaceitável topicamente. O ponto assume particular relevo ao se lidar com normas gerais de Direito Ambiental e Administrativo, pois não se devem negligenciar as qualificações do caso, sob pena de aberrações lógicas e valorativas.⁵⁷

A **falácia do consenso** quando se trata de sustentabilidade seria considerar, num dado contexto, que o crescimento econômico seria o melhor a se fazer, sem considerações à proteção ambiental, porém tal consenso não pode ser considerado nos dias atuais onde é

⁵² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 139.

⁵³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 140.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 140.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 141.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 142.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 142.

preciso se pensar na proteção ambiental para que as futuras gerações tenham condições de vida no planeta.

O tema relacionado a esta falácia já foi abordado no início desse artigo quando se falou dos danos causados pela exploração irracional do meio ambiente, na necessidade de preocupação com os limites da natureza e com o dano causado pelo consumismo irracional e desenfreado.

A **falácia da desqualificação pessoal** deve ser combatida defendendo-se a imparcialidade como princípio associado à sustentabilidade com o intuito de impedir que as preferências ou as hostilidades subjetivas determinem as decisões. Assim, na defesa desse novo paradigma deve-se afastar as desqualificações pessoais, ainda que se deva fazer a descrição exata, o mais isenta possível, dos inúmeros malefícios pessoais trazidos pela insaciabilidade patológica.⁵⁸

A **falácia da ameaça ou do medo** costuma aparecer nos discursos que defendem tal ou qual decisão, sob pena de catástrofe, por exemplo, diz-se que faltarão recursos para alimentar a população se determinada decisão protetiva do ambiente for tomada.⁵⁹

Quanto à **falácia do uso malicioso de palavra ambígua** poderia dar-se como exemplo a manipulação do sentido da expressão “interesse Público”: pode haver leviandade nas motivações administrativas ao asseverarem que tais ou quais razões de interesse público terão sido decisivas. A simples alusão, sem prova ou consistente motivação, torna a motivação insuficiente ou, no mínimo, suspeita. É preciso haver uma profunda fundamentação.

O grave é que, seguidamente, utiliza-se a expressão ora para designar o interesse público autêntico (bem de todos), ora para designar o mero interesse do aparato estatal, que é particularista e, não raro, colide, flagrantemente, como interesse geral, e desse modo, com a sustentabilidade.⁶⁰

Por fim, a **falácia da sequência irresistível** na seara ambiental seria quando se diz que se for adotado um monitoramento ambiental mais rigoroso da poluição atmosférica, nenhum empreendimento novo seria possível ou milhares de empregos seriam perdidos.⁶¹

⁵⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 144.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 145.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 148.

⁶¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 149.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as falácias são uma forma de, consciente ou inconscientemente, ludibriar as pessoas a formarem compreensões equivocadas sobre determinado assunto.

Várias são as falácias existentes, e neste artigo fez-se a abordagem conceitual da falácia da ignorância do assunto; a falácia da falsa analogia; a falácia da petição de princípio; a falácia genética; a falácia *ad populum*; a falácia *ad misericordiam*; a falácia da falsa causa; a falácia do acidente; a falácia do consenso; a falácia da desqualificação pessoal; a falácia da ameaça; a falácia do uso malicioso de palavra ambígua; a falácia da sequência irresistível.

No ínterim da outra parte do artigo, foi tratado sobre princípio da sustentabilidade, que considerando as principais ideias conceituais apresentadas neste artigo, deve ser entendido a partir de uma concepção acima de tudo ética, que trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta. Sendo que essa sustentabilidade deve ser abordada num prisma multidimensional, enfocando-se, principalmente, nas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica.

Considerando, então a relevância do tema sustentabilidade e a constante divulgação tanto midiática, como mercantil e política, evidente se torna cada vez mais a sua utilização indevida como artifício de enganação, ou seja, a utilização de falácias em argumentações que o envolvem.

Vários são os exemplos dessas falácias ligadas à sustentabilidade e que foram tratados na pesquisa, porém destacam-se duas delas que são utilizadas de maneira exacerbada, como a falácia do crescimento econômico ilimitado e a da inexistência do aquecimento global e do efeito estufa.

Quanto à falácia do crescimento ilimitado, já se verificou, desde debates traçadas nos anos sessenta, que os limites da natureza eram finitos e que era preciso o combate do crescimento ilimitado, da industrialização desmedida e do consumo desenfreado.

No tange às discussões do tema do aquecimento global e do efeito estufa, a falácia da ignorância é por diversas vezes utilizada, tanto que, muito embora existam vários estudos científicos que comprovem a existência desses dois fenômenos, ainda existem aqueles que afirmam que eles inexistem, pois não podem ser provados.

Percebe-se, portanto, a importância do tema da argumentação jurídica no que tange as questões ligadas à sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

EFEITO estufa e aquecimento global. **Camada de Ozônio. info**. Disponível em: <<http://camada-de-ozonio.info/efeito-estufa-e-aquecimento-global.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

FRANÇA, Marcos. Qual a diferença entre efeito estufa e aquecimento global? **Cultura Popular**, João Pessoa. Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/04/qual-diferenca-entre-efeito-estufa-e.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*. GARCIA, Heloise Siqueira Garcia; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Editora da Univali, 2014.

GODOY, Amália Maria Goldberg. **O clube de Roma** – evolução histórica. Disponível em: <<http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentavel-evolu.html>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2008.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. COP-21. **Socioambiental.org**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/cop-21>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante? Barcelona: Icaria editorial, 2008.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica**



Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Consultado em 01 de abril de 2016.

Submissão: 06/07/2016
Aceito para Publicação: 17/02/2017



RESÍDUOS SÓLIDOS: GERENCIAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS FEDERAIS

SOLID WASTE: MANAGEMENT AND FEDERAL PUBLIC POLICIES

Célia Regina Pereira Rodrigues*
Magali de Moraes Menti**

RESUMO: Esta pesquisa nasceu da percepção sobre a situação crítica que vivemos em relação à falta de conscientização da população sobre os resíduos sólidos. Apesar de estarmos no século XXI, muito pouco é feito para amenizar, quiçá erradicar a poluição ambiental. Dada a importância do papel do Estado nesta questão, este estudo buscou verificar como o Estado percebe e trabalha a educação ambiental em relação aos resíduos sólidos, em especial, como as políticas públicas estão sendo efetivadas e quais as ações pertinentes vêm sendo desenvolvidas pelo Estado. Para tal, utilizou-se uma abordagem qualitativa, com a utilização de dados secundários, bibliográficos e documentais. A partir do artigo 225, inciso VI da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 9.795/99, que dispõe sobre a educação ambiental, e do Decreto nº 4.281/02 que a regulamenta, analisou-se a Lei nº 12.305/10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, especificamente no que toca à responsabilidade e suas diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos. Verificou-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a apresentar uma boa estrutura constitucional de proteção ao meio ambiente. Contudo, constatou-se que é necessário que as normas já estabelecidas sejam aplicadas efetivamente e que os administradores públicos tomem atitudes mais enérgicas quanto à existência de que a sociedade assuma a sua responsabilidade em relação aos problemas ambientais, possibilitando assim, que as futuras gerações possam gozar de uma melhor qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Ambiental. Gerenciamento. Logística Reversa. Resíduos Sólidos. Responsabilidade Compartilhada.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Fundamentação Teórica. 2 Método. 3 Análise. 3.1 A Percepção Temporal do Estado com Relação aos Resíduos Sólidos. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This study arose from the perception of the critical situation we are living concerning the lack of public awareness regarding environmental pollution. Although we are in the 21st century, very little has been developed to mitigate, or eradicate environmental pollution. Given the importance of the state's role in this matter, this study sought to determine how the state perceives and works with environmental education in relation to solid waste, in particular, how public policies are taking effect and what appropriate actions have been taken by the state. To attain this goal, the study followed a qualitative approach with the use of secondary, bibliographic and documentary data. Considering the article 225, section VI of the 1988 Federal Constitution, Law n.º. 9.795/99 which addresses environmental education, and the decree n.º. 4.281/02, which regulates the aforementioned law, the law n.º. 12.305/10 was analyzed. It establishes the National Solid Waste Policy, specifically regarding responsibility and guidelines for integrated management and solid waste management. It was found that after the Federal Constitution of 1988, Brazil has presented a good constitutional framework for environmental protection. However, it was also found that it is essential that the established rules are applied effectively and that public officials take stronger attitudes to enforce the society's responsibility concerning the environmental problems, thus allowing future generations to enjoy a better quality of life.

KEYWORDS: Environmental Education. Management. Reverse Logistic. Solid Waste. Shared Responsibility.

59

INTRODUÇÃO

Inúmeras cidades brasileiras descartam resíduos sólidos domiciliares sem nenhuma fiscalização, hábito de relevantes consequências, tais como: poluição do ar, do solo, das águas superficiais e subterrâneas, formação de organismos patogênicos transmissores de enfermidades, com grandes impactos na saúde da população. O panorama vem intensificando-

* Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

** Doutora e Mestre em Letras e Linguística Aplicada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora Adjunta da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS).

se com o aparecimento de resíduos industriais e de serviços de saúde, em várias regiões de lixos residenciais, assim como, locais de dejetos clandestinos (SCHALCH et al., 2002).

LOUBET (2011) ao fazer estudo retrospectivo elucida que hoje vivemos em uma sociedade consumista, onde a facilidade e os avanços tecnológicos tornam os produtos-eletrônicos obsoletos com maior rapidez, incentivando o consumo desenfreado. Conseqüentemente, a quantidade de descarte de bens ou são enviados aos lixões e aterros sanitários sem condições para recebê-los ou são descartados no meio ambiente.

Afirma o autor que o meio ambiente, cada vez mais, vem sendo alvo de ações predatórias que dificultam a restauração normal da natureza e prejudicam gerações presentes e futuras. Logo, a educação ambiental é direito do cidadão em similitude aos direitos fundamentais (LOUBET, 2011).

Segundo Valquíria Silva Machado (2011), com a outorga da Lei nº 12.305, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) no ano de 2010, iniciou-se um grande desafio, que deverá ser enfrentado pelo Estado e pela sociedade brasileira: o gerenciamento da geração de resíduos sólidos, um dos maiores problemas da atualidade, advindo do consumo desmedido pela população.

De acordo com Édis Milaré (2011), a PNRS esclarece que além das normas estabelecidas na Lei nº 12.305/10, também são aplicáveis aos resíduos sólidos as normas do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA) e do Sistema Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO).

Nesse sentido, este estudo procura verificar de que maneira o gerenciamento de resíduos sólidos vem sendo trabalhado no Brasil: quais são as políticas públicas utilizadas, quais as leis pertinentes ao assunto e que ações são desenvolvidas pelo Estado em relação a este tema.

Nesses termos, há que ser considerada a responsabilidade compartilhada, instituída pela lei nº 12.305/2010, que possui como personagens envolvidos o governo, a indústria, o comércio e o consumidor, cujos objetivos são: a redução da geração de resíduos sólidos; a redução do desperdício de materiais; a redução da poluição e a redução dos danos ambientais. Abrangendo, desta maneira, a fomentação de investimentos por parte dos fabricantes, dos importadores, dos distribuidores e dos comerciantes no desenvolvimento, na

fabricação bem como a colocação no mercado de produtos aptos à reutilização, à reciclagem e à logística reversa (SOLER, 2015).

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente estudo parte do art. 225, inciso VI, da Carta Magna de 1988, que constitucionalizou o dever de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Todavia, com foco específico à promoção da educação e à conscientização relacionada à Política Nacional de Resíduos Sólidos. Ou seja, trata da Lei nº 12.305/10, combinada com a Lei nº 9.795/99, esta última regulamentada pelo Decreto nº 4.281/02 (BRASIL, 1988, 1999a e 2010).

Cumpra antes de tudo esclarecer conceitos abordados neste trabalho. Quais sejam: resíduos sólidos, educação ambiental, responsabilidade compartilhada, logística reversa e gerenciamento de resíduos sólidos.

Quanto aos resíduos sólidos, à apreensão com os dejetos tem sido debatida há alguns decênios nos meios nacional e internacional, em virtude de ampliação da consciência global com relação ao meio ambiente. Desta forma, a dificuldade dos presentes processos ambientais, sociais e econômicos induz a um novo pensamento dos três níveis de governo, da sociedade civil e da iniciativa privada (BRASIL, [2015]).

De um ponto de vista técnico-científico, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em conformidade à norma brasileira NBR 10004:2004, define resíduos sólidos como:

Aqueles resíduos nos estados sólido e semissólido, que resultam de atividades da comunidade de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos de água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Portanto, resíduos sólidos são todos os restos sólidos ou semissólidos das ações humanas ou não humanas, que apesar de não mostrar finalidade para a atividade fim de onde foram produzidos, podem servir de materiais para diversas atividades, tais como “aqueles

gerados na sua residência e que são recolhidos periodicamente pelo serviço de coleta da sua cidade e também a sobra de varrição de praças e locais públicos que podem incluir folhas de árvores, galhos e restos de poda” (FARIA, [2015]).

Até alguns anos atrás, os resíduos eram determinados como algo que não apresentavam utilidades, tampouco eram lucrativos. Porém, este pensamento mudou. Hoje, a maioria desses objetos pode ter outras utilidades seja de maneira direta, como por exemplo, “as aparas de embalagens laminadas descartadas pelas indústrias e utilizadas para confecção de placas e compensados; seja indireta, tal como combustível para geração de energia que é usada em diversos processos” (FARIA, [2015]).

Sobre educação ambiental, a Lei nº 9.795/99 dispõe sobre a educação ambiental e cria a Política Nacional de Educação Ambiental, determinando a “educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente” (MILARÉ, 2011, p. 361).

Édis Miralé, sobre o tema apresenta o seguinte pensamento:

Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem como do uso comum do povo, essencial a sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (MILARÉ, 2011, 361).

Seguindo esta linha, a educação ambiental passou a integrar um direito do cidadão, semelhante aos direitos fundamentais, uma vez que está especificamente relacionada aos direitos e deveres constitucionais do cidadão. Essa particularidade de cidadania capacita o indivíduo a intervir na situação das políticas ambientais e nos dispositivos de gestão ambiental. Todavia, a cidadania ambiental não se reduz à individual, mas também à coletiva, esta equivalendo aos direitos e deveres de uma pessoa jurídica, associação ou instituição (MILARÉ, 2011).

Com relação à responsabilidade compartilhada, a Lei nº 12.305/10 a prevê com base no ciclo de vida dos produtos que tem como objetivos o estabelecimento e o funcionamento dos investimentos por parte dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes no crescimento, na produção e na distribuição no comércio de mercadorias. Logo, o diploma legal caracteriza a responsabilidade compartilhada como organizações individualizadas de cada gerador de resíduos sólidos, a fim de minimizar o volume dos mesmos, causando um

mínimo choque ao meio ambiente e à saúde humana, rumo a um aproveitamento sustentável (MILARÉ, 2011).

A logística reversa, por sua vez, é estruturada pela PNRS. Esta última tem como fundamento um dispositivo de desenvolvimento econômico e social, determinado por um sistema de atos, procedimentos e processos destinados a possibilitar o recolhimento e a devolução dos resíduos sólidos ao setor empresarial para reutilização ou a outra finalidade ambientalmente correta. Conseqüentemente, sua prioridade será a não produção, a diminuição, o reaproveitamento, a reciclagem, o tratamento dos resíduos e a distribuição final ambientalmente adequada, por meio de programas de educação continuada (BRASIL [2011]).

No que tange ao gerenciamento de resíduos sólidos, Araújo 2002 apud (MASSUKADA, 2004) descreve minuciosamente a distinção entre gestão e gerenciamento de resíduos:

(...) o termo gerenciamento deve ser entendido como o conjunto de ações técnico-operacionais que visam implementar, orientar, coordenar, controlar e fiscalizar os objetivos estabelecidos na gestão. Entende-se por gestão o processo de conceber, planejar, definir, organizar e controlar as ações a serem efetivadas pelo sistema de gerenciamento de resíduos. Este processo compreende as etapas de definição de princípios, objetivos, estabelecimento da política, do modelo de gestão, das metas do sistema de controles operacionais, de medição e avaliação do desempenho e previsão de quais os recursos necessários.

63

Assim, gerenciamento de resíduos sólidos trata de perspectivas específicas e funcionais sobre o tema, abrangendo causas administrativas, gerenciais, econômicas, ambientais e de funcionamento. Também refere-se à precaução, diminuição, separação, reaproveitamento, preparação, recolhimento, transporte, tratamento, resgate de energia e destinação final de resíduos sólidos (MASSUKADO, 2004).

2 MÉTODO

A elaboração deste artigo pressupõe uma revisão bibliográfica e documental, abrangendo livros, a Constituição Federal e a legislação sobre o tema focado como referencial teórico. Os materiais utilizados, portanto, são dados secundários. A partir da investigação do material normativo constitucional e legal analisa-se o pensamento de alguns autores sobre o tema estudado, adotado, conseqüentemente, o método qualitativo.

Quanto ao meio de investigação, foram utilizadas as plataformas: Google (www.google.com.br), Scielo (www.scielo.org), Pesquisa Múltipla na Biblioteca da PUCRS e da UERGS, além do site do Ministério do Meio ambiente.

A primeira incursão bibliográfica sobre o tema pesquisado visa ao percurso da história da poluição do meio ambiente e, por isso, é utilizada a obra “Direito do ambiente: gestão ambiental em foco” do autor Édis Milaré, datada de 2011. Outro autor pesquisado é Américo L. Martins Silva, a partir da obra “Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais,” datado de 2005. Os escritos de José Ávila Coimbra oferecem conceituação de educação ambiental, cujo livro pesquisado “Educação Ambiental: desenvolvimento de cursos e projetos” é datado de 2000.

Para a pesquisa em sites da internet as expressões lançadas em língua portuguesa são: resíduos sólidos, educação ambiental, responsabilidade compartilhada, logística reversa e gerenciamento de resíduos sólidos. Também fazem parte da investigação os seguintes documentos retirados do Google Acadêmico “Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos”, encontrado no site do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), e Jurisprudência Ambiental na América Latina: Recopilação e análise dos casos relevantes. No site do Ministério do Meio Ambiente encontrou-se a Lei nº 12.305 de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e no site do Planalto Nacional, a Lei nº 9.795/99, que dispõe sobre a educação ambiental. Ainda foram lidos e analisados artigos, cujos resumos respondem completamente ou parcialmente à pergunta de pesquisa, qual seja: Como o Brasil tem percebido e trabalhado com a questão dos resíduos sólidos. Sendo assim, quatro livros, oito artigos e três dissertações foram investigados, resumidos e em seus conteúdos sistematizados de forma a possibilitar ao leitor uma visão geral sobre o assunto em questão.

3 ANÁLISE

Nesta seção elabora-se um breve histórico temporal sobre a percepção do Estado em relação aos resíduos gerados pela sociedade. Discorre-se sobre a Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, especificamente no que concerne à responsabilidade e suas diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos. Ainda faz-se um levantamento sobre as políticas públicas efetivadas pelo Estado para tentar sanar os

prejuízos causados ao meio ambiente, com o intuito de trazer ao leitor os resultados gerados pela Lei nº 12.305/10.

3.1 A Percepção Temporal do Estado com Relação aos Resíduos Sólidos

Segundo Édis Milaré (2011), no século VIII a.c, a cidade dos Cônsules, do Senado e dos Césares, Roma, experimentou em sua totalidade a falta de higiene e a coabitação com dejetos e esgotos a céu aberto. No bairro de Suburra o lixo e a sujeira lançados pelas janelas faziam a alegria de porcos e de cães. Existia também problema em relação ao lixo e aos resíduos sólidos, onde a condição era crítica, uma vez que havia inúmeras feiras e comércio de peixes às margens do Tigre.

De acordo com este mesmo autor, nos primórdios da industrialização a condição sanitária era bem volumosa. Nas comunidades urbanas, onde a miséria imperava em diversos lugares, os povoados eram úmidos e nocivos para seus habitantes. Entretanto, na atualidade esse assunto ficou mais grave em virtude do descontrolado crescimento da população, da inesperada multiplicidade de funções atuais com desproporcional procura de matéria-prima e descartes de resíduos, do consumo exagerado pela sociedade, dentre outros (MILARÉ, 2011).

Atualmente o momento é outro, porém as experiências permaneceram auxiliando na nossa evolução. O inconveniente dos resíduos sólidos está mais determinado e mais complicado, pois ele representa o grau de evolução em que se encontra a sociedade. Esse assunto ficou mais difícil nos dias atuais, haja vista que é complicado de atacar e resolver em face: do desequilíbrio populacional; do maior acúmulo urbano localizado; do incalculável tipo de ações atuais com a equivalente procura de materiais; dos descartes de resíduos e dos consumos exagerados da população. “Em meio a esse desfile de fatores, é preciso encontrar dois personagens que estão por trás desse problema: a inconsciência da população e o despreparo do Poder Público” (MILARÉ, 2011, p. 853).

A Constituição Federal de 1988 veio com a finalidade de promover uma mudança de paradigma de Estado Legislativo para Estado Constitucional de Direito, tendo como meta a preservação das diretrizes democráticas e constitucionais. O despertar ecológico, nesse sentido, é muito recente e ainda carece de uma melhor proteção jurídico-institucional (SILVA, 2006), embora a Constituição objetive desenvolver a educação ambiental em todos os planos de ensino e a conscientização da população para a preservação do meio ambiente. E

isto, conforme preconizado na Lei nº 9.795/99, regulamentada pelo Decreto nº 4.281/02, em cumprimento ao determinado no art. 225, *caput* e § 1º, inciso VI da Carta Maior:

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:

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Com semelhante pensamento, Américo Silva (2005) afirma que além do artigo citado, a Carta Magna elenca diversas regras que estabelecem obrigações da Sociedade e do Estado em relação ao meio ambiente. Estas regras abrangem normas de natureza processual, penal, econômica, sanitária, tutelar administrativa e também normas de repartição de competência administrativa, com caráter de interdisciplinaridade e de transversalidade características do direito ambiental e dos recursos naturais.

A Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei nº. 6.938/81 traz como fundamento a “educação ambiental a todos os níveis do ensino, bem como a educação da população, visando qualificá-la para que possa atuar ativamente na defesa do meio ambiente” (MILARÉ, 2011, p. 631). A legislação ambiental observa a necessária participação da coletividade na realização da proteção e do desenvolvimento da qualidade ambiental, acentuada pelos atos de planejamento e da gestão ambiental que elevam a finalidade do sistema participativo, do conhecimento e da mobilização da coletividade (MILARÉ, 2011).

De acordo com José Ávila Coimbra (2000, p. 194):

Educação Ambiental é um processo de efeitos socializantes; atinge os indivíduos, mas seu alvo principal são os grupos sociais, é a comunidade, com os quais pretende ‘repartir’ as preocupações e soluções para o Meio Ambiente.

Desta forma, a proteção do meio ambiente resulta da realização das obrigações que cada indivíduo, bem como a coletividade tem com ela. O dano causado por um indivíduo ao bem coletivo causará efeito a si e às futuras gerações. É nesse sentido que o progresso ou a devastação ambiental favorece ou prejudica toda a população. Com efeito, o meio ambiente é um bem de natureza social e transindividual (CAFFERATA, 2010).

A esse propósito é importante destacarmos o entendimento jurisprudencial externado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO REALIZADA SOBRE DUNAS FRONTAIS COM VEGETAÇÃO DE RESTINGA FIXADORA DE DUNAS (ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE). ACRESCIDO DE MARINHA. MUNICÍPIO DE PASSO DE TORRES/SC. DESOCUPAÇÃO. DEMOLIÇÃO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. BEM JURÍDICO INDISPONÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO INTEGRAL. (BRASIL, TRF4, 2016).

Américo Silva (2005) aduz que o arcabouço jurídico de defesa ao meio ambiente expressa uma grande preocupação em restringir o acúmulo de bens e patrimônios. Ele favorece a compreensão da urgência em se modificar, não somente os fundamentos do sistema social e econômico do mundo, mas das ações diante dos problemas ambientais, que são um perigo à qualidade da vida humana e à continuidade das demais espécies de seres vivos.

A Lei nº 12.305/2010, que institui a PNRS, estabelece uma série de instrumentos voltados à obtenção dos objetivos nela determinados, dentre os quais Édis Milaré (2011) destaca os Planos de Resíduos Sólidos, conforme quadro 1 abaixo:

Quadro 1 – Planos de Resíduos Sólidos

PLANOS	CARACTERÍSTICAS
Plano Nacional de Resíduos Sólidos;	- elaborado pela União sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente; - vigência: prazo indeterminado; - atualização: a cada 4 (quatro) anos.
Planos Estaduais de Resíduos Sólidos	- gestão no espaço territorial de cada Estado; - vigência: prazo indeterminado; - atualização: a cada 4 (quatro) anos.
Planos Microrregionais de Resíduos Sólidos e os Planos de Resíduos Sólidos de Regiões Metropolitanas ou Aglomerações Urbanas	- elaboração e implementação pelos Estados com a participação obrigatória dos Municípios; - estabelecer soluções integradas para a coleta seletiva, a recuperação e a reciclagem, o tratamento e a destinação final dos resíduos sólidos urbanos.
Planos Intermunicipais de Resíduos Sólidos	- consórcio entre municípios para gestão dos resíduos sólidos;

Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos	<ul style="list-style-type: none"> - atualização: concomitante com a elaboração dos planos plurianuais municipais; - pode ser inserido no plano de saneamento básico; - condição necessária para o Distrito Federal e os municípios terem acesso aos recursos da União;
Planos de gerenciamento de resíduos sólidos	<ul style="list-style-type: none"> - ações exercidas nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada.

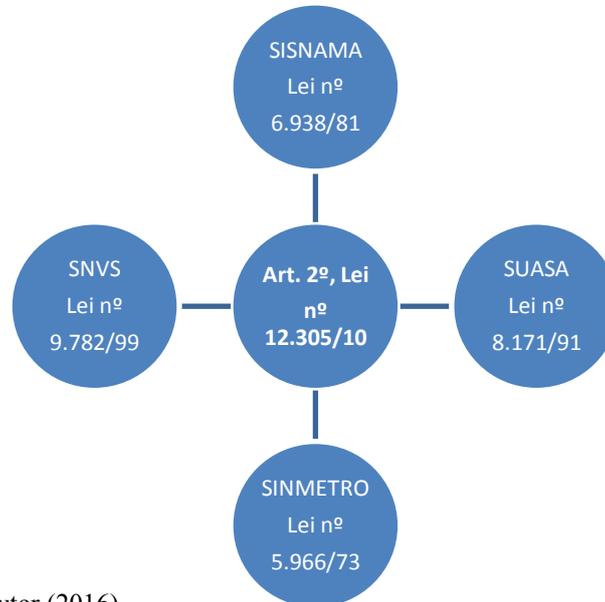
Fonte: Adaptado de MILARÉ (2011)

Nestes termos, a PNRS, que integraliza a Política Nacional do Meio Ambiente, reúne o conjunto de princípios, metas, mecanismos, critérios e atividades aplicadas pelo Poder Federal isoladamente ou em modo de concurso com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, visando à gestão global e ao gerenciamento ambientalmente correto dos resíduos sólidos (MAIA NETO, 2011).

Enfatiza-se que a multiplicidade das regras constitucionais dispõe de eficácia absoluta e de finalidade imediata, mesmo aquelas com características sócias ideológicas. O constituinte quis alcançar procedimentos próprios ao rápido acontecimento, haja vista que tais regras encontram-se compostas de todas as facilidades relevantes para a sua efetivação (MILARÉ, 2011).

A Lei nº 12.305/10, em seu art. 2º, explica que, exceto os preceitos determinados na referida Lei, a Lei nº 11.445/07, que normatiza o saneamento básico; a Lei nº 9.974/00, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins e; a Lei nº 9.966/00, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, aplicam-se aos resíduos sólidos, simultaneamente às leis estabelecidas pelos seguintes órgãos, conforme demonstrado na figura 1: (MIRALÉ, 2011).

Figura 1 – Exemplo de esquema do artigo 2º da Lei nº 12.305/2010



Fonte: Autor (2016)

69

O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) é composto pelas instituições e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações constituídas pelo Poder Público, encarregadas pela segurança e desenvolvimento da condição ambiental no Brasil. Sua meta é determinar um conjunto planejado e descentralizado de atividades para a gestão ambiental no País, agregando e combinando princípios e normas próprias que se complementam nos três níveis de governo (BRASIL, [2015]).

O SISNAMA desempenha seu papel por meio de uma combinação sistematizada dos órgãos e entidades que o criaram, atentando para o art. 14 do Decreto nº 99.274/90:

Art. 14. A atuação do SISNAMA efetivar-se-á mediante articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, observado o seguinte:

I - o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo CONAMA; e
II - caberá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a regionalização das medidas emanadas do SISNAMA, elaborando normas e padrões supletivos e complementares.

Parágrafo único. As normas e padrões dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão fixar parâmetros de emissão, ejeção e emanação de agentes poluidores, observada a legislação federal (SILVA, 2002, p. 225).

Salvo ter sido criado como um sistema, o SISNAMA formou-se ao longo dos governos militares, em uma atmosfera organizacional vigorosamente assinalada pela

centralização. Atualmente, o Ministério do Meio Ambiente atribui à consolidação do SISNAMA um de seus objetivos (MACHADO, 2014a).

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) no Brasil está ligado ao Sistema Único de Saúde (SUS) e funciona de forma incorporada e descentralizada em toda a extensão nacional. As obrigações são divididas pelos três âmbitos de governo – União, Estados e Municípios, sem vínculo de dependência entre elas (MACHADO, 2014b).

Instituído pela Lei nº 9.782/99, que no art. 1º estabelece o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária:

Art. 1º: O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária (BRASIL, 1999b).

A Vigilância Sanitária vem sendo alterada e redefinida desde o início do século XX. Essas modificações abrangeram a finalidade das ações, as questões teóricas e as formas de desempenho nos objetivos e práticas a ela subordinadas e na forma normativa. É o método mais profundo de vivência da Saúde Pública, já que de seu funcionamento, de natureza essencialmente protetivo, formam-se todas as normas médicas-sanitárias (SETA; REIS, 2009).

O Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA) é um conjunto solidificado e estruturado pela União, com cooperação dos Municípios e dos Estados, por meio de acordos. Esse sistema moderno de vigilância sanitária possibilita a aprovação e a realização de agroindústrias modernas, o que propicia o consumo dos produtos industrializados no comércio formal em todo o estado brasileiro. Objetiva assegurar a saúde dos animais, dos vegetais, a qualidade e a segurança higiênico-sanitária dos produtos finais indicado para consumo (BRASIL, 2008).

O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO) é um sistema brasileiro criado por instituições públicas e privadas, que se dedicam a ações relacionadas com metrologia, normalização, qualidade industrial e certificação da conformidade. Dispõe de uma infraestrutura de atividades técnicas hábeis para apreciar e confirmar as características de produtos, processos e serviços, mediante estrutura de

certificação, rede de laboratórios de ensaio e de calibração, organismos de treinamento, organismos de ensaios de proficiência e organismos de inspeção, todos acreditados pelo Inmetro (INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA, [2015]).

Possui a colaboração do corpo de regularização, dos laboratórios de metrologia científica e industrial e dos institutos de metrologia legal dos estados; ocupa-se com inúmeras atividades referentes ao Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade (PBQP), projeto voltado para o desenvolvimento de peculiaridades de produtos, processos e serviços na indústria, comércio e administração federal. Seu arcabouço foi fundado para satisfazer as exigências da indústria, do comércio, do governo e do consumidor (BRASIL, [2012]).

A Lei 12.305/2010 cria a PNRS, que é um ícone disciplinar pleno e completo para o âmbito dos resíduos sólidos. A PNRS é compatível com diferentes leis, formando o arcabouço legal que atuará no comportamento dos geradores envolvidos no período de vida dos insumos existentes nas atividades econômicas (MACHADO, 2013).

Ela sistematizou os princípios, objetivos e instrumentos, bem como as diretrizes referentes à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, caracterizando os riscos, às responsabilidades dos produtores e do poder público e os dispositivos financeiros adequados. Encontram-se subordinadas a efetivação da referida lei, as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que aumentam os serviços referentes à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos. (MAIA NETO, 2011).

Como princípio da PNRS, tem-se que, na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, é necessário ser observado o seguinte processo de preferência: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente apropriada para os rejeitos. A nova norma, contudo, não é utilizada para os rejeitos radioativos, normatizados pela Lei nº 10.308/01 (MAIA NETO, 2011).

Corroborando o acima exposto, a jurisprudência dos nossos tribunais tem comungado do mesmo entendimento ora mencionado, é o que se conclui das ementas abaixo:

Agravo de instrumento. Direito público não especificado. Ação civil pública. Dano ambiental. Depósito irregular de resíduos sólidos. Realização de projeto de recuperação de área degradada - prad. Prazo de 180 dias. Razoabilidade. Responsabilidade do município de Porto Alegre e do DMLU. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Apelação cível. Ação indenizatória visando à reparação de danos morais e materiais. Impossibilidade de acesso ao aterro sanitário de bongaba. Autores que se qualificam como catadoras de resíduos sólidos no local. Improcedência. Encerramento das atividades em aterros de lixo a céu aberto que se deu em cumprimento à política nacional de resíduos sólidos. Inteligência da lei nº 12.305/2010. Proibição da atividade de catação de lixo, pelo artigo 48, II, da lei nº 12305/10, que não afronta o disposto no artigo 3º, XIII, da CRFB/88, por ser aquela degradante, precária, insalubre e violadora do princípio da dignidade da pessoa humana. Desprovisionamento do recurso. (RIO DE JANEIRO, 2016).

Apelação Cível. Cumprimento de Obrigação de Fazer. Execução de Título Extrajudicial. Acordo realizado entre o Ministério Público e o Município de Carmópolis para eliminação dos lixões daquela municipalidade. Descumprimento. Sentença procedente para assinalar o prazo até 31/12/2015 para que o município cumpra as obrigações assumidas no título exequendo, recuperando as áreas degradadas e implantando sistema de destinação de resíduos sólidos, sob pena de conversão em perdas e danos. Insurgência do Ministério Público quanto ao prazo fixado pelo Magistrado a quo para cumprimento das medidas, pugnando pelo prazo estabelecido na Lei nº 12.305/2010, a qual institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Prazo fixado pelo Magistrado a quo que se mostra razoável, porque leva em consideração a realidade fática, e a necessidade de previsão orçamentária para execução das medidas cabíveis. Possibilidade de conversão da obrigação assumida em perdas e danos de ofício, a teor do disposto no art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil. As determinações para desativação definitiva da lixeira do Município, com a consequente recuperação da área degradada estão englobadas pelo comando sentencial. Fixação de reprimenda ao agente público. Descabível, porquanto o mesmo não figura no pólo passivo da demanda. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso conhecido e improvido. (SERGIPE, 2015).

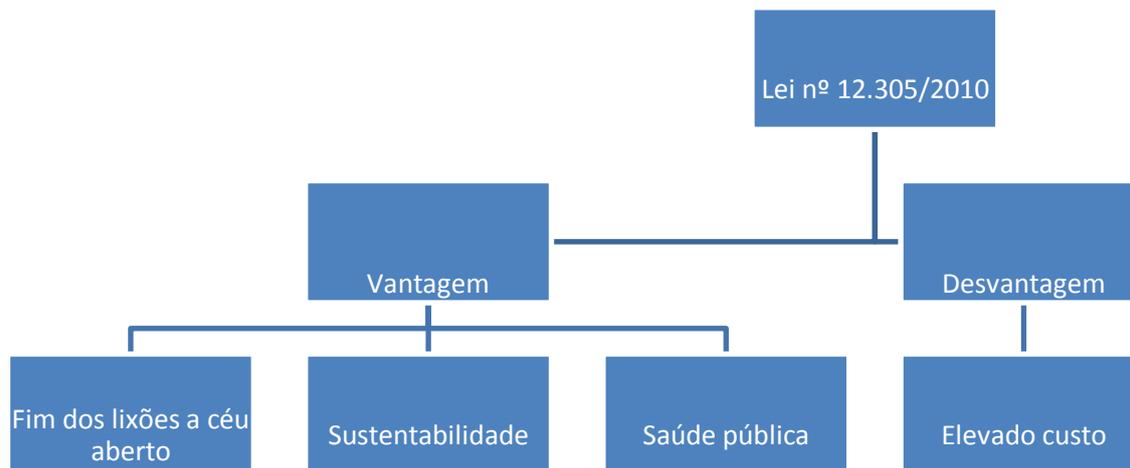
72

Sendo assim, pressupõem-se ilegais os seguintes meios de destino ou distribuição final de resíduos sólidos ou rejeitos: emissão em praias, no mar ou em qualquer outro corpo hídrico; projeção in natura a céu aberto, salvo os resíduos de mineração; incineração a céu aberto ou em reservatório, salvo emergência sanitária, desde que autorizada e acompanhada de órgão competente; instalações e utensílios não autorizados para esse propósito; outras maneiras proibidas pelo poder público (MAIA NETO, 2011).

As diretrizes que regulam as dificuldades ambientais visam o gerenciamento da poluição e a subjetivação do direito do meio ambiente como um direito fundamental do ser humano. Possuem a faculdade de gerar resultados universais, transfronteiriços e infinitos em função do tempo. Logo, os problemas ambientais não se suprimem, mas hoje, existem simultaneamente, possibilitando uma interferência significativa na qualidade de vida das futuras gerações, demonstrando que as medidas realizadas atualmente mantêm um pequeno elo com o futuro e que se hoje, a humanidade persistir em utilizar o meio ambiente sem o emprego de medidas rigorosas, ela poderá comprometer os interesses ambientais das gerações ulteriores (LEITE; AYALA. 2011).

Na figura 2 abaixo segue algumas considerações pertinentes em relação à implementação da PNRS.

Figura 2 – Exemplo de esquema de vantagens e desvantagens da Lei nº 12.305/2010



Fonte: Autor (2016)

Além de colocar um fim nos lixões a céu aberto, a PNRS auxilia na diminuição do consumo de matérias-primas, inserindo na população consumidora, bem como nas empresas, uma consciência mais sustentável. Também possui medidas seguras e padronizadas dentro do processo de recolhimento e reciclagem de lixo, não havendo dessa forma a necessidade da presença de pessoas nos lixões, reduzindo então o risco de contaminações.

O governo federal tem feito grandes investimentos na construção de aterros sanitários e recuperação de energia, nas centrais de triagem e compostagem, bem como na infraestrutura e capacitação de catadores. Porém, cabe aos gestores municipais à escolha de soluções adequadas de baixo custo, tecnologias compatíveis e implementação da coleta seletiva (JACOBI; BESEN, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo apresentar um breve histórico bibliográfico no que diz respeito ao tema relativo aos resíduos sólidos, bem como quais as políticas públicas o Brasil

vem utilizando em relação ao tema em questão, visando ilustrar um panorama acerca do meio ambiente na idade medieval até os dias atuais.

A escolha de escrever sobre este tema nasceu através da percepção da situação crítica que estamos vivendo, com relação à falta de conscientização da população, que apesar de já se encontrar no século XXI, muito pouco tem desenvolvido para amenização, quiçá erradicação da poluição ambiental, em especial as concernentes aos resíduos sólidos.

Com relação aos resíduos sólidos, hoje a posição em que está o Brasil é dramática, sobretudo nas grandes metrópoles, onde as alternativas para a destinação final encontram-se cada vez mais escassas, possibilitando desta forma, as descargas ilegais de toda natureza de resíduos.

Considerando a relevância da dissertação, não se esgotam completamente as sínteses utilizadas, sendo que diariamente aparecem novas pesquisas sobre o tema. Não obstante a humanidade permanecer no auge do capitalismo excessivo, o consumismo desenvolveu-se avassaladoramente. Desta forma, o governo se vê obrigado a instituir normas de proteção ambiental, como foi o caso da criação da Lei 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

Tudo o que está ligado à proteção do meio ambiente defronta-se com grandes dificuldades. A maior barreira para a PNRS é a sociedade, onde o consumo desenfreado da população tem sido constante, dificuldade esta que necessita ser urgentemente dizimada e, que, em virtude da sua amplitude, tende a transformar os paradigmas de responsabilidade que hoje norteiam a atuação dos gestores públicos.

A PNRS surgiu no sentido de modificar as más condutas aplicadas em relação aos resíduos sólidos, indicando a responsabilidade compartilhada como obrigações específicas de cada gerador, acarretando resultados à proteção do meio ambiente e à saúde da população, ainda que pequeno. É diretriz para um desenvolvimento sustentável. A PNRS estabelece limites e responsabilidades, pois além de culpar o setor empresarial, orienta ao perigo que a indecisão do sistema moderno perpetua, determinando ao poder público direcionar a indústria à estimulação da gestão eficiente de resíduos.

A crescente compreensão e conscientização da população, referente aos assuntos ambientais, requer comportamento mais eficiente dos governantes. A responsabilidade pelo gerenciamento dos resíduos sólidos é obrigação de todos, incluindo setores públicos,

iniciativa privada e segmentos organizados da sociedade civil. Contudo, cabe aos governos federais e estaduais a função de consolidar uma política eficaz e compatível à realidade.

Concluindo, o estudo realizado permite responder à pergunta norteadora do trabalho. Embora o Brasil tenha avançado em políticas públicas para enfrentamento das questões de gerenciamento de resíduos sólidos, tais políticas ainda não conseguiram levar à plena conscientização. Com efeito, ainda há falta de conhecimento por muitos, acarretando situações primárias como o abandono de resíduos sólidos em áreas verdes, apesar da farta disponibilização de coleta de lixo. Entretanto, houve considerável avanço com a instituição da Lei nº 12.305/2010, que instituiu política específica para enfrentamento dos problemas referentes aos resíduos sólidos, caracterizando marco histórico à conscientização geral pela legislação brasileira. A Lei da PNRS estabelece princípios efetivos e eficientes, que, se observados, certamente modificarão atitudes da população.

75

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10004**: Resíduos Sólidos – Classificação. Rio de Janeiro: ABNT, 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999a**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999b**. 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/L9782.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:



< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Programa de Agro industrialização da Produção da Agricultura Familiar**. Brasília: MDA, 2008. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/Documento_orientador_SUASA.pdf>. Acesso em 03 jan. 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resíduos sólidos**. [2015?]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA**. [2015?]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/sistema-nacional-do-meio-ambiente>>. Acesso em: 24 out. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível Nº 5001109-77.2013.4.04.7204. Apelante: Aderbal Peres da Silva e Município de Passo de Torres. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Santa Catarina, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br>>. Acesso em 03 out. 2016.

76

CAFFERATTA, Néstor. In: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Jurisprudência Ambiental na América Latina**: Recopilação e Análise de Casos Relevantes. Ciudad de Panamá. PNUMA, c 2010. Disponível em:<<http://www.pnuma.org/gobernanza/JurisprudenciaAmbientalnaAmericaLatinaRecop.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

COIMBRA, José de Ávila. **Educação Ambiental**: desenvolvimento de cursos e projetos. São Paulo: Millennium. 2000.

FARIA, Caroline. **Definição de Resíduos Sólidos**. [2015?]. Disponível em:<<http://www.infoescola.com/ecologia/definicao-de-residuos-solidos/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. [2015?]. Disponível em:<<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

JACOBI, Pedro Roberto, BESEN, Gina Rizpah. **Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade.** Estudos Avançados, v. 25, n. 71, p. 135-158, 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n71/10>>. Acesso em: 11/07/2016.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araujo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extra patrimonial.** São Paulo: RT. 2011.

LOUBET, Luciano Furtado. **Logística Reversa (Responsabilidade Pós Consumo) Frente ao Direito Ambiental Brasileiro – Implicações da Lei nº 12.305/2010.** 2011. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18617/logistica-reversa-responsabilidade-pos-consumo-frente-ao-direito-ambiental-brasileiro>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

MACHADO, Gleysson B. **SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente no Brasil.** 2014a. Disponível em: < <http://www.portalresiduossolidos.com/sisnama-sistema-nacional-meio-ambiente-brasil/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MACHADO, Gleysson B. **O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil.** 2014b. Disponível em: < <http://www.portalresiduossolidos.com/snvs-o-sistema-nacional-de-vigilancia-sanitaria-brasil/>>. Acesso em 23 nov. 2015.

MACHADO, Gleysson B. **Lei 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos.** 2013. Disponível em: < <http://www.portalresiduossolidos.com/lei-12-3052010-politica-nacional-de-residuos-solidos/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MACHADO, Valquíria Silva. **Importância da Política Nacional de Resíduos Sólidos.** 2011. Disponível em: < <http://revistaea.org/artigo.php?idartigo=1015>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. **Política Nacional de Resíduos Sólidos e direito ao meio ambiente equilibrado.** Revista Jus Navigandi. Teresina. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20172>>. Acesso em: 13 out. 2015.

MASSUKADO, Luciana Miyoko. 2004. **Sistema de Apoio à Decisão: avaliação de cenários de gestão integrada de resíduos sólidos urbanos domiciliares.** Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana. Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. 2004. 272 f. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde_arquivos/11/TDE-2004-12-13T14:54:34Z-342/Publico/DissLMM.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

MIRALÉ, Édís. **Direito do ambiente: gestão ambiental em foco**. SP. Editora RT, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0011341-77.2013.8.19.0029. Décima Nona Comarca Cível. Apelantes: Benedito Nunes e outros. Apelado: Município de Magé. Relator: Des. Valéria Dacheux. Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2016. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70067134908. Primeira Câmara Cível. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Ministério Público. Interessado: Departamento Municipal de Limpeza Urbana – DMLU. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 16 de dezembro de 2015. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 out. 2016.

SCHALCH, Valdir et al. **Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. Dissertação (Doutorado). Universidade de São Paulo. Centro Universitário Anhanguera. Escola de Engenharia de São Carlo. Departamento de Hidráulica e Saneamento. São Carlos. 2002. 97 f. Disponível em: < http://www.falcoit.com.br/blog/images/easyblog_images/500/GESTAO-DE-RESIDUOS-SOLIDOS-2002.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2015.

78

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Nº 201400815715. Segunda Câmara Cível. Apelante: Ministério Público do Estado do Sergipe. Apelado: Município de Carmópolis. Relator: Cezário Siqueira Neto. Aracaju, 19 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/>>. Acesso em: 04 out. 2016.

SETA, Marismary Horsth de; REIS, Lenice G. da Costa. **Construção, estruturação e gestão das vigilâncias do campo da saúde**. 2009. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12564&tipo=B>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SILVA, Cissa Maria de Almeida. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2006. Disponível em:< <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direitoum-suporte-axiologico-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-sociais-1802344.html>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SILVA, Américo L. Martins. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. SP. Editora RT. 2005.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. SP. Editora Malheiros, 2002.



SOLER, Fabricio Dorado. **Desafios jurídicos para implementação da logística reversa no Brasil**. 2015. Disponível em: < <http://www.felsberg.com.br/desafios-juridicos-para-implementacao-da-logistica-reversa-no-brasil/>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

Submissão: 28/07/2016
Aceito para Publicação: 24/10/2016

DANOS À SAÚDE DECORRENTES DE EXPOSIÇÃO À POLUIÇÃO ELETROMAGNÉTICA: ESTUDO DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0123.10.038116-9/002

*HEALTH DAMAGE DUE TO THE EXPOSITION OF ELECTROMAGNETIC POLLUTION:
STUDY OF CIVIL APPEAL Nº 1.0123.10.038116-9/002*

Beatriz Souza Costa*

Vivian Lacerda Moraes**

RESUMO: O presente artigo tem como intuito proceder a um estudo problematizante e crítico acerca dos fundamentos decisórios do acórdão extraído da Apelação Cível de número 1.0123.10.038116-9/002, e julgamento realizado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na qual se nega o pedido de retirada de rádio-base de determinado bairro da cidade de Capelinha/MG por não se entender provado serem nocivos os níveis de radiação eletromagnética emitidos. Preliminarmente será apresentada uma análise de conceitos básicos acerca do tema ondas eletromagnéticas e sua emissão no meio ambiente. No decorrer do estudo será abordado o tema dos possíveis efeitos da radiação eletromagnética para a saúde humana. Optou-se pela técnica de pesquisa bibliográfica, por meio da análise crítica de um julgado, assim como de textos referentes ao tema, bem como o método dedutivo. Apesar de as informações fornecidas pela ANATEL afirmarem não serem nocivos os níveis de radiação emitidos pelas rádio-bases, diversos estudos apontam para um sentido diverso, dessa forma, permitir que uma antena com tal potencial poluidor permaneça em bairro residencial seria arriscado à saúde humana.

PALAVRAS-CHAVE: Poluição Eletromagnética. Meio Ambiente. Ondas Eletromagnéticas. Direito à Saúde. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Ondas Eletromagnéticas, Linhas de Alta Tensão, Campos Eletromagnéticos Domésticos e Torres de Telefonia Móvel. 1.1 Ondas Eletromagnéticas Limpas e Sujas. 1.2 As Linhas de Alta Tensão e os Campos Eletromagnéticos Domésticos. 1.2.1 Equipamentos Elétricos Domésticos. 1.3 As Antenas de Celulares e o Uso de Aparelhos de Telefonia Móvel. 2 A Apelação Cível Nº 1.0123.10.038116-9/002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: The present article aims to proceed with a problematizing and critic study about the decision-making fundamentals of the rulings extracted from the Civil Appeal numbered 1.0123.10.038116-9/002, and trial realized by the 5th Civil Chamber of the Justice Court of Minas Gerais in which it refuses the request of removal of cell site from the determined district of Capelinha/MG for not perceiving proved harmful the levels of electromagnetic radiation emitted. Preliminarily it will present an analysis of the basic concepts of the theme electromagnetic waves and its emission on the environment. During the study will be approached the theme of possible effects of the electromagnetic radiation to human health. Bibliographic research was the chosen technique, by means of critical analysis of a ruling, as well as texts referring to the theme, along the deductive method. Despite the information provided by ANATEL claiming not being noxious the levels of radiation emitted by cell sites, several studies point to a diverse direction, in this way, allowing that a antennae with such polluting potential remain in an residential district would be risky to human health.

KEYWORDS: Electromagnetic Pollution. Environment. Electromagnetic Waves. Health Rights. State of Minas Gerais.

80

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais. Pró-reitora de pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais.

** Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

INTRODUÇÃO

Na atualidade, produtos elétricos e eletrônicos são indispensáveis para a vida cotidiana do ser humano. Todos os dias novos aparelhos são adquiridos, novas tecnologias são lançadas e mais e mais ondas eletromagnéticas são disseminadas descuidadamente no ambiente.

Sabe-se que o excesso de ondas eletromagnéticas dispersos no ambiente todos os dias sobrecarrega o organismo humano e, segundo estudos, podem afetar o corpo humano de diversas formas.

Não obstante a evolução tecnológica e a tentativa das empresas de diminuir a emissão de ondas eletromagnéticas e microondas, ainda encontramos-nos em um ambiente bastante poluído. E, da mesma forma, os estudos acerca das consequências desta exposição para a saúde humana não param de avançar a todo instante, a fim de analisar e comprovar as reais extensões dos problemas causados à boa saúde humana.

Diante disso, em um primeiro momento, abordar-se-á conceitos científicos de ondas eletromagnéticas, ondas eletromagnéticas sujas e limpas, linhas de alta tensão e campos eletromagnéticos domésticos, equipamentos elétricos e, por último rádios-base ou torres de telefonia celular.

O tema em questão possui inegável importância tanto prática quanto social, vez que se relaciona com o direito constitucional à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse contexto, analisou-se a apelação cível nº 1.0123.10.038116-9/002, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de julgamento correspondeu à 5ª Câmara Cível e analisou a possibilidade de retirada da rádio-base do bairro das Acácias em Capelinha/MG.

Seriam as ondas eletromagnéticas efetivamente nocivas à saúde humana? A fim de chegar aos objetivos pretendidos utilizou-se como técnica de pesquisa bibliográfica, bem como pelo método o dedutivo. Tendo-se como facilitador da análise das opiniões dos doutrinadores, bem como jurisprudenciais o método dedutivo.

Vive-se em um período de modernidade tal que os avanços tecnológicos mostram-se cada vez mais rápidos. Ao que parece, todos os dias novas tecnologias surgem e são disponibilizadas no mercado consumidor, e acabam por também alimentar o frenesi consumista que parece estar arraigado na sociedade atual.

A existência de novas tecnologias e o aumento massivo de seu uso pelo ser humano propicia um crescimento significativo e alarmante das emissões de ondas eletromagnéticas.

Tais ondas como ver-se-á adiante, subdividem-se em ondas de alta e baixa frequência¹, a depender do número de vezes que a corrente elétrica muda o seu sentido.

Desta feita, buscou-se analisar os documentos disponíveis a fim de tentar solucionar tais questões.

1 ONDAS ELETROMAGNÉTICAS, LINHAS DE ALTA TENSÃO, CAMPOS ELETROMAGNÉTICOS DOMÉSTICOS E TORRES DE TELEFONIA MÓVEL

Ondas magnéticas não são criações humanas, o próprio planeta Terra, naturalmente produz certo nível de carga eletromagnética importante para seu adequado funcionamento. Como explica Lopes (2014) a terra seria como uma grande bateria que se recarrega por meio da energia que recebe do sol constantemente, uma vez que os raios provenientes da atmosfera e de seu próprio núcleo em fusão acabam por coloca-la em constante e permanente descarga. Assim como o corpo humano que funciona emitindo pequenas quantidades de ondas eletromagnéticas que se mostram essenciais para a manutenção de seus processos bioquímicos e são utilizadas para auferir o estado de saúde de nosso organismo.

Ondas eletromagnéticas formam-se por meio da junção de dois campos distintos, os elétricos² e os magnéticos³, um perpendicular ao outro e que viajam em determinada direção. Tais ondas têm como característica e objetivo transportar energia no espaço.

1.1 Ondas Eletromagnéticas Limpas e Sujas

As ondas produzidas nas centrais elétricas são consideradas limpas, por terem comprimentos suaves e simétricos, ou seja, metade da onda é positiva e metade da onda é negativa. Essa onda “limpa” seria a responsável por criar os campos magnéticos de alta

¹ Frequência [...] descreve o número de oscilações ou ciclos por segundo de maneira que 1Hz (hertz) corresponde a 1 ciclo por segundo (BOITEUX, E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 35). São consideradas ondas de baixa frequência aquelas emitidas em torno de 50/60 Hz, e ondas de alta frequência aquelas emitidas em mega Hz ou giga Hz.

² Campos elétricos são uma parte dos campos eletromagnéticos. Eles são produzidos pela presença de cargas elétricas e podem ser medidos em volts por metro (V/m). Quando um objeto acumula carga elétrica, esta faz com que outras cargas do mesmo sinal ou de sinal oposto experimentem uma repulsão ou atração, sendo a intensidade destas forças denominada tensão elétrica ou voltagem, medida em Volts (BOITEUX E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 34).

³ Campos magnéticos são produzidos quando há cargas elétricas em movimento, ou seja, correntes elétricas, determinando o movimento destas cargas. Uma lâmpada ligada na tomada, tal qual uma torneira aberta, movimentando energia (BOITEUX, E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 34).

frequência ao longo das linhas de alta tensão⁴. Todavia, no dia a dia, as pessoas se deparam com outro tipo de ondas, em muito diferentes dessas ondas “limpas” produzidas pelas centrais elétricas, com diversas interferências externas e, portanto, muito mais nocivas ao organismo humano, as ondas conhecidas como moduladas. Para Lopes (2014) considerar-se-iam moduladas aquele tipo de ondas que carregariam consigo outros tipos de frequência em seus pontos mais altos (cristas), desta forma haveria duas frequências distintas viajando juntas pelas linhas de transmissão, ou mesmo pelo ar caso sejam ondas de rádio ou de comunicação.

As ondas são produzidas nas centrais elétricas e começam a percorrer as linhas de alta tensão tendo seu comprimento de onda suave e simétrico. Todavia, ao longo do caminho até o consumidor elas não permanecem “limpas” pois acabam tendo contato com os diversos equipamentos dos demais consumidores que conosco compartilham a linha. Conforme salienta Lopes (2014) a qualidade da energia elétrica encontra-se repleta de interferências de alta frequência e picos de voltagem que acabam por alterar a forma “limpa” da onda gerada nas centrais elétricas. Dessa forma, o que chegaria para todas as pessoas é uma energia saturada de “sujeiras” provenientes da contaminação pelo uso de todos aqueles que partilham entre si a rede elétrica, assim como de sua própria parte, ao adicionar sua própria cota de “sujeiras” ao utilizar equipamentos elétricos ligados a essa rede.

Outras duas grandes fontes de emissões de ondas eletromagnéticas em grandes quantidades e, dessa forma, com grande capacidade de poluir o ambiente seriam as linhas de alta tensão e os campos eletromagnéticos domésticos.

1.2 As Linhas de Alta Tensão e os Campos Eletromagnéticos Domésticos

Toda eletricidade gera um tipo de campo magnético e, desde a sua produção nas centrais elétricas até a chegada ao consumidor, percorre um longo caminho. Durante este percurso a rede acaba por se contaminar ao entrar em contato com tudo o que se encontra à sua volta. Conforme aduz Lopes (2014) os transformadores de potência, que elevam ou abaixam a tensão dessas redes, que produzem campos magnéticos muito poderosos, seriam responsáveis pela criação de zonas de campos eletromagnéticos extremamente elevados.

⁴ Para que a energia seja enviada para a rede de distribuição, é necessário eleva a sua voltagem (tensão) e, para transportar grandes potências sem necessitar de cabos muito grossos, são usadas voltagens muito altas, que podem chegar a 750.000 Volts (750 Kv – quilovolts). Essa elevação da voltagem se faz em gigantescos transformadores que emitem campos magnéticos poderosos (LOPES, 2014).

Dessa forma, pode-se perceber que, as linhas de alta tensão, por produzirem amplos campos magnéticos e seus transformadores serem responsáveis pela criação de zonas de campos eletromagnéticos elevados são grandes responsáveis pela geração de poluição ambiental. Tal poluição gerada mostra-se um grande problema da sociedade contemporânea, uma vez que não é possível que nos vejamos sem o uso da eletricidade ou os aparelhos que dela necessitam. A cada segundo novas tecnologias movidas à eletricidade são produzidas, e acabam por alimentar também a sede consumista, aumentando a emissão de ondas eletromagnéticas à nossa volta.

Viver perto de linhas de alta tensão, na vizinhança ou muitas vezes “debaixo” delas pode acarretar riscos graves à saúde das pessoas. Por isso, quem vive ou pretende viver em tais locais precisa estar ciente dos riscos e implicações de tal situação. No entanto, as pesquisas feitas neste campo, apesar de demonstrarem que há sérias consequências para a vivência nessas áreas, ainda não conseguiram encontrar respostas concretas sobre o potencial maléfico para a saúde humana. Conforme relata Lopes (2104) a vida perto das linhas de alta tensão ainda se mostra um assunto de natureza controversa, pois existem muitas pessoas que moram nesses lugares, ou mesmo embaixo das linhas de alta tensão, e afirmam nada sofrer, eventualmente por não conseguirem relacionar os efeitos em sua saúde com as causas mas, principalmente, por não possuírem outras opções de moradia, não tendo um outro local para onde ir.

Uma importante fonte produtora de campos eletromagnéticos são os equipamentos elétricos de natureza doméstica.

1.2.1 Equipamentos Elétricos Domésticos

Cada aparelho elétrico que ligamos todos os dias à rede elétrica gera radiação eletromagnético⁵ e, portanto, nos expõe mesmo que potencialmente aos campos eletromagnéticos. Afirma Lopes (2014) que os aparelhos a oferecerem maior preocupação seriam aqueles que usamos todos os dias e por um período de tempo maior, assim como aqueles que utilizamos mais perto do corpo ou que precisamos segurar com as mãos.

⁵ Sob a perspectiva quântica a radiação eletromagnética é o resultado da emissão de pequenos pulsos de energia, enquanto que sob uma perspectiva ondulatória, a radiação eletromagnética se propaga na forma de ondas formadas pela oscilação dos campos elétrico e magnético. (RIO GRANDE DO SUL. Centro Estadual de Pesquisas em Sensoriamento Remoto e meteorologia).

Apesar de não considerarem como assunto relevante as emissões de radiações eletromagnéticas provenientes das televisões, rádios e televisões digitais, certo é que, mesmo estando em muito baixa frequência, tais emissões contribuem para a poluição eletromagnética do ambiente doméstico. Ao tratar do tema referente às televisões, rádios e televisões digitais, uma publicação da Organização Mundial a Saúde, citada por Lopes (2014) diz que de fato, devido a suas frequências mais baixas da gama das radiofrequências, o corpo humano absorve até cinco vezes mais sinal do que o recebido das antenas de celular. Desta forma, mesmo emitindo radiações em baixos níveis, esses aparelhos podem oferecer um alto grau de poluição ambiental de natureza eletromagnética, bem como riscos a saúde daqueles que os utilizam.

Outro aparelho doméstico que pode oferecer um alto risco à saúde em virtude da emissão de radiações eletromagnéticas é a chamada “babá eletrônica”. Os bebês, para Lopes (2014), por serem ainda muito pequenos, tornam-se mais susceptíveis às emissões de radiações eletromagnéticas. Tal fato ocorre porque suas células encontram-se em ativo crescimento e seu cérebro ainda está na primeira fase de desenvolvimento. Dessa maneira, o cuidado com esses seres humanos, ainda em estágios primários de desenvolvimento biológico devem ser maiores e a exposição à poluição ambiental eletromagnética oferecida pelas babás eletrônicas colocadas muito próximas aos berços pode acarretar danos à saúde e ao pleno desenvolvimento dos bebês.

Outra grande fonte emitente de ondas eletromagnéticas na atualidade e parte integrante da vida moderna são as antenas de celulares e, por consequência, o uso de aparelhos de telefonia móvel.

1.3 As Antenas de Celulares e o Uso de Aparelhos de Telefonia Móvel

Um item que parece ser indispensável à vida de praticamente todo ser humano moderno é o aparelho de telefonia móvel. Para todo lugar que se olha é possível enxergar não uma, mas várias pessoas utilizando-se dessa comodidade tecnológica de várias formas, seja efetuando ligações, ouvindo músicas, acessando à internet por meio dos dados móveis de internet, mandando mensagens, jogando. Quase nunca uma pessoa possuidora de um aparelho desses se afasta por mais de uns poucos metros do celular e, há aqueles que, quando esquecem

o dispositivo de telefonia móvel em algum lugar chegam aos extremos de sentirem-se praticamente nus, ou transportados para a “era das cavernas”. Nesse sentido

O número de usuários de telefonia celular aumenta a cada ano. Consequentemente, cada vez mais são instaladas torres, antenas e outras estruturas complexas que vêm sendo fixadas predominantemente nos centros urbanos de todo o país. Além do aumento no número de instalações de ERBs (estações rádio base) há que se considerar que a potência emitida por tais estruturas aumenta cada vez mais para o atendimento da crescente demanda (PADUELI; GOUVEIA, 2010, p. 1).

Cada vez mais aumenta o número de usuários de telefonia móvel e, com ela soma-se o número de antenas instaladas em todo país e, consequentemente, expande-se a produção de campos eletromagnéticos que emitem microondas. Apesar dos estudos e alertas que se tem feito, tais torres cada dia mais são instaladas em bairros residenciais e topos de prédios. Os valores oferecidos pelas empresas de telefonia a título de “aluguel” desses espaços é alto e faz com que seja questionado se os alugueres exorbitantes voluntariamente oferecidos pelas companhias telefônicas não estaria, de alguma forma, ligado à consciência dos males causados à saúde pela poluição ambiental eletromagnética.

A utilização massiva da telefonia móvel aumenta em muito a poluição eletromagnética no ambiente uma vez que o sistema móvel de celular não faz uso de cabos e fios para transmitir seus sinais, usando em contrapartida, o próprio ar, por meio do espectro eletromagnéticos⁶. De forma mais clara

As estações de rádio base (antenas) no sistema de telefonia móvel celular utilizam o serviço de transmissão de dados através da energia, isto é, por meio do espectro eletromagnético, sem o emprego de fios, permitindo ao usuário fazer e receber chamadas em seu telefone celular sem qualquer dificuldade (ALMEIDA, 2010. p. 22).

A partir do momento que se liga um aparelho de celular ele, automaticamente se conecta com a torre mais próxima e com ela abre um “canal” de comunicação que possibilita que chamadas sejam feitas. No momento em que se efetua a ligação e, portanto, usa-se a torre mais próxima como um meio de se conectar a outra torre que, consequentemente fará a conexão com o aparelho para o qual se destina a ligação é que o nível de radiação do aparelho celular se torna mais alto e, portanto, o corpo recebe uma carga maior. As zonas de alcance das torres de celulares são cada vez maiores, uma vez que as grandes operadoras têm como

6 O espectro eletromagnético é a distribuição da intensidade da radiação eletromagnética com relação ao seu comprimento de onda ou frequência. (INSTITUTO DE FÍSICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL).

finalidade fazer com que um aparelho seja rapidamente capitado pela zona de alcance de uma torre ao deixar a zona da torre anterior.

A radiação emitida por um aparelho de celular pode atingir grandes picos quando seu usuário encontra-se nas bordas das zonas de uma torre de telefonia, no final da área de cobertura, pois nesse ponto, ao não ter outra torre na qual se conectar, e estando muito distante da torre, o impulso magnético para chegar à torre se torna maior. Sendo maiores os impulsos magnéticos, maior a potencialidade de danos à saúde do usuário da telefonia móvel.

Após perpassar brevemente acerca dos conceitos de ondas eletromagnéticas, bem como suas emissões por meio de torres de alta tensão, campos eletromagnéticos domésticos e, o que talvez seja o maior emissor da atualidade, as radio-bases, passa-se à análise da apelação cível nº 1.0123.10.038116-9/002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais originada do inquérito civil proveniente da comarca de Capelinha/MG.

2 A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0123.10.038116-9/002 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

87

Apesar de o planeta emitir a todo momento pequenas quantidades de ondas eletromagnéticas, assim como o próprio corpo humano em suas funções bioquímicas produzir ondas magnéticas, mesmo que fracas e em muito baixa frequência, somos especialmente sensíveis à radiação eletromagnética produzida artificialmente pelas linhas de transmissão, equipamentos elétricos, torres de telefonia móvel e aparelhos de celulares. Tais espécies de ondas nos cercam a cada instante do dia, poluindo tanto o ambiente interno, das residências, quanto o ambiente externo, principalmente nas grandes metrópoles.

Conforme explanou-se ao longo do texto, estando as pessoas cercadas e bombardeadas a todo instante por ondas eletromagnéticas que poluem o meio ambiente cada dia mais, consideráveis são as possibilidades de danos à saúde dos seres humanos. Diversos estudos têm sido desenvolvidos no intuito de averiguar e/ou confirmar as possibilidades reais de danos à saúde decorrentes da exposição humana à poluição eletromagnética

Inúmeros são os estudos já desenvolvidos e em realização que examinam a possibilidade da ação dos campos eletromagnéticos resultar em danos biológicos e à saúde humana, máxime com o uso de telefones celulares e a exposição da população a fontes irradiadoras, como as estações rádio-base [torres de telefonia móvel], que se multiplicam de maneira extraordinária, a cada dia, nas paisagens urbanas (BATISTA, 2008, p. 74)

Relatou o autor da ação que existem preocupações de diversas pessoas e entidades civis quanto aos riscos à saúde humana em função das radiações eletromagnéticas emitidas por torres de telefonia celular, especialmente aquela instalada no Bairro das Acácias, município de Capelinha/MG. Em decorrência desta preocupação, houve até abaixo assinado da comunidade à Promotoria de Justiça. Em decorrência disso, foi instaurado um inquérito civil de nº 0123.05.000001-7, “tendo esta ação civil pública como objetivo a retirada da antena da área residencial na qual se encontra” (TJMG, 2014). Nessa ação civil pública, explicou-se com detalhes qual seria a nocividade da presença da torre de telefonia naquele bairro instalada, “explicando que há estudos científicos que apontam a efetiva possibilidade da radiação eletromagnética, oriunda de estações de rádio base, produzir efeitos biológicos potencialmente nocivos à saúde humana sob exposição contínua e a longo prazo.” (TJMG, 2014)

Foi então que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação à decisão de primeira instância, da comarca que Capelinha que “julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC. Não houve condenação em custas e honorários.” (TJMG, 2014)

O MP-MG, utilizou-se do argumento de que o princípio da precaução⁷ em matéria de direito ambiental traz como exigência que, em havendo dúvida com bases científicas quanto à existência de riscos intrínsecos a determinada atividade, é obrigatório a adoção de medidas economicamente viáveis que possam evitar o dano, na forma de poluição eletromagnética, em potencial. “Discorre sobre os efeitos térmicos da radiação não ionizante trazendo relatórios e estudos realizados. Transcreve jurisprudências e baseia-se nos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para pretender a reforma da sentença” (TJMG, 2014)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da 5ª Câmara Cível, reconheceu o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, entretanto, entendeu que não assistia razão ao autor/recorrente. Começa o acórdão utilizando, como argumento, a existência por parte da estação de rádio base (ou torre de telefonia celular) de todo o amparo

⁷ Em linhas gerais, o princípio da precaução corresponde ao dever de cautela para com os riscos incertos cientificamente, gerados por uma determinada atividade ou empreendimento (NAVES; SILVA, 2014, p. 369)

legal, bem como do referido cadastro e alvará fornecido pela ANATEL (Agência Nacional de Telefonia).

Desta maneira, não se faz possível promover a retirada da antena de telefonia por questões atinentes à irregularidade formal, devendo ser examinada a situação das radiações eletromagnéticas que aponta o autor serem nocivas à saúde da população que mora na região.

Segundo informação da própria ANATEL, em resposta a ofício a ele enviado, em relação à radiação não ionizante, cabe a ela fiscalizar o cumprimento da Resolução n. 303/2002 pelas operadoras de serviços de telecomunicações (f. 452). A legislação indicada tem como objetivo estabelecer limites para a exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, na faixa de radiofrequências entre 9kHz e 300GHz, associados à operação de estações transmissoras de radiocomunicação de serviços de telecomunicações. (TJMG, 2014)

Ao contrário do que afirma a ANATEL, nos documentos apresentados no processo, conforme demonstrado por Lopes (2014) diversas pesquisas e preocupações referentes aos danos à saúde causados pela exposição à radiação eletromagnética de pessoas, que vivem em locais próximos a torres de telefonia móvel giram em torno do aparecimento de tumores, disfunção de glândulas como a tireóide, diminuição da capacidade de concentração, aumento da glicose, aumento da sensação de cansaço, arritmia cardíaca, dentre outros sintomas.

Existem relatos de pessoas que se mostram particularmente sensíveis à exposição aos campos magnéticos e outras, no entanto, afirmam não apresentar quaisquer sintomas. “Os efeitos à saúde variam de acordo com a exposição aos campos eletromagnéticos” (ALMEIDA, 2010, p. 44), por isso pessoas que moram nas cercanias de radio-bases (torres de telefonia móvel) ou que utilizam com uma frequência maior aparelhos elétricos e eletrônicos tornar-se-iam mais susceptíveis a terem sua saúde seriamente afetada.

Aqueles, cuja saúde se mostra mais sensível às ondas eletromagnéticas, independente do nível baixo das ondas emitidas pelas radio-bases, correm sérios riscos de serem afetados, entretanto, aqueles cujo organismo mostram-se mais resistentes, podem sequer sentir quaisquer tipos de alterações físicas ou biológicas. No que se refere às alterações biológicas, pode-se dizer que “um efecto biológico se produce quando la exposición a los CEM provoca una respuesta fisiológica detectable em un sistema biológico. Um efecto biológico es nocivo para la salud quando sobrepasa las posibilidades de compensación normales del organismo⁸. (MARCOS, 1999, p. 12). Os efeitos biológicos da radiação eletromagnética ocorrem naqueles

⁸ Um efeito biológico se produz quando a exposição aos CEM provoca uma resposta fisiológica detectável em um sistema biológico. Um efeito biológico é nocivo para a saúde quando supera as possibilidades de compensação normais do organismo. (tradução nossa)

organismos que se mostram mais sensíveis a partir do momento em que esse sistema biológico vê-se sobrecarregado para além de sua capacidade natural de compensação das radiações absorvidas. Quando organismos mais sensíveis são expostos continuamente à ondas eletromagnéticas, tal exposição pode gerar modificações funcionais ou mesmo estruturais no organismo. Entretanto, afirmou a decisão que

Considerando os níveis muito baixos de exposição e os resultados das pesquisas reunidos até o momento, não existe evidência científica convincente de que os fracos sinais de RF provenientes de estações rádio-base e de redes sem fio, causem efeitos adversos à saúde.

Diante de todo o exposto, deixou o autor de fazer prova robusta das alegações apontadas na exordial, não podendo a tutela jurisdicional se basear exclusivamente em suposições da população interessada. (TJMG, 2014)

A contrario sensu do afirmado pela decisão do Tribunal de Justiça, a presença de estudos tendentes tanto para a não maleficência das estações de rádio-base, quanto aqueles que apresentam casos de alterações na saúde daqueles expostos às suas micro-ondas, faz nascer certa incerteza no campo científico que acaba por migrar para o campo jurídico. Desta forma não seria possível a utilização do princípio da prevenção para embasar os argumentos aqui apresentados, vez que

Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras. (MILARÉ, 2015, p. 264)

Entretanto, se tomar-se como base o princípio da precaução, sagrado na Declaração do Rio – ECO 1992 que, mesmo não possuindo natureza jurídica de um tratado internacional para o Estado brasileiro, traz diretrizes éticas a serem seguidas por todos os países signatários. Desta feita, nos casos em que se vislumbra um perigo ambiental, um perigo à saúde humana “[...] será recomendável que o Poder Público não libere a atividade supostamente impactante até que haja uma evolução científica a fim de melhor analisar a natureza e a extensão dos potenciais males ambientais, pois é possível que não seja prudente arriscar” (AMADO, 2013, p. 58). Portanto, a existência de estudos que apontam em ambas as direções, quais sejam, a inexistência de riscos à saúde humana frente a baixa exposição, bem como alterações físicas e surgimento de doenças atribuídos à exposição contínua às ondas eletromagnéticas, expõe um

nível de incerteza científica que pende em favor do meio ambiente e da saúde humana. É característica do princípio da precaução a antecipação das ações ante o risco incógnito.

Não há como saber, com total certeza, se existe um nível mínimo de exposição seguro para a saúde humana, “o conhecimento científico disponível na literatura especializada internacional aponta para a incerteza quanto a um nível mínimo de exposição à radiação não ionizante conhecido que garanta proteção à saúde humana” (PADUELI; GOUVEIA, 2010, p. 4). Não havendo a certeza de um nível mínimo de exposição seguro à saúde humana e, sendo a tecnologia baseada nas ondas eletromagnéticas tão essencial à vida moderna, encontramos em um verdadeiro impasse. Nos últimos vinte anos, diversos estudos foram realizados acerca das alterações fisiológicas causadas pela exposição à radiação eletromagnética, de maneira constante. Nesses estudos, avaliou-se os efeitos quanto à alteração biofísica daqueles que são expostos, bem como seus efeitos para a saúde dos organismos.

En los últimos veinte años, programas de investigación en todo el mundo han realizado avances significativos en la caracterización las interacciones posibles de los CEM y los organismos vivos, destacando los estudios sobre los efectos biológicos de los CEM y los mecanismos biofísicos implicados en tales efectos. También se há profundizado em la cuestión de la relevancia que los efectos biológicos de los CEM detectados experimentalmente tienen para la salud.⁹ (CAMPOS, 1999, p. 12)

91

Para alguns estudiosos os danos decorrentes da exposição às ondas eletromagnéticas dividem-se em dois grupos distintos: aqueles danos claramente conhecidos e reconhecidos e os danos sobre os quais há controvérsias. No grupo dos danos claramente conhecidos e reconhecidos podemos destacar o aumento da temperatura corporal, causado pela radiação de alta frequência, neste caso “o efeito é semelhante ao da febre e resulta na redução da atividade mental e em problemas na irrigação sanguínea” (BOITEUX, E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 37-38). Pode-se acrescentar ainda, a esse grupo, as alterações que a exposição às ondas pulsadas ou micro-ondas acabam por causar ao ser humano.

De acordo com Lopes (2014) há estudos que vêm demonstrando o malefício da poluição eletromagnética, causando efeitos adversos na tireoide, assim como nos hormônios sexuais tanto masculinos quanto femininos. Da mesma forma, a radiação proveniente dos

⁹ Nos últimos vinte anos, programas de pesquisa em todo o mundo realizaram avanços significativos na caracterização das interações possíveis entre os CEM e os organismos vivos, destacando os estudos sobre os efeitos biológicos dos CEM e os efeitos biofísicos implicados em tais efeitos. Também aprofundou-se na questão da relevância que os efeitos biológicos do CEM detectados experimentalmente têm para a saúde. (tradução nossa)

sistemas de telecomunicações afetam o hormônio do tipo insulina, responsável por controlar os níveis de açúcar no sangue. Nesse mesmo grupo, dos danos conhecidos e reconhecidos, pode-se incluir aqueles causados pelas ondas de baixa frequência que podem causar impulsos nervosos e musculares involuntários e “essas contrações podem causar um simples desconforto, mas também podem ser fatais” (BOITEUX, E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 38).

Entretanto, ainda argumentando acerca do ônus probatório e da impossibilidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais de provar a possibilidade de danos à saúde daqueles que vivem próximos à radio-base no bairro das Acácias em Capelinha/ MG trazem os desembargadores a seguinte argumentação e sua conclusão sobre a contenda

A regra, destarte, é que independentemente da posição no processo cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alheio, do que decorrem importantes consequências particularmente quanto a ações incidentais de cunho impugnativo, como os embargos do devedor, na execução (v. arts. 736, 741 e 745), ou os embargos ao mandado, na ação monitória (v. art. 1.102c). Pois bem, por fatos constitutivos do direito - não importando de qual parte -, devem ser entendidos aqueles tomados como base para a afirmação de um direito de que se imagine ela titular, e que pretenda ver reconhecido em juízo (assim, a existência da locação e a ocorrência de fato ou circunstâncias tidos por lei como autorizadores da retomada, em ação de despejo, a ocorrência de ato ilícito praticado pela outra parte e o prejuízo dele decorrente, em ação indenizatória). Já quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, impõe-se maior cautela, pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa" (Código de Processo Civil Interpretado, coordenador Antônio Carlos Marcato, São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.000).

Firme em tais considerações, nego provimento ao recurso, mantenho inalterada a sentença. (TJMG, 2014)

Todavia, contrariando o afirmado no acórdão em comento, no que se refere aos danos comprovados, causados pela exposição à radiação, conforme aponta Lopes (2014), como grande ironia à tecnologia voltada para telecomunicações e as micro-ondas por eles emitidas parece causar interferência no que seria o sistema natural de comunicação existente entre nossas células. As micro-ondas eletromagnéticas emitidas pelo uso e funcionamento dos aparelhos de comunicação, em especial aqueles que são utilizados muito próximo de nosso corpo, afetaria os íons de cálcio existentes em nosso organismo e são eles os principais responsáveis pelo transporte de informações, dentro e fora de nossas células. Segundo o que dispõe Lopes (2014) a contínua exposição à REM¹⁰ causaria um tipo de excitação no

¹⁰R.E.M: sigla utilizada para denominar “radiação eletromagnéticas”. Explicação do autor.

chamado ácido glutâmico, ou glutamato, que se mostra um importante aminoácido que age como neurotransmissor, e esta excitação pode vir a alterar os padrões cerebrais.

Da mesma forma, um estudo da feito por um membro da Comissão Nacional de Energia Nuclear, afirma que a exposição contínua à radiação pode provocar a morte celular. Mais especificamente

Células cuja taxa de divisão é alta, tornam-se mais vulneráveis à ação das radiações. Quando uma lesão no DNA resultar quebra da molécula, a célula passa a ter dificuldade em dividir o material genético entre as células filhas, que podem morrer após uma ou duas divisões subsequentes. (NOUAILHETAS, s/a, p. 30)

No que tange às modificações causadas ao organismo humanos, Claudio Viveiros de Carvalho, citando dados da Organização Mundial de Saúde e informações de Dias & Siqueira, afirma que

Também a radiação não ionizante interfere no funcionamento do organismo humano; ela induz a formação de correntes e campos elétricos e magnéticos em seu interior. Dependendo de sua amplitude e frequência, pode causar aquecimento ou choques elétricos, por exemplo, ou mesmo alterar o padrão de excitabilidade das células musculares e nervosas. Usualmente esses efeitos são divididos em térmicos e não térmicos (OMS 2012; OMS 2017; DIAS & SIQUEIRA, 2012 p. 5)

No grupo dos danos sobre os quais há controvérsias, as doenças foram atribuídas à exposição aos campos eletromagnéticos, no entanto, os estudos feitos sobre o tema ainda não conseguiram chegar a um consenso acerca do tema, uma vez que existem pesquisas tanto negando quanto confirmando tais hipóteses, o que dificulta e muito os meios de prova quanto às causas. Seriam as doenças ou quadros clínicos a

Leucemia em adultos e em crianças; câncer no cérebro de adultos e crianças; câncer de mama em homens e mulheres; aborto espontâneo; esclerose lateral amiotrófica; mal de Alzheimer; infarto agudo do miocárdio; suicídio. (BOITEUX, E.; BOITEUX, NETTO, 2008, p. 42-43).

Sejam problemas de saúde claramente reconhecidos, sejam problemas que ainda possuem controvérsias, quanto à sua comprovação, é certo que a exposição humana a ondas eletromagnéticas é algo potencialmente nocivo à saúde e, tendo em vista o nível de poluição eletromagnética a que nos vemos expostos todos os dias, as consequências podem ser desastrosas a longo prazo. Dessa forma, necessário se faz buscar meios de diminuir a emissão de tais ondas, assim como de responsabilizar as empresas emissoras caso sejam comprovados os danos à saúde decorrentes da poluição eletromagnética.

Portanto, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais a fim de retirar do bairro residencial a radio-base traz potenciais riscos à saúde daqueles que moram próximos a área em que se localiza a torre e não possuem condições de se retirarem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a tecnologia se tornando parte essencial do dia a dia humano, novos aparelhos sendo adquiridos a cada segundo, certo é que a emissão de ondas eletromagnéticas só tende a aumentar nos próximos anos.

Não restam dúvidas, tendo em vista os estudos e trabalhos realizados acerca do tema, que as ondas eletromagnéticas emitidas pelos aparelhos elétricos, as torres de alta tensão, as torres de telefonia móvel poluem o ambiente.

Assim, após apresentação de abaixo assinado da comunidade à promotoria de justiça, o Ministério Público ajuizou ação civil pública a fim de retirar do bairro das Acácias, na cidade de Capelinha/MG uma radio-base, sob a alegação de possíveis danos à saúde daqueles que residiam em áreas próximas.

Em sentença de primeiro grau, o juiz de Capelinha negou provimento ao pedido do MP-MG sob o argumento de não ter ficado comprovado a possibilidade de danos, vez que os dados fornecidos pela ANATEL demonstravam a baixa intensidade das ondas eletromagnéticas emitidas pela rádio-base.

Em acórdão de segunda instância, mantendo argumentação semelhante, afirmando não ter o MP-MG comprovado os riscos à saúde e, tendo a ANATEL fornecido informações suficientes que comprovassem a inocuidade das ondas eletromagnéticas emitidas pela rádio-base, para a saúde humana, manteve-se a decisão de primeira instância, negando provimento ao recurso de apelação.

Entretanto, por meio de estudos foi possível comprovar que nem mesmo dentro das residências se está livre da poluição eletromagnética proveniente de aparelhos utilizados a todo momento. Da mesma forma, continuamente, de forma voluntária, o organismo humano absolve pulsos eletromagnéticos, em forma de microondas, advindos do uso constante dos aparelhos celulares.

Há pessoas, cujo organismo se demonstra mais sensível à exposição às ondas eletromagnéticas e, portanto, convivem com a poluição advinda das torres de alta tensão e radio-bases, e portanto, acabam por desenvolver determinados tipos de doenças como câncer e Alzheimer.

No entanto, muito ainda deve-se avançar quando o assunto são os estudos e pesquisas sobre os malefícios provocados pelas ondas eletromagnéticas. Diversos estudos foram desenvolvidos ao longo dos anos, mas poucas respostas concretas foram encontradas.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. São Paulo: Método Editora, 2013.

ALMEIDA, Daniela Scaranello Elias. **A Tutela Ambiental Referente à Poluição Eletromagnética Advinda das Estações de Rádio Base da Telefonia Móvel Pessoal**. (Dissertação de Mestrado). Universidade Metodista de Piracicaba. 2010. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/06072011_114142_danielascaranelloeliasdealmeida.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BATISTA, Roberto Carlos. Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário ambiental e precaução. **Boletim Científico**. Escola Superior do Ministério Público Federal. Brasília. a.7. n. 26. 2008.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte. v.10. n.19. 2013. p.45-88.

BOITEUX, Elza Antônia P. C; BOITEUX, Fernando Netto. **Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. **Radiação eletromagnética e saúde.** Câmara dos Deputados – consultoria legislativa, 2012. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2012_14229.pdf. Acesso em: 03 de nov. 2016.

LOPES, Eugênio. **Que Futuro!!! Os efeitos da poluição eletromagnética sobre a saúde.** São Paulo: Schoba. 2014. Livro em formato E-book.

MARCOS, Francisco Vargas. *Riesgos para la salud humana de las exposiciones ambientales a campos eléctricos y magnéticos. Física y sociedad. n.10. 1999. Disponível em: <http://www.etsist.upm.es/estaticos/catedra-coitt/web_salud_medioamb/Informes/informes_PDF/camposelectromagneticos/CamposEMySaludPublica.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2016.*

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível. Ap 1.0123.10.038116-9/002.** Relator Fernando Caldeira Brant. Súmula publicada em 29/08/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=3&totalLinhas=3&palavras=eletromagn%E9tica&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar>>>. Acesso em: 05 maio. 2016.

MORAES, Vivian Lacerda. **Os danos punitivos na responsabilidade civil por danos morais no direito brasileiro.** In Temas de Direito Público e Privado. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 397-410.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. **Revista Veredas do Direito.** Belo Horizonte. v.11. n. 22. 2014. p. 355-380

NOUAILHETAS, Yannik. **Radiações Ionizantes e a vida.** Cnen – Comissão Nacional de Energia Nuclear: apostila educativa. s/a. Disponível em: <http://www.cnen.gov.br/images/cnen/documentos/educativo/radiacoes-ionizantes.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016.

PADUELI, Margaret Ponce; GOUVEIA Nelson. A telecomunicação móvel e a poluição eletromagnética. **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**. V.5. n. 10. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Universidade do Federal do Rio Grande do Sul. Centro Estadual de Pesquisas em Sensoriamento Remoto e Meteorologia). Disponível em: <http://www.ufrgs.br/engcart/PDASR/rem.html>. Acesso em: 03 de maio de 2016.

_____. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Instituto de física**. Disponível em: <http://www.if.ufrgs.br/oei/cgu/espec/intro.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

Submissão: 20/06/2016
Aceito para Publicação: 03/01/2017



O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: THE GUARANTEE OF HUMAN DIGNITY AMONG THE JUDICIARY AND THE BALANCE OF PRINCIPLES

Cássio Guilherme Alves*

Caroline Müller Bitencourt**

RESUMO: No presente estudo se buscará a análise da realização do direito fundamental social à saúde no Estado Democrático de Direito, haja vista sua proteção constitucional na Carta de 1988. Após o reconhecimento da saúde como direito fundamental social, imprescindível a criação de mecanismos que garantam sua concretização quando o Estado for ineficiente ou se negar à prestação material necessária. Para fins deste artigo será utilizado o método hipotético-dedutivo com análise das teorias da reserva do possível x mínimo existencial vinculado aos princípios de direitos fundamentais para a garantia do direito à saúde. Dessa forma, o Poder Judiciário enquanto poder constituído possui em sua natureza jurisdicional a competência e prerrogativa para compor conflitos, devendo decidir o caso concreto na esfera da jurisdição constitucional, evitando que sejam cometidos abusos e restrições contra os direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental social à saúde possui estreita vinculação com a dignidade da pessoa humana, não sendo possível pensar em vida com dignidade com restrições a este direito. Nessa seara, o Poder Judiciário se apresenta como importante ator na concretização e garantia do direito à saúde quando o Poder Público for ineficiente na sua promoção, devendo agir através da jurisdição constitucional para, com o uso do instituto da ponderação, preservar os direitos fundamentais na garantia do mínimo existencial vinculado à dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Direito Fundamental Social à Saúde. Poder Judiciário. Ponderação de Princípios.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Saúde como um Direito Fundamental Social e sua Vinculação com a Dignidade da Pessoa Humana. 2 A Colisão de Direitos Fundamentais e a Ponderação de Princípios. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: In this study will seek to analyze the carry out of the fundamental social right to health in democratic State of law, its constitutional protection in 1988. After the recognition of health as a fundamental right, essential to the creation of mechanisms to ensure its implementation when the State is inefficient or refuse to provide necessary material. For the purposes of this article shall be used the hypothetical-deductive method with analysis of theories of possible x existential minimum linked to the fundamental rights to the guarantee of the right to health. In this way, the Judiciary while power constituted has the jurisdiction and prerogative Court nature to compose disputes, and decide the case in the sphere of constitutional jurisdiction, preventing are committed abuses and restrictions against fundamental rights. Thus, the fundamental social right health has close linkage with the dignity of the human person, it is not possible to think of life with dignity with restrictions on this right. In this field, the Judiciary presents itself as an important actor in the implementation and guarantee of the right to health when the Government is inefficient in its promotion and should act through the constitutional jurisdiction to, with the use of weighting Institute, preserving fundamental rights in existential minimum guarantee linked to the dignity of the human person in the democratic State of law.

KEYWORDS: Dignity of the Human Person. Fundamental Social Right to the Health. Judiciary. Balance of Principles.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

** Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

A saúde, enquanto direito fundamental social, e de acordo com os objetivos deste estudo, possui indissociável vinculação ao conjunto dos direitos fundamentais e, estes direitos fundamentais, constituem parte essencial e indissociável dos direitos humanos, pois não há direito em que seu titular não seja o homem.

É nessa linha, tendo o homem como centro de todos os direitos, que exsurge o problema em relação à garantia da dignidade da pessoa humana pela concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, evidenciando duas hipóteses, a primeira deduzindo que o Poder Judiciário não estaria preparado para cumprir tal incumbência devido à colisão de princípios fundamentais, e a segunda concluindo que com o uso da ponderação dos princípios colidentes o Poder Judiciário poderia atuar como ator na concretização do direito à saúde no Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, o presente estudo busca a análise da concretização do direito fundamental social à saúde no Estado Democrático de Direito com a utilização da jurisdição constitucional, delimitando seu estudo nas teorias do mínimo existencial x reserva do possível e a ponderação de princípios para a solução do problema em relação a garantia da dignidade da pessoa humana com a concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário. Para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo, com a verificação do estado da arte nas doutrinas relacionadas ao tema, que devido a sua vinculação à dignidade da pessoa humana, centro gravitacional do Estado Democrático de Direito, também justifica sua escolha em detrimento de outros tantos temas de inegável distinção no atual Constitucionalismo Contemporâneo.

Com o objetivo de analisar o Poder Judiciário enquanto agente para concretização do direito à saúde quando o Estado for ineficiente, no item dois será realizada a necessária abordagem teórica para explicitação da vinculação do direito fundamental social à saúde com a dignidade da pessoa humana com o objetivo específico de demonstrar sua importância para o direito, sendo que logo em seguida no item três, será analisada a colisão de direitos fundamentais e a ponderação de princípios, onde se tentará atender ao objetivo específico de apresentar uma ferramenta a ser utilizada para a concretização do direito em tela.

Portanto, apresentados os pontos e características introdutórias da presente pesquisa, e para que ao final se possa apresentar seu resultado, passar-se-à a necessária

abordagem do direito à saúde e sua vinculação com a dignidade da pessoa humana, item de abertura do presente trabalho e que se expõe a seguir.

1 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SUA VINCULAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nessa abordagem inicial, apresenta-se ao leitor o seguinte questionamento: O que são os direitos humanos e qual sua diferença em relação aos direitos fundamentais? Embora possa parecer que tal assunto já tenha sido suficientemente debatido, necessário que se façam alguns esclarecimentos para a sua vinculação a presente pesquisa.

Ao iniciar esse ponto, como já demonstrado no parágrafo anterior, a diferenciação entre as expressões de direito é indispensável, pois existe uma confusão entre os dois termos, embora não se possa olvidar de que tanto para os direitos fundamentais quanto para os direitos humanos, o seu titular seja sempre o homem. Na mesma linha, direitos humanos é a expressão comumente utilizada nos documentos internacionais, sendo que contra ela, pode-se asseverar que “que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos”. (SILVA, 2002, p. 176)

Para Gorczewski, o termo “‘Direitos Humanos’ é um novo nome para o que era chamado primeiramente de *The rights of man* (direitos do homem)” (GORCZEWSKI, 2005, p. 17), entretanto, em suma, trata-se de uma forma mais genérica e sucinta de se referir ao conjunto de exigências que são superiores aos demais direitos.

Não obstante, ao mesmo tempo em que visa proteger os direitos do homem dos abusos do poder do Estado, os direitos humanos também buscam a promoção de condições dignas para a vida humana no período histórico em que são suscitados para a proteção destes direitos. (LEAL, 1997, p. 19) Com o objetivo de deixar mais evidente a diferença entre as duas expressões de direito, tem-se na lição de Sarlet valiosa distinção entre os dois termos, pois

A distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com sua determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 1998, p. 31)

Nesta seara, direitos humanos seriam aqueles direitos reconhecidos internacionalmente, encontrando sua essência nos direitos naturais e tutelados pelo direito internacional público. Seu caráter supranacional faz com que os Estados que queiram consagrar a dignidade da pessoa humana em seu ordenamento jurídico fiquem vinculados a tal ideia, devendo respeitar os direitos humanos e agir conforme os preceitos de proteção e reconhecimento destes, que são direitos intrínsecos à natureza humana, vindo a reconhecê-los em seu direito interno e transcrevendo-os sob a denominação de direitos fundamentais. (SARLET, 2001, p. 37)

Após sua positivação, esses direitos ganham aplicabilidade interna no Estado, haja vista que a Constituição representa mais do que a expressão de um simples “ser”, representando um valor superior de um “dever ser”, pois nela se refletem as condições fáticas de sua vigência que é atrelada as condições da realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 14 - 15) Nessa linha, tem-se que o desenvolvimento e o bem-estar do ser humano deve ser a finalidade última a ser buscada pelas ações do Estado, ações estas que encontram como limite os direitos desse primeiro. Pode-se afirmar que

como fundamento básico de todas as máximas das ações se deve assentar que o sujeito dos fins, ou seja, o próprio ser racional nunca deve ser tratado como simples meio, mas sim como condição limitativa suprema no uso de todos os meios, o mesmo é dizer que deve ser tratado como fim. (KANT, 1964, p. 101)

Assim, considera-se a expressão “direitos humanos” como sendo aquela designada à proteção despendida a estes direitos no âmbito internacional, enquanto “direitos fundamentais”, como sendo a expressão designada para os direitos com dimensão estatal interna, que ao serem contemplados material e formalmente pelo direito positivo Constitucional possuem força normativa.

Nesse sentido, por ser o direito à saúde disposto como um direito fundamental social, nos termos do Art. 6º, CF/88, é que ele merece tomar o lugar que lhe é de direito como elemento de concretização da própria dignidade da pessoa humana, que nos termos do Art. 1º, III, CF/88, se reveste de valor informador de toda a ordem jurídica, fazendo com que a concretização dos direitos fundamentais seja imprescindível no Estado Democrático de Direito. (SARLET, 2001, p. 87)

Já os direitos sociais são os direitos concretizados através do Estado, e não direitos concretizados contra o Estado, sendo neste caso, exigidas certas prestações materiais positivas do Poder Público para sua promoção. Com isso, o Estado, através de leis, atos administrativos e pela promoção de serviços e políticas públicas, deve definir, executar e programar, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (KRELL, 2000, p. 26 - 27)

Tem-se então que os direitos fundamentais sociais elencados na Constituição Federal, por se tratarem de direitos fundamentais do homem, não envolvem apenas direitos negativos (abstenção do Estado na esfera privada) (GALDINO, 2005, p. 152), mas também, e principalmente, envolvem os direitos positivos ou prestacionais (atuações do Estado na prestação de serviços públicos). (SILVA, 2002, p. 286) Nas palavras de Bobbio, há a necessidade de se sair do campo ideal e das promessas para que se possa garantir a real efetivação dos direitos do homem, pois na medida em que estes aumentam, sua satisfação diminui. O autor expõe que

103

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contrastes entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. (BOBBIO, 1992, p. 63)

Saindo do campo das promessas, tem-se que ao se concretizar os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, se estaria realizando, como um todo, os pressupostos jusfundamentais pré-existentes. Assim o direito fundamental nasce da concretização das posições concebidas pelo direito jusfundamental, ao passo que, pela satisfação das diferentes posições individuais que norteiam os direitos fundamentais, estar-se-ia realizando um direito fundamental no plano concreto. (ALEXY, 1997, p. 241)

Simpático a este aspecto tratar dos “direitos subjetivos”, expressão esta que se mostra intimamente ligada com a concretização dos direitos fundamentais, pois o objeto do presente estudo é a compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como direitos

subjetivos do indivíduo. Assim, pode-se adiantar que os direitos subjetivos são compreendidos como espécies de situações jurídicas subjetivas. Salienta-se, entretanto, que o estudo dos direitos fundamentais pode ser reconduzido a essa distinção entre direito objetivo (enquanto norma) e direito subjetivo (enquanto situação fática). (GALDINO, 2005, p. 4 - 6)

Para Alexy, sempre que alguém possui um Direito Fundamental, existe uma norma que lhe outorga este direito, pois o autor afirma que quando não há normas de direito fundamental, ninguém pode alegar direito subjetivo, haja vista só existir norma de direito fundamental definida por norma de direito fundamental. (ALEXY, 1997, p. 47) Dessa forma ao se falar em direitos fundamentais no plano normativo, as normas de direitos fundamentais possuem uma hierarquia e força axiológica superiores, fazendo com que tais direitos sejam utilizados na atribuição de validade material das normas oriundas do sistema normativo, ou seja, uma norma só possui validade se estiver de pleno acordo com as normas de direitos fundamentais. (GALDINO, 2005, p. 8)

Assim sendo, uma norma não precisaria necessariamente reconhecer um direito subjetivo fundamental a pessoa de forma imediata para sua proteção, mas, reconhecendo de forma mediata um direito objetivo, quando este direito fosse aplicado, ter-se-ia o reconhecimento de um direito subjetivo “*prima facie*” ao indivíduo (FIGUEIREDO, 2007, p. 114). Dessa forma, quando a lei admitir uma proteção objetiva, ela deve reconhecer, de qualquer forma, um direito subjetivo ao indivíduo. (ALEXY, 1997, p. 480)

Sobre esse prisma, a Constituição Federal de 1988, logo em seu Art. 1º, inciso III, elenca a Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito. Sedimentando tal entendimento, pode-se dizer que “as diferentes espécies de direitos são facetas de uma mesma expressão que constitui a “dignidade do homem”” (BITENCOURT, 2013, p. 115). Mais adiante no texto constitucional, e mesmo sem prescrever um rol de direitos sociais, no Art. 6º da CF/88, abrindo o capítulo II (direitos sociais) do título II (dos direitos e garantias fundamentais) encontra-se a positivação de direitos como: saúde; educação; moradia; lazer e cultura. (BITENCOURT, 2013, p. 115) Desta forma, tem-se atribuído a dignidade da pessoa humana a função de elemento verificador da ordem Constitucional, conferindo-lhe unidade de sentido e legitimidade da Constituição. Unidade de sentido por operar como critério hermenêutico e elemento de integração, enquanto referencial axiológico na hierarquia jurídica. E elemento de legitimidade por tratar de

questões condizentes com a própria razão de ser do poder estatal. (FIGUEIREDO, 2007, p. 59)

Em razão disso, a dignidade da pessoa humana sendo qualificada como princípio, traduz a certeza de que o Art. 1º, inciso III, CF/88, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético moral, mas que constitui norma jurídica positiva e dotada em sua plenitude de status constitucional formal, material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. (SARLET, 2001, p. 70 - 71)

Com o reconhecimento constitucional de tal princípio, sua positivação além de nos informar o sentido, finalidade, objetivo e justificar o exercício do poder do Estado, cria a ideia de que é ele, o Estado, que existe em função da pessoa humana, e não o ser humano que deve existir em função do Estado, já que o ser humano constitui a finalidade, e não meio da atividade estatal, o que permite que se imponham limites às atividades e ao poder estatal. (LEAL, 2003, p. 3)

A dignidade compreendida como característica intrínseca e indissociável da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não podendo ser destacada, protegendo-o desta forma de eventuais abusos do Estado que, deve fornecer ao homem a completa proteção Constitucional agindo de forma ativa e promocional no que tange aos direitos fundamentais relacionados à saúde. (SARLET, 2001, p. 40)

No direito brasileiro, a incorporação constitucional dos direitos sociais foi, de certa forma, lenta, pois nenhum texto se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público até promulgação da Constituição Federal de 1988 (DALLARI, 1995, p. 23), que veio com o objetivo de assegurar uma posição igualitária à população para que todos tenham acesso a uma vida digna, cabendo ao Estado proporcionar o suporte para organização e realização dos direitos sociais, assim como é o caso do direito à saúde.

Vale ressaltar que o Art. 196, CF/88, dispõe que a saúde é (i) direito de todos (o que define seus titulares); e (ii) dever do Estado (o que indica o responsável por todas as suas prestações, sem prejuízo do disposto no Art. 199, CF/88, que torna a saúde livre à iniciativa privada). Contudo, ainda pode-se extrair deste dispositivo que a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, objetivando sempre à redução do risco de doenças e ao acesso igualitário e universal às ações e serviços de proteção, recuperação e promoção da saúde,

demonstrando assim, a forma como o direito à saúde deve ser garantido. (LIMA, 2008, p. 268)

Caracterizada como direito social fundamental pelo Art. 6º da CF/88, juntamente com o trabalho, a educação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados, o reconhecimento da saúde como direito fundamental lhe garante aplicação imediata, na forma do §1º, Art. 5º da Constituição Federal de 1988. (LIMA, 2008, p. 265)

Ressalta-se que o caput do Art. 5º da CF/88 assegura de forma expressa a inviolabilidade do direito à vida. Outrossim, do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, por corolário, o direito à saúde, caracterizado no Art. 6º como direito social fundamental, e inserido no Capítulo da Ordem Social com previsão central no Art. 196, CF/88. Salutar também ressaltar que, ao se falar em direitos sociais e indicar a saúde como um direito fundamental social, evidencia-se a obrigação do Estado em propiciar as condições mínimas de assistência à população. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 98)

A previsão do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 como sendo um direito de natureza fundamental, atribui a necessidade de que se faça alusão de que as normas garantidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme preceitua o §1º do Art. 5º, CF/88. (LIMA, 2008, p. 266) Sem dúvida, este avanço Constitucional pertinente ao direito à saúde está relacionado à proteção igualmente Constitucional da dignidade da pessoa humana, que se tornou o “fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser” (SARLET, 2005, p. 442).

Seguindo esta corrente, tem-se que o princípio da dignidade exerce dupla função, pois como integrante dos direitos fundamentais pode-se identificá-lo como núcleo essencial e também como importante elemento de proteção destes direitos contra medidas restritivas dos direitos fundamentais praticadas pelo Estado (SARLET, 2001, p. 119).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana estaria fundada no reconhecimento do social, ou seja, na valoração positiva de pretensões de respeito social. Em decorrência, por óbvio que, em sentido jurídico, a dignidade da pessoa humana não poderia ser definida com base num conteúdo ou qualidade, pois a dignidade representa uma categoria que pressupõem o próximo, neste aspecto, o bem sujeito à tutela jurídica deveria ser a solidariedade entre os

seres humanos, sendo inconcebível pensar a dignidade humana desvinculada de um conjunto concreto de reconhecimento e significado social.

Também é nesse sentido que a hermenêutica filosófica faz com que o intérprete, considerando sua condição de *ser-no-mundo*, considere os deveres de solidariedade, ligados ao social e à cidadania, como sendo sustentáculos dos direitos fundamentais sociais. (REIS; FONTANA, 2011, p. 114)

Percebe-se, assim, o elo existente entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se torna a chave para qualquer interpretação constitucional relacionada aos direitos fundamentais. O princípio da dignidade exerce dupla função, pois além de centro gravitacional para os direitos fundamentais, serve ainda de elemento a sua proteção. (ALVES; DEPRÁ, 2016, p. 166)

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor fundamental da ordem jurídica, a significar a última das garantias da pessoa humana contra atos do Estado, tornando-se conceito jurídico operativo para designar o que há de humanidade nos homens. (FIGUEIREDO, 2007, p. 50) Por pertencer a campo indissociável do direito à vida e aos demais direitos fundamentais e fundamentais sociais, o direito à saúde está amplamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é base da ordem jurídica Constitucional brasileira e, vindo a abraçar a saúde em seu sólido lastro de proteção, confere proteção contra os abusos de poder que possam ser direcionados contra ele, existindo entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana um conjunto de interesses, o que impediria o esvaziamento do direito e do princípio em tela. (FIGUEIREDO, 2007, p. 181)

Após esse parcial estudo acerca da vinculação do direito à saúde com a dignidade da pessoa humana, no item seguinte do presente estudo será realizada uma abordagem com relação a colisão de direitos fundamentais e a necessidade de ponderação de princípios para a sua concretização.

2 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

No presente item será realizada uma abordagem necessária sobre o Poder Judiciário e o seu papel como ator na concretização do direito fundamental social à saúde no Estado

Democrático de Direito quando pela jurisdição constitucional for provocado para a resolução dos conflitos. Nesse ínterim, ressalta-se que a jurisdição é uma das funções típicas do Estado, feita mediante a vontade do direito objetivo que regula o direito em questão.

A judicialização do direito à saúde, que se entende como a busca da população pela concretização de seu direito constitucional, está longe de ser a solução definitiva para o impasse. Contudo, pode-se alegar que a existência de um dever do Estado de maximizar as possibilidades de reconhecimento de um direito subjetivo do indivíduo, torna possível a exigibilidade imediata em juízo de prestações materiais ligadas à saúde. (FIGUEIREDO, 2007, p. 217)

Assim sendo, a judicialização do direito à saúde se apresenta como a melhor expressão para demonstrar a necessidade de se obter certas atitudes positivas do Estado através da jurisdição constitucional, quando este deixa de agir em cumprimento das políticas públicas que visam à proteção dos chamados direitos fundamentais.

Por esse motivo, a ideia de justiciabilidade do direito à saúde se projeta ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor do titular que busca esse direito, seja no sentido de defesa (respeito e não interferência), seja no sentido de exigir demandas por cuidados de caráter material (ação positiva do Estado). Tem-se então, a necessidade da investigação dos limites e das possibilidades dentro das quais o direito à saúde é exigível, entenda-se como eficaz e assegurado, mesmo que efetivado pela via jurisdicional contenciosa. (FIGUEIREDO, 2007, p. 103)

Assim é possível identificar dois fatores relativos a falta de efetividade dos direitos prestacionais, como no caso da saúde, um de natureza orçamentária, devido a falta de recursos e outro de caráter político, pela total falta de interesse na sua concretização, entretanto “a doutrina constitucional reconhece um número de direitos que devido sua fundamentabilidade à manutenção da vida humana não poderia sofrer restrições”. (BITENCOURT, 2008, p. 233) Com efeito, devido às políticas públicas ineficientes e a prestação inconsistente e insuficiente de serviços básicos pelo poder público, exsurge a necessidade do cidadão buscar a realização de seus direitos através do judiciário, visando à efetivação de seus direitos reconhecidos na Lei Fundamental, porém, não concretizados pelo Estado.

Neste liame, evidencia-se também a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, definida como “eficácia horizontal”, que, no entanto, não vincula os particulares no exercício de sua autonomia privada, cabendo ao

legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais e, podendo optar pela introdução dos direitos fundamentais na disciplina das relações entre particulares de modo mais preciso, ou então, decidir pela atribuição de um espaço de valoração mais amplo para o Judiciário, valendo-se neste caso de cláusulas gerais (SARMENTO, 2004 p. 259), haja vista a persecução da maximização dos direitos fundamentais e a horizontalização das relações sociais no acesso a tais direitos.

Comumente utilizada pelo poder público, a teoria da “reserva do possível” se mostra como um óbice para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, aduzindo que a efetivação dos direitos sociais estaria ligada a disponibilidade de recursos dos cofres públicos, já que estes necessitam de uma prestação positiva que em regra se apresenta como dispendiosa para o Estado. Em contraposição aos ditames desta teoria, ou pelo menos às restrições produzidas por ela, encaminha-se as pretensões deste estudo para a teoria do “mínimo existencial”, teoria esta que faz referência há um mínimo de condições indispensáveis para a vida do ser humano com o mínimo de dignidade.

A teoria da “reserva do possível” tem origem, sobretudo nas formulações de juristas alemães, contudo não se possa olvidar que esta teoria se desenvolveu fortemente na Europa com Canotilho e através da Constituição portuguesa de 1976. Proposta no início dos anos 1970 e depois acolhida pela jurisprudência constitucional daquele país, segundo Germano Schwartz, a reserva do possível é o exemplo clássico dos modismos que de tempos em tempos assolam a sociedade brasileira. (FIGUEIREDO, 2007, p. 131)

A expressão “reserva de caixas financeiras” para exprimir a ideia de que as prestações materiais aos direitos sociais estariam condicionados a reserva das capacidades financeiras do Estado, foi utilizada pela primeira vez pelo jurista Peter Häberle. (FIGUEIREDO, 2007, p. 130 - 132) Para Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, estaria dentro de uma “reserva do possível”, apontando a dependência da efetivação dos direitos sociais aos recursos públicos, estando, pois, o nível de sua concretização ou realização condicionado ao volume de recursos disponíveis para sua efetivação. (CANOTILHO, 1991, p. 131)

Entretanto, cabe afirmar que a reserva do possível, deve vigorar como um mandado de otimização dos direitos fundamentais sociais (antes de ser uma barreira à execução destes), impondo ao Estado o dever de promover, dentro do possível, as condições de efetivação do

direito à saúde da melhor forma e mantendo os índices já atingidos, configurando uma forma de proibição do retrocesso no que tange ao mínimo existencial. (SARLET, 2008, p. 38)

Contrário a essa ideia de reserva do possível, a “teoria do mínimo existencial” teria uma função limitativa da autonomia do Estado, vindo a impedir a diminuição das prestações mínimas dos serviços tidos como “sociais básicos”, criando assim, um direito subjetivo do cidadão contra o Poder Público nos casos em que este venha a suprimir ou restringir certas prestações materiais. O mínimo existencial seria, portanto, o limite de atuação da reserva do possível, à medida que esse mínimo “se contrapõe diante de eventuais objeções lançadas à eficácia jurídica e a eficácia social desses direitos” (ALVES; DEPRÁ, 2016, p. 164).

Nessa senda, pode-se dizer que entre as maiores dificuldades em se garantir o mínimo existencial é relacionada a limitação dos direitos sociais que compõem esse mesmo núcleo essencial, sendo que a limitação desses direitos deve ser equitativa a todos os cidadãos. Assim, é necessária a identificação de quais direitos fundamentais – sociais exigem prestações materiais do Estado para que seja garantida uma vida com dignidade. (BITENCOURT, 2008, p. 234) Pode-se afirmar que a noção de mínimo existencial importa na ideia da máxima redução aceitável do conjunto de posições decorrentes de um direito fundamental. Em suma, extrai-se da norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo básico, que é transformado em regra diretamente sindicável pelo judiciário: o mínimo existencial. (FIGUEIREDO, 2007, p. 190)

Portanto, quando surgirem situações tais em que as políticas públicas de promoção e prevenção à saúde ou sua ausência venham a criar restrições aos direitos fundamentais, reduzindo o “mínimo existencial”, surgirá a imperativa necessidade do cidadão de buscar auxílio do Poder Judiciário, que neste viés, terá suma importância para a efetivação destes direitos amplamente difundidos no ordenamento constitucional.

Fortalecendo a ideia de que ao Judiciário incumbe o poder de não só aplicar a lei, mas também de protegê-la e de fazer que esta tenha sentido e eficácia na sociedade brasileira, o Art. 5º, XXXV, da CF/88 assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). De certa forma é antiga a ideia de que se devem proibir as medidas excessivas na busca da concretização do Direito, levando-se em conta que a reação deve sempre ser proporcional à ação e, que os atos tomados pelos particulares ou pelo ente estatal devem ser adequados ao fim que este ato almeja. Tem-se que o direito busca sempre proibir os excessos, os abusos, buscando uma apreciação de balanço da decisão a ser

tomada. Em outras palavras, citando Walter Jallinek: “não se deve usar canhões para matar pardais”. (STUMM, 1995, p. 1)

A racionalização de soluções aos casos concretos quando do surgimento de conflitos entre direitos e princípios, resultou na elaboração do princípio da proporcionalidade, criando, através da ponderação de resultados, um método de desenvolvimento do Direito que, surgiu ligado à ideia de limitação do poder no século XVIII. Por ser um princípio jurídico, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No Brasil, apesar de não explícito, ele tem exigibilidade em decorrência da sua natureza fundamental. (STUMM, 1995, p. 113)

Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade tem estreita vinculação com a ideia da proibição do excesso, diferenciando-se, neste ponto, da proporcionalidade em sentido estrito com a exigência da análise da ponderação entre os meios utilizados e o fim que se busca. A proibição do excesso é aplicável ao controle legiferante, suscitando a adequação dos atos legislativos as normas e fins contidos no texto constitucional. Em outras palavras, a valoração que é dada pelo legislador deve tomar por base os valores que estão contidos na lei e, por isso, imprimem seu cunho ao direito. (STUMM, 1995, p. 79) Os princípios, haja vista sua natureza jurídica, contém comandos que visam à otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é decidir, de acordo com o mandado de ponderação, a relativização de um direito em relação à possibilidade jurídica.

Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente num caso concreto. Para que se possa chegar a uma decisão, é necessário que se faça uma ponderação entre os princípios opostos de acordo com a lei da ponderação. (ALEXY, 1997, p. 112) Desta forma, pode-se expressar a lei da ponderação da seguinte forma, “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação de outro”. (ALEXY, 1997, p. 161)

Assim sendo, note-se que, se através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (mandado de ponderação), é feito um balanceamento de possibilidades jurídicas frente ao caso concreto, no caso da proporcionalidade em sentido amplo exsurge a necessidade de adequação às possibilidades fáticas. Da mesma forma, a ponderação pode ser fundamentada

tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de direito, ou, ainda, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça. (ALEXY, 1997, p. 115)

A colisão entre princípios somente é possível devido ao caráter de princípio das normas de direitos humanos, resultando em direitos fundamentais restringidos e passíveis de restrição que, por sua vez, também têm sua restrição e restringibilidade restringidas. Daí serem os próprios direitos fundamentais “restrições a sua restrição e restringibilidade”, ou seja, o limite à restrição e restringibilidade de um direito fundamental é o resguardo do seu núcleo essencial. (STUMM, 1995, p. 139) Também é possível afirmar que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir.” (ALEXY, 1998) Valendo-se de tal afirmação tanto para colisões em sentido estrito como em sentido amplo.

Assim, para que o julgador decida entre o princípio ou o direito fundamental que se aplica ao caso concreto é necessário que se faça uma análise ao consagrado princípio da proporcionalidade, princípio este que embora não possua conteúdo material, como se pode ver a seguir, é impermeado de conteúdo operacional, sendo imprescindível para aplicação máxima dos demais princípios constitucionais.

Por esse motivo, e considerando que os direitos fundamentais são princípios materiais de natureza fundamental, a ideia de colisão entre os princípios é inerente, sendo necessária a ponderação de princípios como procedimento para otimização de outros princípios que possuam conteúdo material, haja vista que o princípio da proporcionalidade é consequência lógica da adoção de princípios materiais pela Constituição de 1988, pois somente por meio da ponderação que os princípios materiais ganham aplicação e operatividade. (GALDINO, 2005, p. 43)

Portanto, afirma-se que “não é possível se dizer que existe vida digna se não há, ao menos uma mínima proteção ao direito à saúde” (BITENCOURT, 2008, p. 238), sendo necessário ao cidadão recorrer a jurisdição constitucional quando sofrer limitações em seu direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, por sua vez, recorrer a ponderação de princípios como forma para a concretização do direito fundamental – social à saúde no Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, foi possível observar que os direitos fundamentais, enquanto positividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, possuem aplicabilidade e são exigíveis no direito interno do Estado que os positivou. Também foi possível perceber que cabe ao Estado proporcionar o suporte necessário para a realização dos direitos sociais, como o direito à saúde que, reconhecido na Constituição Federal de 1988 enquanto direito fundamental social, passa a contar com status de valor superior.

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio faz com que o Estado passe a existir em função da pessoa humana, devendo a pessoa ser considerada como seu fim e não como meio. Para isso são impostas limitações às atividades e ao poder estatal para que não haja restrição aos direitos fundamentais. Ademais, com o reconhecimento da proteção objetiva ao direito à saúde, passa-se também a reconhecer um direito subjetivo contra a sua violação.

Dessa forma, o direito à saúde, umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tido como base gravitacional da ordem constitucional brasileira, passa a contar com a necessária proteção contra as possíveis restrições que possam ser causadas pelo Estado, existindo entre o direito à saúde e o direito a vida um conjunto de interesses que impede o seu esvaziamento. Além disso, verificou-se a impossibilidade de existir vida digna sem saúde.

A dignidade compreendida como característica intrínseca e indissociável da pessoa humana constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacada, protegendo-o desta forma de eventuais restrições causadas pelo Estado, que deve agir de forma ativa e promocional no que tange ao direito fundamental à saúde. Assim, quando o Estado, por omissão ou ineficiência, restringir ou limitar o direito à saúde, o seu titular poderá se socorrer do Poder Judiciário para a concretização do seu direito.

Também, para que possa ser garantida a aplicação e operatividade dos princípios constitucionais de natureza material, em face da alegação da “reserva do possível”, e solucionar a colisão e o relativismo atribuído aos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, necessária a utilização do princípio da proporcionalidade e da ponderação para que seja possível garantir o mínimo existencial. Dessa forma, com a realização do balanceamento de possibilidades jurídicas frente o caso concreto, é possível fundamentar a ponderação em

princípios de direitos fundamentais, princípios do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça.

Então, para que o Poder Judiciário possa decidir entre o princípio ou o direito fundamental que se aplica ao caso concreto, é necessário que seja realizada uma análise sob o viés do princípio da proporcionalidade, que embora não possua conteúdo material, é impermeado de conteúdo operacional e imprescindível para aplicação máxima dos demais princípios constitucionais. Ademais, somente com uso da ponderação é que os princípios materiais ganham aplicação e operatividade.

Portanto, quando houver restrição ao direito fundamental social à saúde, ou então a negativa do Estado na sua concretização, a pessoa humana deve buscar a jurisdição constitucional para a concretização de seu direito subjetivo que, devido a sua intrínseca vinculação com a dignidade da pessoa humana, deve ser garantido pelo Poder Judiciário com o uso da ponderação de princípios para a concretização do direito à saúde no caso concreto.

114

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. In: *Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE)*. 7/12/1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALVES, Cássio Guilherme; DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz. A jurisdição constitucional e a concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. In: GORCZEWSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça*. Curitiba: Multideia, 2016.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed. 2013.

BITENCOURT, Caroline Muller; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. Direitos sociais prestacionais: mínimo existencial à preservação da dignidade da pessoa humana e o papel da jurisdição constitucional à sua efetividade no constitucionalismo contemporâneo. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne.

Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 16 out. 2016.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde.* São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje.* Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Fabris, 1991.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes.* São Paulo: Editora Nacional, 1964.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A constituição concretizada construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Ricardo Seibel de F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acessado em: 16 out. 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2003.

REIS, Jorge Renato dos. FONTANA, Eliane. Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Submissão: 24/07/2016
Aceito para Publicação: 24/10/2016



A (IN)APLICABILIDADE DA ANÁLISE DE EFICIÊNCIA PARA A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS

THE (IN)APPLICABILITY OF EFFICIENCY ANALYSIS FOR JUDICIAL MEDICINE DISTRIBUTION

Rebeca Borges Machado Azevedo Leitão*

Davi Augusto Santana de Lelis**

RESUMO: O presente trabalho critica a possível observância do parâmetro da eficiência trazido pela Análise Econômica do Direito para a reflexão sobre as prestações positivas do direito à saúde, realizadas pelo Estado brasileiro via demandas judiciais individuais. O estudo consiste em considerar as afirmações dos teóricos a respeito da constatação de que o poder judiciário estaria sendo responsável por uma distorção no sistema público de saúde estatal globalmente considerado, obstaculizando, assim, a concretização coletiva do direito à saúde, ao determinar prestações individuais não previstas no orçamento. Constatou-se que a análise da eficiência se mostra simplista para a afirmação de que o poder judiciário esteja sendo responsável por injustiças em nível macro, pois há diversos fatores sociais envolvidos na atual desordem e insuficiência de recursos do sistema de saúde brasileiro, que fogem aos conceitos econômico-matemáticos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Único de Saúde. Direitos Sociais. Reserva do Possível. Análise Econômica do Direito. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Efetivação do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro. 2 A Reserva do Possível e o Direito à Saúde. 3 A Análise Econômica do Direito (AED) e a Prestação Individual de Medicamentos. 3.1 Eficiência. 3.2 A Formalização (ou Matematização) da Economia. 3.3 A Inaplicabilidade da Análise Econômica. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This paper criticizes the use of the efficiency parameter brought by the Economic Analysis of Law in order to analyze the benefits granted on the right to health by the Brazilian government through individual lawsuits. The study considers the claim of theorists that the judiciary would be responsible for a distortion in the public system of health, therefore hindering the collective realization of the right to health, when it determines the payment of individual benefits that are not planned in the public budget. This study found the analysis of efficiency simplistic when it asserts that the judiciary is responsible for injustice at the macro level, because there are many social factors involved in the current disorder and failure of the Brazilian health system resources, factors that flee from economic and mathematical concepts.

KEYWORDS: Health System. Social Rights. Reserve for Contingencies. Economic Analysis of Law. Judicial Activism.

119

INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais correspondem aos preceitos internacionalmente conhecidos como liberdades e direitos humanos, mas que foram positivados dentro de um sistema jurídico nacional. São produto de contínuos processos históricos, culturais, de lutas sociais e transformações de poderes estruturais e políticos. O reconhecimento destes direitos foi um

* Mestranda do Programa Human Rights Policy and Practice pelas Universidades de Göteborg, Suécia; Deusto, Espanha; e Roehampton, Inglaterra. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Bolsista Erasmus Mundus.

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Extensão Rural no Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

movimento político e jurídico que ocorreu primordialmente na Europa e ex-colônias europeias. No entanto, mesmo após a positivação destes direitos, no último século, diversos fatos históricos de desrespeito ao ser humano, a exemplo das guerras e sistemas de segregação, se desenrolaram dentro da estrita legalidade. Tais fatos foram legitimados pelas maiorias políticas dos países violadores (SARMENTO, 2013), como resultado de uma concepção legicêntrica do Direito. Com vistas à superação de um modelo jurídico que permitia tal contradição, buscou-se desenvolver mecanismos para o respeito, proteção e efetivação destes direitos. Com o fenômeno da *constitucionalização do Direito*, as normas constitucionais lograram supremacia no sistema jurídico como consequência da centralidade do ser humano e da sua dignidade (BARCELLOS, 2011, p.127).

No Brasil, a supremacia material da Constituição de 1988 é também decorrente das particularidades do seu contexto histórico, como o desejo social pela redemocratização e pela instalação de um Estado de Direito em que os direitos fundamentais fossem assegurados, ainda que em desacordo com os interesses de governos momentaneamente instalados.

Para a estruturação da centralidade constitucional da ordem jurídica, há o rompimento de diversos paradigmas relacionados à teoria constitucional e nascem correntes jurídicas para viabilizar a hermenêutica necessária à concretização das novas normas. Neste contexto, a ascensão da importância política do poder judiciário é uma característica inegável e o debate acerca de *como* e *quem* deve ser responsável por concretizar as normas constitucionais é intenso.

Nesta conjuntura, analisa-se a efetividade dos direitos sociais, considerando suas duas facetas: a atividade do poder judiciário e as políticas públicas. Para tanto, elegeu-se o direito à saúde, pelos complexos debates que suscita e, especificamente, optou-se por investigar a prestação de medicamentos pelo Estado brasileiro, atualmente a maior demanda judicial observada no tema (HOFFMANN; BENTES, 2010, p. 391), e que apresenta uma suposta contraposição entre o bem-estar coletivo e o bem-estar individual. Em última análise, uma tensão entre a macro justiça, que seria a justa alocação de recursos públicos em prol do bem-estar coletivo; e a micro justiça, enquanto a justa efetivação dos direitos através da aplicação dos preceitos constitucionais e legais no âmbito judicial.

Em especial, o princípio da reserva do possível e proposições da análise econômica do Direito (AED), têm sido utilizados como guias para a solução da tensão entre a micro e a macro justiça. Assim, o presente trabalho busca contribuir para o debate da efetividade dos

direitos ao analisar de forma crítica e interdisciplinar em que medida as assertivas econômicas apresentadas através da reserva do possível e do princípio da eficiência tem contribuído para o desenvolvimento de soluções favoráveis à efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição brasileira. A questão que se pretende responder é: tomando-se uma perspectiva econômica do problema da justiciabilidade do direito à saúde, seria possível a aplicação do conceito de eficiência para a análise de macro justiça na distribuição de recursos públicos, como tem sido proposto por diversos autores? (CARVALHO, 2008 p.254).

Para tanto, este trabalho está dividido em cinco partes. A primeira é esta introdução, seguida de uma exposição do fenômeno da judicialização da saúde e do problema de pesquisa. Na terceira parte a teoria da reserva do possível é detalhada em suas facetas, dentre elas, o apelo à análise da eficiência. A quarta parte traz um debate interdisciplinar acerca do parâmetro da eficiência para as ações do Estado e apresenta a análise teórica para o problema de pesquisa. As conclusões são apresentadas em seguida.

1 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A Constituição da República de 1988, ineditamente, reconheceu¹ a saúde como direito fundamental e determinou ser dever do Estado sua promoção e proteção (BRASIL, 1988). Para efetivar o direito à saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), principal política pública nacional para a garantia deste direito. Sob os princípios da integralidade, igualdade e universalidade, todos os brasileiros e estrangeiros que se encontrem no país são beneficiários do sistema de saúde pública, independentemente de contribuições para tanto.

Estas conquistas se deram, em maior peso, pela constante articulação da sociedade civil militante pela saúde no país que, desde a constituinte, até os dias atuais, defende um sistema de saúde pública gratuito, universal e humanizado e alerta para os fatores políticos e privados contrários a tal interesse. A despeito das instáveis conjunturas políticas enfrentadas, os gastos na área da saúde mantiveram-se estáveis e houve continuidade e aperfeiçoamento no

¹ Sobre o movimento sanitário, “Justamente para (...) democratizar a saúde no Brasil, foi organizado um movimento social, composto por segmentos populares, estudantes, pesquisadores e profissionais de saúde, que propôs a Reforma Sanitária e a implantação do SUS. Instituições acadêmicas e sociedades científicas, como a Sociedade Brasileira para o progresso da Ciência, O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, entidades comunitárias, profissionais e sindicais, constituíram um movimento social na segunda metade da década de 1970, defendendo a democratização da saúde e a reestruturação do sistema de serviços” (PAIM, 2009, p. 26).

processo de implementação do SUS, ainda não finalizado. Compreende-se, assim, que as políticas em saúde brasileiras, desde 1988, são políticas de Estado e não de governo (PAIM, 2009, p. 77). Dentro da Política Nacional de Saúde, as políticas e programas de prestação de medicamentos formam uma complexa rede de atuação governamental, que possui listas federais, estaduais e municipais de itens farmacêuticos que devem estar disponíveis à população; há definição de competências de compra e distribuição, dentre outras atribuições.

Ao lado da estrutura pública de assistência farmacêutica no Brasil, ocorre um fenômeno que chama a atenção de juristas, economistas, políticos e gestores públicos: a *judicialização da saúde*. Após a promulgação da Constituição de 1988, o poder judiciário brasileiro tem sido constante e crescentemente provocado a decidir questões na área da saúde pública, seja por ações coletivas, seja por ações individuais. O judiciário tem sido chamado a definir o conteúdo do direito à saúde, e o dever do poder público diante deste direito.

Para entender o fenômeno, define-se os termos judicialização, justiciabilidade e ativismo judicial. *Judicialização* é a transferência para o judiciário do poder de decisão acerca de questões de ampla repercussão social, seja política ou moral, em detrimento dos espaços políticos tradicionais, quais sejam, os poderes executivo e legislativo. Este fenômeno se dá por razões diversas. No Brasil, a redemocratização fortaleceu o poder judiciário e a atuação do Ministério Público, promoveu a constitucionalização do Direito e o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p.03). Ressalta-se que o poder judiciário, especificamente o STF, ao conhecer das causas que a ele são submetidas, cumpre sua obrigação constitucional, prevista no desenho institucional fruto da evolução teórica do Estado e da democracia.

Ativismo judicial é a adoção de uma participação intensa do judiciário na concretização dos fins constitucionais e valores sociais, pela aplicação máxima da interpretação constitucional, sem inovação normativa. As três principais modalidades de ativismo são a aplicação direta da Constituição de 1988 a situações não expressamente contempladas no texto; a adoção de critérios menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidades e; a imposição de condutas comissivas e omissivas aos demais poderes, especialmente no campo das políticas públicas. A postura inversa é a autocontenção judicial, em que se reduz a interferência deste poder aos demais, e utiliza-se da interpretação constitucional apenas em casos de incidência expressa. Atualmente afirma-se que a postura do STF, e outros tribunais, é ativista. Um exemplo de ativismo judicial caracterizado pela

imposição de condutas aos poderes é o fornecimento de medicamentos e a determinação de demais prestações positivas em saúde mediante decisão judicial (BARROSO, 2009, p.03).

Por fim, *justiciabilidade* é à possibilidade de exigência, em juízo, da tutela de determinado direito. É a reclamação, no judiciário, pela concretização imediata do direito fundamental, portanto, conceito diretamente ligado à aplicação imediata da Constituição pelo poder judiciário (CUNHA, 2006, p.255).

Em análise das ações judiciais que pleiteiam demandas em saúde, tem-se que apenas 2% têm natureza coletiva. Das demandas individuais, que correspondem a 98% dos litígios em saúde, 85% são pedidos de pessoas físicas em face do Estado. Destas reivindicações para financiamento ou fornecimento pelo poder público, a maioria das demandas é por medicamentos², e em menor quantidade, por tratamentos. A grande maioria das ações são bem-sucedidas (HOFFMANN; BENTES, 2010, p.391-407). Diante da forte característica de demandas individuais, e não coletivas, pode-se afirmar que não há uma judicialização das políticas públicas em saúde, mas uma judicialização do direito à saúde, devido à quantidade de demandas nas quais os entes federativos são condenados, fato que redundará em uma *possível* interferência no planejamento orçamentário. Diante desta asserção, autores divergem sobre a sustentabilidade desta atuação do poder judiciário.

A saúde, de acordo com a Constituição de 1988, é direito de todos. Mas quem é o devedor deste direito? Há autores que negam o dever correlato ao direito à saúde, porquanto não se pode transportar para o direito público os institutos do direito privado, sem levar em consideração as especificidades que envolvem a relação indivíduo-Estado (GALDINO, 2002, p.150). Acrescenta-se, a esta proposição, a compreensão do direito fundamental à saúde como mandado de otimização, que, em última análise, leva à consequência lógica de que seu

² A demanda por medicamentos abrange itens de todas as classificações (componentes) da Política Nacional de Medicamentos; bem como itens extra-listas oficiais e também medicamentos em experimentação, não disponíveis no Brasil ou não avaliados pela ANVISA. A Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) é uma lista de referência, portanto não obrigatória, para orientar a oferta, prescrição e distribuição de medicamentos pelos gestores da saúde, conforme a particularidade territorial de cada estado-membro, região ou município. No intuito de alcançar a racionalização do uso de medicamentos, os itens da RENAME são selecionados por meio de critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade. Em 2005, Ministério da Saúde instituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME (COMARE). São realizadas revisões da lista, nas quais participam 20 membros, entre representantes de universidades brasileiras, entidades civis e científicas, além das três instâncias gestoras do SUS. A lista em vigor encontra-se na sétima edição - RENAME 2010 - e possui 343 fármacos, contidas em 574 apresentações farmacêuticas. Para além desta lista, os demais entes federativos podem criar listas complementares prevendo a prestação de outros medicamentos em seu território, com recursos do próprio ente (BRASIL, 2012).

cumprimento poderia ser negado temporariamente devido a impossibilidades materiais comprovados (TESSLER, 2001, p.80). O direito à saúde é, então, caracterizado como difuso, meta-individual, e os titulares são indeterminados e indetermináveis.

Com base neste raciocínio, também é negada a sua natureza de direito subjetivo, e considera-se que este direito social seria apenas passível de demanda dentro das políticas e prestações existentes. Assim, o conteúdo material do direito à saúde, conseqüentemente a sua violação, estaria condicionado às normas existentes de regulação desta assistência: O que está regulamentado deve ser cumprido, o que não está, não configura violação.

Outro direito subjetivo do cidadão seria o de regulamentação da norma do direito à saúde com fins a dar efetividade ao direito constitucional, tendo por devedor o poder legislativo. Assim, considerando a premissa de que o poder judiciário não dispõe de capacidade técnica para verificar as questões em saúde que lhe são impostas, tradicionalmente, defende-se que deve ser a concretização da norma constitucional deve ser de competência dos outros poderes, cabendo ao judiciário apenas fiscalizar a execução daquilo que está previsto em lei.

Por outro lado, há autores que defendem que a dimensão subjetiva do direito à saúde seria diretamente decorrente do preceito constitucional, independente e adicional ao cunho programático da norma (TESSLER, 2001, p.78). Segundo Cunha Jr. (2006), o raciocínio que nega o dever correlato a prestações positivas decorrentes do direito fundamental seria equivocado, pois a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Há um círculo virtuoso: a justiciabilidade dos direitos fundamentais, cobrança por parte dos cidadãos, fortalece a dimensão objetiva, de forma que os cidadãos passam a exercer mais os direitos fundamentais: “quanto mais se exige sua efetivação, mais o Estado se vê obrigado a efetivá-los, e quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos” (TESSLER, 2001, p.42).

Pelo exposto, o presente trabalho considera a defesa jurídica pela dimensão subjetiva, ao lado das outras manifestações da norma constitucional do direito à saúde, imprescindíveis à efetividade de direitos fundamentais e toma por premissa que o direito à saúde é dotado de justiciabilidade. Podendo, portanto, ser demandado em juízo como direito subjetivo público, ademais das demandas coletivas e de controle de constitucionalidade. Sem embargo, há que se considerar as críticas expostas pelos teóricos contrários a esta perspectiva. Afinal, esta é uma premissa que traz questionamentos: a defesa jurídica da justiciabilidade encontra

correspondência factual, ou apresenta-se como uma defesa irreal? Como efetivar a norma constitucional, considerando a sua demanda por recursos? Como ponderar o bem-estar coletivo e o bem-estar individual neste caso?

2 A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

A teoria da reserva do possível tem sido amplamente utilizada no Brasil, mas sua origem é pouco lembrada. Ela surgiu Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na década de 1970, no julgamento de um caso no qual era pleiteado o acesso ao ensino superior, com base na garantia de liberdade de escolha da profissão, ante ao limitado número de vagas existentes no estabelecimento público de ensino. O Tribunal formulou sua decisão sob o preceito de que a prestação positiva dos direitos sociais dependeria de: a) disponibilidade fática dos recursos para tal; b) disponibilidade jurídica; e c) razoabilidade da pretensão, em termos de o que o indivíduo pode exigir da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.201). A este conjunto de critérios deu-se o nome de *reserva do possível*.

No Brasil, o termo *reserva do possível*, tem sido utilizado acriticamente e indiscriminadamente para servir à alegação de ausência de recursos públicos para as prestações pretendidas pelos indivíduos frente ao Estado. A teoria tornou-se uma escusa para a omissão estatal em implementar políticas públicas que visem as garantias dos direitos fundamentais (SOARES JR., 2011, p.178). Ingo Wolfgang Sarlet considera necessários os critérios apresentados pelo Tribunal alemão: juntos, eles exigem uma perspectiva sistemática e constitucional, e podem servir como ferramentas para a garantia das prestações positivas dos direitos. Assim, seriam critérios para tornar a efetividade dos direitos possível, e não para obstaculizar a pretensão (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.202).

Para compreender a reserva do possível é preciso verificar dois importantes pontos: a inexistência de recursos no plano fático, a *reserva do possível fática*; e a impossibilidade de se destinar recursos orçamentários para certos gastos, devido à observação de um conjunto de preceitos constitucionais e legais, a *reserva do possível jurídica* (BARCELOS, 2008, p.262).

Contra a *reserva do possível fática* não há argumentos. Não havendo recursos disponíveis, as normas que preveem determinada prestação são irrealizáveis (BARCELOS, 2008, p.259), a reserva do possível é um entrave real e concreto para a efetividade das prestações positivas dos direitos sociais. Quanto a *reserva do possível jurídica*, pela própria

natureza do Estado de Direito, o poder público, dentre eles o poder legislativo, está subordinado em suas ações aos preceitos constitucionais que a elas se referem. Trazendo para o tema das finanças públicas, as disposições da Constituição de 1988 acerca das receitas públicas são relativamente detalhadas, e há uma ampla legislação que deve ser observada pelo poder público para validar a sua atuação financeira. Por seu turno, há despesas públicas, que têm por finalidade manter o Estado, possibilitar a realização dos fins deste e atingir seus objetivos. Os objetivos essenciais do Estado Brasileiro estão muito bem definidos na Constituição da República de 1988, e, assim como a aquisição de receitas deve ser constitucionalmente válida, também a definição das despesas o deve ser (BARCELOS, 2008).

A Constituição brasileira assegura a dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo são os direitos individuais e as condições materiais mínimas de existência (educação, saúde e renda – o mínimo existencial³), que permitem a participação do cidadão na vida social. Seguindo esta diretriz é possível estabelecer as prioridades para os gastos públicos.

Se há uma definição acerca dos fins essenciais do Estado brasileiro, e se os recursos são finitos, como assevera a teoria da reserva do possível, os recursos disponíveis deverão, prioritariamente, ser aplicados no atendimento daqueles fins essenciais, e não de outros fins, até que aqueles sejam realizados por completo. Só então os recursos remanescentes poderão ser aplicados de acordo com opções políticas (BARCELOS, 2011, p.132). Algumas decisões políticas já estão previamente definidas na Constituição, com o objetivo de limitar a atuação de uma maioria política temporária que esteja por vulnerar direitos fundamentais que não podem sofrer retrocesso (BARROSO, 2011, p.11).

Não há, no contexto atual de necessidades sociais do país, uma opção política que priorize fins não fundamentais, que seja constitucionalmente válida (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.280). Portanto, o planejamento financeiro estatal deve ser realizado de maneira a concretizar, em maior grau possível, os fins essenciais estabelecidos na Constituição. Observe-se que, no caso de pretensões a prestações positivas que possam ser caracterizadas como parte do mínimo existencial para uma pessoa, a alegação de que não há recursos orçamentários destinados ao suprimento de tal mínimo revela que houve inconstitucionalidade

³ A concepção do *mínimo existencial* foi estudada por Miguel Calmon Dantas, que considera o termo e a teoria como de caráter minimalista liberal. Em obra pioneira que traz o termo *máximo existencial*, pelo qual pretende-se a reestruturação da concepção do grau de condições existenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana e a ampliação da proteção aos direitos fundamentais. Neste trabalho, o uso do termo *mínimo existencial*, corresponde à ideia de *máximo existencial*. (DANTAS, 2011).

na alocação de recursos, em momento anterior de ação Estatal. Trata-se de uma escolha moral do Estado (LELIS; COSTA, 2016). A partir do momento em que não há o cumprimento legislativo das prioridades orçamentárias estabelecidas na Constituição, em termos de alocações de recursos para as prestações mínimas para a garantia da dignidade da pessoa humana, de acordo com as capacidades financeiras do Estado brasileiro, inconstitucional será negar a pretensão individual do sujeito que vier a juízo demandar este direito não cumprido⁴.

Há, no entanto, um questionamento dentro da reserva do possível jurídica que não pode ser ignorado. Pela especificidade dos pedidos nos pleitos, o poder judiciário não seria dotado de capacidade técnica médica para decidir a materialidade dos casos concretos. Por sua vez, é necessário refletir a respeito da *reserva do possível fática*, e as (in)capacidades financeiras do Estado brasileiro, para não se incorrer no erro de assumir a impossibilidade fática como premissa. A teoria da reserva do possível foi desenvolvida para utilização em um caso concreto, foi formulada sobre uma demanda específica, num país determinado. Não pode nem deve ser aplicada de forma acrítica no Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.285), que tem suas particularidades de conjuntura econômica, social, política, jurídica, histórica e cultural.

Um indicador sugestivo sobre a diferença dos contextos entre os dois países é a consabida desigualdade social que assola o Brasil, que está no 10º lugar no ranking internacional de concentração de renda, pelo último levantamento do Banco Mundial, possui o 75º IDH do mundo (ONU, 2015), enquanto ocupa a posição de 9ª maior PIB do mundo. A Alemanha, por sua vez, possui o 6º maior IDH do mundo, ocupando a posição de 4ª maior economia. A pergunta que, enfim, deve ser tratada e não superficialmente assumida como verdade, é: a reserva do possível fática existe no Brasil? Este trabalho não pretende responder a esta pergunta mas demonstra, nas próximas seções, que “impossibilidade fática” é um termo mais complexo do que parece sugerir.

Ainda subsiste o questionamento acerca da incapacidade do juiz de perceber as consequências de suas decisões no planejamento orçamentário. Especificamente quanto ao direito à saúde, a crítica se dá em torno da constatação de que aqueles que recebem as prestações, mediante o deferimento de suas demandas judiciais, estariam sendo privilegiados

⁴ O Ministro Celso de Mello: “Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL, 2004).

em detrimento de muitos que não tem acesso ao judiciário, seja pelo motivo que for.

O problema da reserva do possível fática consiste na investigação acerca de uma potencial contraposição entre micro justiça e macro justiça. A avaliação acerca de *micro justiça* se dá no âmbito do caso concreto: os aspectos jurídicos acerca da demanda individual são analisados pelo juiz, à parte de quaisquer considerações da ação do Estado como um todo. Por outro lado, a *macro justiça* funda-se na consideração acerca dos recursos limitados do Estado disponíveis para atender a demandas ilimitadas (BARCELOS, 2011, p.140), pois as necessidades sociais tendem ao infinito. O magistrado, pelo desenho institucional no qual está inserido, não adentra na questão dos recursos limitados, e realiza uma escolha trágica, que deveria ser tomada nos ambientes tradicionais de decisão da sociedade (BARROSO, 2008, p.02). Segundo esta ideia, o magistrado estaria sendo responsável por uma distorção no sistema público de saúde globalmente considerado.

Este trabalho buscou aprofundar a compreensão desta afirmativa. A assertiva final desenvolvida pelo raciocínio é demasiado importante (BARCELOS, 2011, p.140) para a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que, em última análise, ela expõe a possibilidade de estar o juiz, sob a pretensão de ser um ator positivo na efetivação dos direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde, estar sendo, na verdade, seu obstaculizador, ao impedir que as políticas em saúde sejam funcionais em âmbito coletivo.

128

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E A PRESTAÇÃO INDIVIDUAL DE MEDICAMENTOS

3.1 Eficiência

Para o aferimento de macro justiça, investiga-se a aplicação da análise econômica da atuação do judiciário, em todo o sistema brasileiro de prestações em saúde, de maneira a alcançar uma conclusão, mesmo que parcial, acerca da justiciabilidade do direito à saúde. Gestores protestam (BRASIL, 2009a) e juristas concordam (BARROSO, 2008, p.25), que as prestações pleiteadas *in concreto*, teriam o condão de interferir tão significativamente no sistema de saúde pública que não poderia ser demanda exigível da sociedade, sob pena de se estar proporcionando efeitos sociais indesejáveis, contrários ao próprio princípio constitucional do direito saúde (SOUZA NETO, 2010, p.529), estar-se ia, de fato, na

iminência de um colapso do sistema atual de políticas de saúde. Sobre a importância das considerações orgânicas do Estado, ensina Daniel Sarmiento que:

A garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do Judiciário (...). Por tais razões, me parece uma simplificação exagerada a afirmação de que, ao adjudicar demandas relacionadas aos direitos sociais, o Poder Judiciário não interfere na democracia, pois se limita a aplicar normas vigentes (SARMENTO, 2010, p.564).

Cumprir investigar as teorias que se propõem a conceituar o conteúdo do termo eficiência, pois a conceituação determina, basicamente, onde está o cerne da sua mensuração. Para tanto, são trazidos autores e estudos que trabalham com a eficiência pública, e não com a eficiência privada (SILVA, 2012, p.98). Em especial, a AED, tem se utilizado de substrato das ciências econômicas para afirmar que a prestação de medicamentos via ações individuais é ineficiente, e, portanto, negativa à concretização do direito à saúde (TIMM, 2008, p.55-67).

O conceito mais comum de eficiência é o trabalhado pela economia *mainstream*⁵, também pelos seguidores da AED, qual seja, a eficiência alocativa. Esta eficiência refere-se à escolha do conjunto de bens, “de forma a empregar, da melhor maneira, os recursos produtivos juntamente com aqueles processos necessários técnicos de produção que utilizem mais adequadamente os recursos que a sociedade tem em maior abundância” (VASCONCELOS, 2010, p.423)

A bibliografia econômico-jurídica que trata da eficiência estatal costuma trazer um paralelo entre eficiência, eficácia e efetividade. *Eficácia* determina se os resultados previstos foram alcançados, em qualidade de produtos e serviços, ou seja, aufere-se a qualidade dos objetivos concretizados. *Eficiência* refere-se à redução dos custos no cumprimento de normas, ou redução de insumos para produção de maiores resultados. Ela é então definida como o

⁵ O termo *mainstream* refere-se à teoria econômica majoritária, ou corrente principal da teoria econômica, consideradas todas as etapas de sua evolução histórica, e inclui diferentes nuances, como os clássicos, neoclássicos, a teoria keynesiana e seus desdobramentos. Esta corrente principal da economia passou por um processo denominado de matematização, que teria ocorrido a partir do final do século XIX, com o período neoclássico. A partir de então a corrente principal eivou-se de formalização, inclusive na abordagem macroeconômica. No período keynesiano, a formalização matemática foi intensificada, com a incorporação de ferramentas estatísticas (VASCONCELLOS, 2010, p.20). Sen (1999), entende a economia em duas grandes vertentes, a de engenharia e a da moral. Embora não exista um ramo puro, a economia *mainstream* é aqui identificada com a economia de engenharia, preocupada tão somente em resolver os problemas de ordem matemática. De outro lado, a economia da moral se importa, para além da mera matematização, com questões sociais.

balanço de custo-benefício entre os objetivos atingidos e os recursos utilizados para atingi-los, que precisam ter sido empregados de forma racional, ou seja, de forma coerente aos fins visados. *Efetividade*, “refere-se ao efeito da decisão pública, e sua utilidade é verificar se o programa responde adequadamente às demandas, aos apoios e às necessidades da comunidade” (GOMES, 2009, p.19). A efetividade assinala se o programa obteve êxito, e em que medida, através dos seus resultados, sem, no entanto, considerar seus custos.

Assim, “avaliar eficiência é saber como aconteceu; a eficácia, o que aconteceu; a efetividade, que diferença faz” (GOMES, 2009, p.19). Um exemplo para ilustrar as definições: Suponha-se que o objeto de análise seja a construção de uma escola. A eficácia será auferida pelo produto da ação: uma escola pronta. A eficiência será avaliada pelos gastos empreendidos em contraponto ao resultado da escola construída. A efetividade é o efeito da construção da escola sobre determinada comunidade (GOMES, 2009, p.20). Não obstante, uma ação governamental pode ter o seu objetivo intrinsecamente ligado à efetividade. Assim, se o objetivo traçado é aumentar o nível escolar da população-alvo, a construção da escola é apenas um meio e a eficiência no caso será determinada caso houver o aumento da escolaridade, que será o objetivo final, *versus* os custos empreendidos (GOMES, 2009, p.20). A avaliação da eficiência, então, é dependente da possibilidade de avaliação do objetivo final.

O entendimento se complementa com a defesa dos autores pela racionalidade⁶, ou uso racional dos recursos, como instrumento para se obter a eficiência. Neste sentido, a verificação da eficiência se limitaria à consideração dos recursos empregados e dos meios utilizados para a consecução dos fins, conforme a equação (GOMES, 2009, p.24):

$$\text{Eficiência} = \frac{\text{Objetivo}}{\text{Recursos}}$$

Resultando assim em maior eficiência quando o maior número de objetivos é alcançado com o menor dispêndio de recursos. Este também é um dos entendimentos da Análise Econômica do Direito para o setor público:

⁶ Critério do uso racional: “implica (...) o seguimento de uma sequência lógica, que poderia ser dissociada mentalmente e entendida como um processo composto das seguintes etapas: definição de objetivos; identificação da alternativas mais viáveis para o alcance desses objetivos; análise de cada alternativa segundo os modelos de causa e efeito e de custo benefício; escolha da alternativa que produza melhores consequências em termos de eficiência e eficácia; avaliação dos resultados alcançados” (GOMES, 2009, p.23).

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a *maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis*, tanto para o próprio Estado, *principalmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos* (ARAGÃO, 2006, p.01) [sem grifos no original].

Considerando a sua utilização para o campo dos direitos fundamentais sociais, surge a primeira problematização à teoria. Pondere-se o mesmo exemplo trazido acima, de que seria possível que figurasse como objetivo de uma ação pública a melhoria da educação de uma população-alvo. A partir da equação dada, como valorar o aumento da escolaridade *versus* os custos empreendidos? Seria este custo mensurado pelos custos econômicos empreendidos? Mas o objetivo não é um resultado econômico, e sim social. A equação não seria possível matematicamente. Neste mesmo sentido cabe o questionamento para a área da saúde. Como valorar o salvamento de uma vida, ou na melhoria da qualidade de saúde e vida de um indivíduo, pelos custos econômicos empreendidos?

Apesar da premissa de que o resultado mais eficiente é igual a maior número de objetivos alcançados, com o menor dispêndio de recursos, o autor mesmo problematiza, ao trazer a constatação de que aferir a eficiência na administração pública é extremamente complexo, pelo fato de existirem fatores que devem fazer parte da equação, na variável de dispêndio de recursos, que não são passíveis de mensuração econômica:

(...) por recursos, podemos entender o conjunto de insumos de proteção ou de prestação de serviços que abrange mão-de-obra, matéria-prima, material de consumo, insumos diversos (energia elétrica, telefone, etc.), tecnologia, tempo, informação, recursos de gestão, e, destacadamente na Administração Pública, recursos políticos. *Enquanto os primeiros itens podem ser designados e valorados economicamente com alguma facilidade, tempo, informação, recursos de gestão e recursos políticos complexificam sobremaneira qualquer tentativa de medir a eficiência* (GOMES, 2009, p.22). [Sem grifo no original]

O que se percebe é que está se considerando a dificuldade apenas em um aspecto da equação, na variável de custos, mas esta dificuldade também existe no outro aspecto, na variável de resultados. Se o que se tem como necessidade social são resultados sociais, cuja mensuração está no desenvolvimento social e dos sujeitos, como medi-los economicamente, ainda que fosse possível a consideração de valores econômicos para todas as outras variáveis da equação?

Consoante a esta problematização, tem-se o fato de que o modelo adotado no Brasil para a gestão pública é o da gestão de resultados (BRASIL, 2013b). Este modelo tem sido

recomendado contemporaneamente por focar exatamente na efetividade, no resultado que interessa ao cidadão e à sociedade. Este modelo de gestão também é utilizado para gerir políticas públicas, e traz para o conceito do *objetivo* de determinada ação, exatamente o resultado no âmbito social, no momento de construção dos programas e a determinação da forma de mensuração de seu sucesso ou insucesso. A equação da eficiência seria esta (GOMES, 2009, p.70):

$$\text{Eficiência} = \frac{\text{Resultados}}{\text{Recursos}}$$

Pela equação, não há como mensurar certos resultados em termos econômico-matemáticos, pois estes têm natureza extra econômica⁷. Esta valoração há que observar outros critérios, que não os monetários. De maneira específica, os defensores da observância da eficiência estatal em saúde, utilizando-se do raciocínio trazido pelo conceito de eficiência, trazem a seguinte observação: a prestação de um item – de elevado valor financeiro –, a um indivíduo é ineficiente enquanto há outros tantos necessitados, por vezes de medicamentos mais baratos, que deixam de receber a prestação coletiva para que aquele receba a prestação individual. Este desperdício seria injusto (TIMM, 2008). Assim, apesar de ocorrer a micro justiça no caso concreto demandado, ocorreria a macro injustiça em função do desperdício. Não obstante, não seria eticamente viável esta afirmação, ou cientificamente possível.

Este trabalho questiona a afirmação supra, pois existem outros fatores a serem considerados a título de macro justiça, quando se trata do direito à saúde da população. A título de exemplo, há o inegável fato de que valores têm sido gastos em setores não fundamentais⁸, há a percepção de que a conquista de direitos fundamentais implica em pressão social e política, que se dá inclusive via orçamentária (TESSLER, 2013, p.80); há profundas questões sobre a representatividade dos tradicionais espaços de deliberação (SANTOS, 2005, p.Xxxxiv); influência de interesses privados na definição de políticas

⁷ Os indicadores sociais, “uma medida, em geral, quantitativa dotada de conteúdo social abstrato, de interesse teórico (para pesquisa acadêmica) ou programático (para formulação de políticas públicas)” e têm propriedades como, por exemplo, a “sensibilidade – refere-se à capacidade do indicador de refletir as mudanças da dimensão social de interesse” (GOMES, 2009, p. 73), são úteis para operacionalizar o colhimento dos resultados, na medida em que traduzem os resultados em medidas apreensíveis. A questão da utilização de indicadores quantitativos para análises qualitativas será tratada com mais profundidade adiante.

⁸ A título de exemplo, em 2013, 4,5% das receitas da União foram destinadas à saúde, enquanto 42,5% foi destinado ao refinanciamento e pagamento de amortizações e juros das dívidas externa e interna. Valores próximos a esses são verificados dos últimos 03 anos. Para mais valores vide (ALVES, 2013, p.47-8).

tributárias⁹, dentre outros diversos fatores sociais e históricos que não cabem na redução da equação de eficiência. A ineficiência aqui não implicaria, necessariamente, em injustiça, porque a justiça social, neste caso, está para além dos indicadores que a eficiência pode tratar, nos termos em que se propõe. Eduardo Gomes, que se utiliza da *mainstream*, paradoxalmente adverte: qual a lógica possibilita definir a racionalidade do mecanismo?

(...) em nossa visão, é sempre necessário adjetivar o termo racionalidade para se referir, por exemplo, a uma racionalidade política, econômica ou social. Isso se torna importante uma vez que o conceito de racionalidade presente na maior parte dos estudos sobre Administração Pública *refere-se, a rigor, à “racionalidade econômica”, e sugere, intencionalmente ou não, que a política democrática introduz certa irracionalidade na Administração Pública* (GOMES, 2009, p.39). [Sem grifos no original]

3.2 A Formalização (ou Matematização) da Economia

A consideração acima trazida por Gomes (2009), converge para a crítica da corrente institucionalista¹⁰ da economia, contrária à *mainstream*, advertindo que os seguidores da *mainstream* presumem que a racionalidade econômica seria superior à racionalidade política (LOUREIRO; ABRUCIO, 2012, p. 618) e (LELIS; COSTA, 2016).

A teoria econômica *mainstream*, desenvolvida a partir do final do século XIX, em qualquer de suas nuances, distancia a economia da política (AVELÃS NUNES, 2011). Pela preconização da formalização matemática nos estudos econômicos, tem a pretensão de descobrir “leis naturais” e “conceitos lógicos”, negando o caráter social intrínseco à economia, e excluindo fatores históricos e sociais da análise (MILONAKIS, 2011, p.4). Moraes e Torrecillas criticam:

A ciência [econômica neoclássica] enxerga a sociedade como um mecanismo econômico, e nesse sentido, suas formulações em forma de conceitos gerais são deficitárias no fornecimento de instrumentos para o alcance da justiça econômica. [...]. Assim, ela privilegia uma visão pré-estabelecida de mundo, e negligencia uma

⁹ Para a realização da Copa do Mundo no Brasil, a Federação Internacional de Futebol exige a isenção total de impostos federais, estaduais e municipais para todas as atividades realizadas por ela e suas subsidiárias (como a Confederação Brasileira de Futebol). Apesar de não ser uma política brasileira apenas, alguns países rejeitam tal imposição, e os tributos por eles arrecadados chegam a dezenas de milhões de reais. (BRASIL, 2012).

¹⁰ Que em nada se refere aos institucionalistas do campo do Direito. As correntes contrárias à *mainstream* são consideradas alternativas, e sua abordagem é tida, pela própria *mainstream*, como heterogênea e dispersa. Dentre eles, destacam-se os marxistas e os institucionalistas. Ambos apresentam uma preocupação com a história e com a alta abstração da teoria econômica, bem como a ignorância quanto a fatores sociais e a realidade. Atualmente a corrente principal da teoria econômica tem passado por mudanças profundas, com relação à percepção das limitações da teoria, numa preocupação com o conteúdo empírico. (VASCONCELLOS, 2010, p.20)

possibilidade mais realista de observação. A teoria econômica predominante que é ensinada em praticamente todos os centros acadêmicos do mundo parte de situações hipotéticas de equilíbrio econômico. *Ela nega o seu papel de ciência social ao ignorar a complexidade dos processos sociais e reduzir sua metodologia de análise à construção de modelos ad hoc de comportamento do ser humano, dando preferência aos métodos matemáticos e se recusando a observar a realidade [...].* (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.3) [Sem grifos no original]

Luperi, em sua tese de doutorado em economia, sob o título “Três ensaios críticos sobre o processo de matematização recente da economia no Brasil e no mundo”, apresenta considerações detalhadas sobre este fenômeno da matematização. Há inconformismo dentro da ciência econômica entre aqueles que se utilizam e constroem a teoria ortodoxa, *mainstream*, e aqueles que não visualizam na teoria uma correspondência de seus modelos teóricos com a realidade social (LUPERI, 2012, p.55).

Uma vantagem trazida pela matematização da economia seria a possibilidade de alcançar maior rigor científico, decorrente de uma padronização de terminologias e métodos de análise conceituais para vários ramos das ciências, atingindo um grau de objetividade que apenas a matematização possibilitaria. Não obstante, são diversas as críticas ao fenômeno. A primeira seria a “questão dos pressupostos irrealis em economia” (LUPERI, 2012, p.61), constatação de que a formalização teria trazido consigo uma limitação da análise da realidade, visto que, para que a realidade se torne tratável por esta matematização, são escolhidos pressupostos que pinçam apenas alguns elementos da realidade, fazendo com que as teorias desenvolvidas com eles sejam incompletas, a um ponto não razoável. Esses pressupostos são chamados irrealis porque limitariam o desenvolvimento do conhecimento da ciência, mantendo as teorias a serviço de um mundo inexistente.

O segundo argumento contrário é o fato de que, a despeito de o formalismo matemático deixar a economia com certo rigor metodológico, os modelos não podem ser testados empiricamente, ou seja, “há um deslocamento do rigor baseado na correspondência com a realidade para outra forma de rigor baseada na lógica matemática” (LUPERI, 2012, p.66). Assim, o rigor científico tanto desejado cai por terra, pois cálculos matemáticos sobre uma realidade que se utilizaria deles, não podendo usá-los, por não corresponderem a esta realidade, não teriam razão de ser. Isto se dá exatamente em função da primeira crítica: os modelos que têm sido utilizados ignoram a correspondência com as características de comportamentos encontradas no mundo real:

Se a teoria econômica não pode fornecer uma base comportamental adequada, *a*

matemática não irá aumentar a confiança no uso do modelo com fins preditivos ou de política (...). Os modelos não necessitam ser matemáticos nem suas previsões quantitativas para serem úteis na prática política (LUPERI, 2012, p.66-67). [Sem grifos no original]

Questiona-se também até que ponto os problemas da economia são naturalmente quantitativos. Muitos são os que defendem que os problemas econômicos são naturalmente qualitativos, e o uso da matemática tal como vem sendo realizado limita a compreensão da realidade, ao invés de auxiliá-la. Ou seja, a partir da utilização de pressupostos irrealis, e métodos que não são verificáveis empiricamente, essa ciência social não tem apreendido a realidade, pois, a complexidade do mundo real deriva de fatores que não podem ser expressos pela redução matemática. Dentro deste contexto de limitações, a economia estaria então submetendo os assuntos a serem tratados em pesquisas na área àqueles que se adequam aos modelos existentes. Os estudiosos estariam adequando a realidade estudada aos modelos existentes, numa prevalência da técnica e da forma sobre o conteúdo, pela frequente tentativa de ajuste *ad hoc* da realidade aos pressupostos irrealis (LUPERI, 2012, p.60-61).

Numa outra perspectiva, há autores defensores da matematização, que consideram que a matemática seja uma linguagem, capaz de captar a realidade como qualquer outra língua, idioma, no mundo, porém com mais precisão. Esta concepção interessa especialmente a este trabalho porque uma das formas de cálculo da eficiência pretendido no setor público, como demonstrado, é a tradução de conceitos em variáveis matemáticas a serem calculadas. Não obstante, as críticas a esta ideia também são enfáticas.

Aqueles que a rejeitam afirmam que não há nenhuma correspondência entre a linguagem matemática e a literária, basicamente porque conceitos não são dotados de significado único¹¹ (LUPERI, 2012, p.71). Portanto, as fórmulas matemáticas são de difícil representação semântica, fato que distorce sobremaneira a realidade analisada.

Tentando superar esta limitação, economistas são forçados a adicionar muitas exceções à regra criada, “com intuito de salvar a função” (LUPERI, 2012, p.89). Criam-se questões com as variáveis que a tornam em mais variáveis, de modo que a fórmula se distancia do mundo real. Assim, tais medidas tornaram-se um caso de infinitas possibilidades lógicas que são (im)possíveis de serem mapeadas na realidade. Pode-se aceitar, por outro lado, que há

¹¹ Acredita-se, na verdade, que nenhuma palavra se prende a um único conceito. Este é o entendimento filosófico desde a virada linguística, em especial nos estudos de Wittgenstein (1999), para quem as palavras ganham significado de acordo com os jogos de linguagem e a gramática profunda utilizada pelos falantes.

variáveis que implicam em menos aspectos qualitativos, e nestes casos, a matematização se apresenta como possível para análise da realidade. Seria o caso das prestações de medicamentos um caso passível de simples matematização?

Devido aos aspectos expostos, é possível afirmar que a corrente *mainstream* desenvolveu preceitos que não conseguem lidar com a realidade social com mais cientificidade do que as ciências sociais em geral. O problema, da imprecisão em se traduzir os resultados sociais em indicadores mensuráveis matematicamente, tem sido enfaticamente exposto por correntes teóricas dentro da ciência econômica. A quantificação de qualitativos pode ocorrer; mas ela, por vezes, pode não ser recomendada para determinados problemas de pesquisa. A busca por uma suposta veracidade absoluta através dos números se mostra inútil, como restou apresentado pelo trabalho de Luperi (2012).

3.3 A Inaplicabilidade da Análise Econômica

É possível apreender que o caso da prestação de medicamentos pelo poder judiciário, para além das políticas públicas existentes, é um desses casos socialmente complexos em que os modelos matemáticos não conseguem apreender a realidade. No mundo ideal, a prestação de um medicamento em detrimento de outras prestações seria um desperdício, provavelmente passível de ser calculado pela equação matemática. Mas não se está num mundo ideal, e existem fatores determinando escolhas políticas, e outros fatores determinando exclusão social, ausência de qualidade de vida e saúde. Estes fatores não são captados pela equação da eficiência trazida acima. São conceitos não traduzíveis para a simbologia matemática. De modo que a utilização, neste caso, do raciocínio da eficiência para a mensuração de macro justiça é simplista e irreal. A macro justiça na saúde, neste momento histórico, e neste contexto social, está além de fatores econômico-financeiros.

De um modo geral o que se percebe é que, apesar das correntes *mainstream* na economia e da corrente doutrinária que se utiliza da análise econômica, no direito, se proporem a proporcionar uma teorização específica para o setor público, o que elas fazem é tão somente transportar para o setor público as afirmações econômicas desenvolvidas para o setor privado. De resto, a *mainstream* tem enfrentado questionamentos dentro da ciência econômica também para a análise dos fenômenos do setor privado, pela mesma ignorância acerca dos fatores sociais. Então, a AED, ao se utilizar desta escola, de forma acrítica também

preconiza a superioridade das ciências naturais (MILONAKIS, 2011, p.6-7), ao se dispor a defender a matematização dos fenômenos sociais e, por conseguinte, a AED, dentro de uma ciência social, esquizofrenicamente pode excluir dos seus estudos fatores sociais relevantes.

A crítica dos autores argentinos Torrecillas e Moraes converge para este mesmo aspecto. Eles afirmam que os economistas atuais e conseqüentemente os juristas que se utilizam destas teorias monetarista-matemáticas acabam por servir à manutenção do *status quo* social, que, no momento, traduz uma desigualdade social inaceitável (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.5). Assim, muitas teorias econômicas atuais estão, em seu trabalho teórico, servindo àqueles que detêm o poder econômico, por justificar políticas a eles favoráveis, fundamentadas nestas teorias. As teorias *mainstream* neoclássicas, então, legitimam a perpetuação da desigualdade. Os autores advertem:

A economia, quando migra para longe da realidade dos problemas sociais e se concentra na construção de pressupostos adequados aos seus modelos matemáticos, cria meios pseudo-empíricos *que podem não ser neutros*. Estes modelos, ainda que desrespeitando a vida real, sobrevivem por servirem para dar lastro a processos políticos e econômicos já em curso. O economista no jogo da política econômica é quem “faz o meio de campo entre os interesses dos financistas e dos políticos”, *pois através de seu conhecimento técnico, são produzidos os discursos que legitimam as ações políticas*. (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.4) [Sem grifos no original]

137

Há, por sua vez, estudiosos do Direito que enveredam por uma consideração mais equilibrada da relação entre este e a economia. Bruno Meyerhof Salama propõe duas premissas, a primeira delas é *a justiça não se submete à eficiência*. Após desenvolver considerações críticas ao primado da eficiência, tal como já foi exposto nos parágrafos acima, o autor conclui que não é possível afirmar que eficiência signifique justiça, e sustenta que a eficiência deve ser apenas um ponto a se levar em consideração no exame da justiça. A segunda premissa: o justo, no meio jurídico, se beneficia das discussões sobre as conseqüências das decisões jurídicas. A economia fornece ferramentas para se pensar as conseqüências. Enquanto a economia sempre se preocupa com as conseqüências, o Direito nem sempre o faz, apesar de se beneficiar delas para definição do justo, visto que o Estado de Bem-Estar Social e a Administração por resultados se preocupa com as conseqüências sociais do Direito e das ações estatais. Mas estas conseqüências o Direito, sozinho, dentro de si mesmo, não consegue desvendar. São necessários outros campos do saber para explicar fenômenos decorrentes de uma sociedade cada vez mais complexa (BRASIL, 2010).

Resta a pergunta: quando caberia as teorias econômicas para a complementariedade do conhecimento jurídico poderiam ser utilizadas? Há fatores na realidade que são matematicamente mensuráveis, e para estes fatores, a análise econômica matemática seria útil (LUPERI, 2012, p.74). Não obstante, há fatores sociais que não são mensuráveis matematicamente, e a ciência econômica, tal como tem se mostrado hoje, não seria interessante fonte de solução para as problemáticas. Talvez no futuro, com o surgimento de novos paradigmas econômicos, como resultado das críticas já existentes dentro daquele campo científico, paradigmas que atentem para fatores sociais, a economia se aproxime do direito com mais coerência. No momento, entretanto, verifica-se que a utilização desta área do conhecimento deve ser cautelosa por parte dos estudiosos da ciência do direito.

Portanto, a discussão sobre eventual eficiência/ineficiência, no campo do direito fundamental à saúde (e de qualquer outro direito fundamental), não deve subsistir como argumentação contrária ou restritiva à justiciabilidade do mesmo. Ponderando-se a preocupação com a atividade administrativa promotora do direito, deve-se buscar novos horizontes de solução para as limitações atuais do poder judiciário¹²; mas considerar o atual posicionamento e atuação do judiciário como obstáculo da concretização do direito à saúde, por interferir em macro justiça da conjuntura é, no mínimo, uma leitura simplista da realidade brasileira¹³.

138

¹² Como a criação de equipes técnicas de assessoramento ou uma vara da Saúde, como foi discutido no recente Fórum da Associação Paulista de Medicina: Judicialização da Saúde em agosto de 2013. As varas de saúde seriam “especializadas em processar e julgar ações judiciais que tenham como tema de fundo o direito à saúde são necessárias não apenas por uma questão humana, mas também em razão de organização judiciária. Na década de 1930, um dos maiores problemas do Brasil eram as fraudes eleitorais. A resposta do Estado veio com a criação da Justiça Eleitoral em 1932. Quando a violência doméstica atingiu níveis alarmantes e se tornou uma questão de política pública, foi aprovada a Lei 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, e criadas varas especializadas para o julgamento dos crimes cometidos por violência doméstica”. O conselheiro Ney Freitas concorda com a avaliação, mas atendeu ao pedido apenas em parte: “Varas especializadas ou semiespecializadas teriam algumas vantagens como a formação de câmara técnica de apoio, alinhamento com fóruns de saúde, captação de magistrados sobre o tema”, disse. A especialização, segundo ele, é apenas uma das alternativas para o problema. (...)” (HAIDAR, 2013).

¹³ Em 2016, o CNJ e o Ministério da Saúde começaram a se reunir para propor ações conjuntas que tentem diminuir a judicialização da saúde. Dentre as propostas estão a ampliação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs), que oferecem, ao judiciário, informações relevantes para a tomada de decisões. A ideia é que os NATs existam em todos os tribunais estaduais e regionais. Os magistrados teriam a liberdade de escolher se utilizariam, ou não, o parecer técnico (CNJ, 2016). Outra visão sobre a iniciativa pode ser a de se tentar criminalizar a prática dos pacientes cobrarem, na justiça, o seu direito à saúde, o que, definitivamente, não é o caminho. Quando várias ações por um medicamento começam a aparecer, o Governo, para evitar a compra individual e, portanto, por valor mais elevado, apressasse-se em incluir o remédio na lista dos obrigatórios, para que o remédio possa ser comprado em larga escala e preço reduzido. É o que aconteceu, por exemplo, com os medicamentos dispensados para AIDS e hepatite.

A utilização do conceito de eficiência, tal como tratado na economia atual, e proposto pela teoria da reserva do possível e pela AED para a análise da concretização dos direitos fundamentais, não é o melhor raciocínio para a solução da tensão entre a macro e a micro justiça, por apresentar uma cegueira que é intrínseca à matematização de fenômenos sociais, e não ser parâmetro plenamente aplicável ao conceito de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da constitucionalização do Direito, que se materializou no Brasil com a Constituição de 1988, traz consigo a possibilidade da concretização de direitos humanos recentemente reconhecidos, tarefa que não está apartada de dificuldades. Dentre os empecilhos, elegeu-se, dentro da conjuntura da efetividade dos direitos sociais, a atuação do poder judiciário brasileiro a respeito da concretização do direito à saúde, tendo por foco a maior demanda observada até então: a prestação de medicamentos pelo Estado. As discussões teóricas, práticas e populares são intensas e as proposições encontradas foram as seguintes.

A teoria da reserva do possível amplamente difundida no Direito brasileiro deve ser cuidadosamente trabalhada, sob risco de preconizar conceitos ideológicos sem correspondência com o texto constitucional. Do conceito de *reserva do possível*, é possível extrair duas subdivisões: a reserva do possível jurídica e a reserva do possível fática.

A *reserva do possível jurídica* mostrou-se incapaz de subsistir enquanto óbice à concretização dos direitos fundamentais pelo poder judiciário. As escolhas políticas têm se mostrado reiteradamente contrárias à concretização real destes direitos, alocando recursos prioritariamente para outras áreas não fundamentais. Desta forma, uma decisão judicial que implique na inobservância de um orçamento inconstitucional se revela legítima na preservação de um dos fundamentos do estado brasileiro que é a dignidade da pessoa humana, através da garantia dos direitos relacionados a este axioma. Não obstante, visualizou-se que dessa eficácia imediata decorrem duas questões operacionais que devem ser solucionadas.

A primeira diz respeito à existência de orçamento disponível. Apesar da afirmação, tratada no âmbito da *reserva do possível fática*, de que o poder judiciário estaria interferindo nas atividades administrativas, e sendo responsável por uma injustiça a nível macro na realização do direito à saúde, devido ao suposto desperdício que ocorre na alocação de recursos para um indivíduo em detrimento de muitos, observa-se que esta é uma visão

simplista da realidade brasileira.

Considerando o conceito de eficiência alocativa, foi possível constatar que ele é insuficiente para a discussão sobre a macro justiça neste tema, uma vez que ignora fatores sociais como a alocação de recursos para setores não fundamentais; interferências de interesses privados na definição de políticas, dentre elas, as tributárias; problemas de representatividade nas instâncias de deliberação, dentre outros, que operam significativamente para a ocorrência da injustiça a nível macro. Responsabilizar o poder judiciário pela inoperância das políticas de saúde é apenas mais uma forma de se negar a concretização de um direito por demais preterido. Prescinde-se do direito à saúde nas instâncias políticas federais e estaduais, e quando a necessidade social ignorada chega ao poder judiciário, a título de clara exposição da negligência estatal, a reserva do possível aparece como novo discurso apaziguador dos ânimos, na frequente alegação da ausência de recursos. Ora, os recursos existem, apenas não estão empregados onde deveriam estar. A ausência de recursos para a saúde não é uma fatalidade. São escolhas políticas, realizadas reiteradamente, em detrimento deste direito, que ocasionam a atual conjuntura negativa que se encontra o sistema de saúde pública brasileiro. O Brasil não dispõe de recursos escassos, mas de recursos finitos, escassas são as destinações, determinadas em âmbito político, à saúde, direito humano fundamental imprescindível para a garantia do direito à vida.

Devido a estas escolhas políticas superiores, todos os envolvidos na relação da justiciabilidade tem sido responsabilizado por um problema ao qual não deram causa. O magistrado, o gestor público, o demandante da prestação individual. O magistrado atua plenamente dentro do desenho institucional ao qual pertence, na busca pela máxima eficácia do direito à saúde. O gestor público da saúde, em especial o municipal, se desdobra para melhor atender à população com os recursos, estes sim, escassos, que lhe são destinados para a assistência a este direito. A municipalização da saúde trouxe a possibilidade de melhor gestão das necessidades locais, mas não implicou em aumento de recursos ou capacitação - em todas as áreas - dos municípios. Desta forma, o poder municipal efetivamente atua com um orçamento pequeno, enquanto grandes volumes financeiros são destinados, como já salientado, a atividades não essenciais. O demandante da prestação, por sua vez, tem uma necessidade, a qual o Estado se comprometeu a suprir, quando escolheu, na sua Constituição, implementar o sistema de saúde com as características de seguridade social. Não é um sistema residual, mas carrega para si a principal responsabilidade com o atendimento à saúde da

população, e esta responsabilidade se alarga quando é considerado o nível de desigualdade existente hoje no país. Quando o Estado não cumpre este compromisso, devido a discricioniedades políticas momentâneas, as demandas judiciais aparecem, e não há nada mais legítimo.

Constatou-se que a *reserva do possível fática* se mostra falaciosa no país com a 9ª maior economia mundial, sendo necessário que os recursos existentes e disponíveis sejam destinados prioritariamente à concretização dos direitos humanos consagrados na Constituição.

A segunda questão operacional a ser enfrentada acerca da imediata eficácia do direito à saúde, é a capacidade do juiz de decidir casos concretos. A justiciabilidade é uma premissa, mas a tutela do direito à saúde deve ser corretamente apreciada, ou não haveria razão para o processo judicial. Como em qualquer outra área jurídica, nem todas as demandas são passíveis de deferimento. Não pela ausência de recursos orçamentários, mas pela ausência de justiça no caso concreto. Como qualquer outra área do Direito que demande conhecimento não jurídico (tome-se por exemplos, a falência ou o direito ambiental), é necessário que haja um assessoramento ao magistrado para que decida de maneira lúcida. Assim também é para o direito à saúde. É urgente o aparelhamento estatal para apreciação das demandas em saúde, não só em medicamentos, para que a atuação jurisdicional não seja lugar de decisões inadequadas, por vezes esdrúxulas, e ineficazes, como se tem relatado.

Apesar desta falha a ser superada, as demandas judiciais mostram-se como um dos possíveis meios de expressão de setores não ouvidos da sociedade, e representam uma forma de pressão política para a iniciativa pública em setores sociais negligenciados. Como é notório, assim ocorreu com as demandas judiciais de vagas em leitos disponíveis em Unidades de Tratamento Intensivo, que resultaram em aumento da quantidade de leitos disponíveis por todo o país, e com as demandas para medicamentos e tratamentos para a AIDS, que, lado a lado com as outras manifestações políticas provenientes de movimentos sociais, teve por consequência a implementação do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS, considerado exemplo mundial.

Conclui-se que o direito à saúde é justiciável frente ao Estado, devendo ser tutelado na maior escala possível, dentro dos critérios de justiça que são necessários em qualquer ramo jurídico, de forma a conferir maior eficácia a este direito imprescindível à valorização da vida. No contexto contemporâneo de compreensão da democracia, as demandas judiciais, no caso

do direito à saúde, se mostram como mais uma frente de pressão social e política com fins a concretização deste direito humano na peculiar conjuntura da realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elen Fagundes. *Tudo para todos? A integralidade e a universalidade da saúde pública no Brasil*. Monografia de conclusão de curso. Orientador: Prof. Davi Augusto Santana de Lelis. Viçosa, MG: Universalidade Federal de Viçosa, 2013.

AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*. V. 16, n. 2, p. 409-476. Fortaleza, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª edição, Editora Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/o-principio-da-eficiencia>> Acesso em 23 Fevereiro 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n 15, jan/fev/mar 2007. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em julho de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 21, jan/dez 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2a. Edição amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba-MG: V.11, n. 15, p.13-38. Novembro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo judicial e

legitimidade democrática. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abril/junho 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública da Saúde – Principal*. Sítio do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em agosto de 2013a.

BRASIL. *SEMINÁRIO DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2010. Exposição de Bruno Meyerhof Salama. Tema: Direito e eficiência. Youtube. Audiovisual disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=c2AaEOqPFfY>>. Acesso em maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. Sítio do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28%28CELSO+DE+MELLO%29%29%29ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%29ENPRO%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%29EDMS%2E%29%28%40JULG+3D+20040429%29%28%40JULG+3D+20040429%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/czxb4nj>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. Audiência Pública sobre a Saúde, realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública da Saúde – Principal. Sítio do STF. 2009^a. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em agosto de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal da Saúde*. Disponível em <www.saude.gov.br>. Acesso em 06 de junho de 2012.

BRASIL. Governo Federal regulamenta isenção para empresas ligadas à Copa do Mundo. *Jogos Limpos*. 2012. Disponível em <<http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/governo-federal-regulamenta-isencao-para-empresas-ligadas-copa-mundo/>>. Acesso em agosto de 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Plano Plurianual 2012-2015. *Sítio da Secretaria de*

Planejamento do Governo Federal. 2013b. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=155&sub=175&sec=10##ppaAtual>>. Acesso em agosto de 2013.

CARVALHO, Leonardo Arquimino et al. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 01, n. 01. vol. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado, 01 jul/dez 2008.

CNJ. *Forum da Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude>. Acesso em 26 de julho de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível in* CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) *Direitos Constitucionais: Leituras Complementares*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. [Tese Doutorado]. Salvador: Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2011.

144

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. São Paulo: EAESP/Fundação Getúlio Vargas, 2009.

Haidar, Rodrigo. CNJ dá um passo para criar varas de direito à saúde. 28 de maio de 2013. *ConJur*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-28/cnj-passo-criar-varas-especializadas-direito-saude>> Acesso em 12 janeiro, 2014.

HOFFMANN, Florian F. e BENTES, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In SARMENTO, Daniel SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LELIS, Davi Augusto Santana de; COSTA, Lorena Vieira. Julgamento moral, economia e políticas públicas. *Revista de Presidência*. V. 18, n. 114. 2016.

LOUREIRO, Maria Rita e ABRUCIO, Fernando Luiz. Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo. *Revista de Economia Política*, vol. 32, n. 4 (129), p. 615-633, outubro-dezembro/2012.

LUPERI, Maurício Martinelli Silva. *Três ensaios críticos sobre o processo de matematização recente a economia no Brasil e no mundo*. 2012. Orientador: Luiz Carlos Bresser Pereira. [Tese doutorado]. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas.

MILONAKIS, Dimitris. Crise econômica, a Crise da Economia e o Futuro da Economia Política. *Revista Argumentum*, Vitória, Universidade Federal do Espírito Santo, v. 02, n. 02, 2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/argumentum>> Acesso em 05 de julho de 2013.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de; TORRECILLAS, Geraldo Leopoldo da Silva. Por uma nova economia política – notas críticas à teoria neoclássica, ao direito econômico e à política econômica. Uma contribuição epistemológica para os preceitos de administração pública no contexto da globalização contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*. Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 227-240, jan./mar. 2013. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60761>> Acesso em junho de 2013.

145

ONU. Organizações das Nações Unidas. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. 2015

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. [Livro eletrônico] Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

SANTOS, Boaventura *et al*, *Introduction: Opening up the Canon of Democracy in* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*. Londres: Verso, 2005. Disponível em <<http://www.boaventuradesousasantos.pt>>. Acesso em agosto de 2013.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos in* SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coordenadores), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*. 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: possibilidades e riscos. *Daniel Sarmento*. Disponível em <www.danielsarmento.com.br>. Acesso em 26 de junho de 2013.



SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 01, n. 01, Escola da Defensoria Pública do Estado, pp. 180-234, jul/dez 2008.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

SILVA, Ambrozina de Abreu Pereira *et alii*. Eficiência na Alocação de Recursos Públicos destinados à Educação, Saúde e Habitação em Municípios Mineiros. *Revista Contabilidade, Gestão e Governança*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 96-114, jan/abr 2012.

SOARES JR., Jair. A obrigação estatal de prestação do 'tratamento adequado' eu caráter principiológico do direito à saúde. *Revista Direito e Liberdade*, Brasília, v. 13, n. 02, jul/dez 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*, In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira (Coordenadores), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris editora: Rio de Janeiro, 2010.

146

TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: a Saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. *In Rev. TRF 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-67, 2008.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. *Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos*. 4. ed. 8. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

Submissão: 26/07/2016

Aceito para Publicação: 17/02/2017



O ASSÉDIO MORAL AO IDOSO PELO DESRESPEITO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO DE ENVELHECER COM DIGNIDADE: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

*THE MORAL HARASSMENT THE ELDERLY BY THE INFRINGEMENT PERSONALITY
RIGHTS WITH DIGNITY: AN AFFRONT TO PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY*

Lucas Yuzo Abe Tanaka*

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão**

RESUMO: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o que fundamenta a Constituição Federal de 1988, pelo que as demais normas e princípios devem retirar o seu fundamento. Consagrou que é dever do Estado, da família e da sociedade em auxiliar os idosos para o seu pleno desenvolvimento de sua dignidade, garantindo-se assim o direito à vida e o respeito ao seu direito personalíssimo. O abandono ao idoso pela família, pelo Estado e pela sociedade, pode configura-se não apenas como um assédio moral, mas também um desrespeito ao Princípio da Dignidade Humana, e ainda ao seu direito personalíssimo de envelhecer. Assim, o presente trabalho sustenta a relevância do Estado, da sociedade e da família no papel de abrigar a dignidade da pessoa humana deste indivíduo. Para tanto, no trabalho científico, foi empregado o método teórico que versa na pesquisa de obras e artigos circulares específicos que tratam sobre o tema. Ademais analisa a situação dos idosos frente ao abandono, o assédio moral como uma violação à dignidade humana dos idosos.

ABSTRACT: The principle of Human Dignity is the foundation of the Federal Constitution of 1988, so, any other norms and principles should draw from its foundation. It established to the state, family and society the duty of helping the elderly to the full development of their dignity, thus guaranteeing the right to life and respect for their personal right. The abandonment of the elderly by his family, the state and society, is set up not only as moral harassment, but also a disregard for the principle of human dignity, and even to the personal right to grow old. Thus, this study supports the role of harboring the human dignity of the individual by the state, the society and the family. Therefore, in this scientific work, we used the theoretical method which deals in the works of research and specific circular articles that deal with the subject. Furthermore the situation of the elderly against abandonment and moral harassment is analyzed as a violation of human dignity of the elderly.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Envelhecer. Direitos da Personalidade. Dignidade Humana.

KEYWORDS: Moral Harassment. Aging. Personality Rights. Human Dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os Direitos da Personalidade. 2 Da Dignidade Humana. 3 A Tutela Jurídica dos Idosos. 4 O Envelhecimento e os Direitos da Personalidade. 5 O Assédio Moral ao Idoso causando Dor e Constrangimento, pelo Desrespeito ao Direito Personalíssimo de Envelhecer com Dignidade. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O número de pessoas idosas tem crescido consideravelmente, não somente no Brasil, e as dificuldades que estas enfrentam em seu Direito personalíssimo de viver com dignidade, as tornam vulneráveis, sentindo-se envelhecer como folhas amarelecidas que são pisoteadas e lançadas ao vento. As mãos trêmulas cansadas, e os olhos turvos já não enxergam, e no peito

* Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar), Paraná. Professor do curso de Direito do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar), Paraná.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar), Paraná.

a dor, um grito sufocado pela indiferença da família, da sociedade e do Estado. Eis o assédio moral.

O assédio moral faz com que o idoso sinta-se abandonado e frágil. Nada mais lhe resta. O desprezo ao idoso por parte da família é o gotejar de dor que lhe retira o desejo de viver. A indiferença da sociedade e do Estado leva o idoso a sentir-se improdutivo e impotente. A axiologia explica a ausência de valores morais e sociais, onde não se valoriza a experiência de vida. Envelhecer é sentir a vida escoar lentamente, e já mortos pela ausência de dignidade, esperam pela morte.

A realidade social tem se revestido de nova roupagem. A ciência contribuiu e as pessoas passaram a viver mais tempo. E, a longevidade tem um peso social e econômico crescente e preocupante para o Estado. Envelhecer com saúde e com respeito, e principalmente com dignidade é o mínimo que se espera do Estado.

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento o princípio da Dignidade Humana e o Estatuto do Idoso consagrou o direito de envelhecer como um Direito personalíssimo. Porém, nem sempre tal Direito é respeitado. Os idosos enfrentam o desrespeito à sua dignidade, e, apesar de fazerem parte da história e de tê-la construído com amor e dedicação, muitas vezes são esquecidos e desamparados, não apenas por seus familiares, mas pela sociedade e pelo Estado.

O presente artigo tem como mister fazer uma análise do Direito de envelhecer com dignidade, diante do aumento de pessoas longevas, da falta de estrutura do Estado e, da indiferença emocional com que as famílias tem tratado os seus idosos.

E questiona-se: é possível pensar em assédio moral aos longevos pelos membros da família, que deveriam proporcionar aos mesmos um convívio caloroso regado pelo afeto e pelo respeito? É possível pensar em assédio moral aos idosos por parte do Estado ao não valorizá-los pelas experiências ao longo da vida e não protegê-los com ações públicas que lhes garanta uma vida digna?

Tais problematizações serão enfrentadas com a análise do direito da personalidade do idoso, do direito à dignidade humana como pessoa humana, da Constituição Federal e do Estatuto do idoso. Além das normas faz-se também preciso analisar a vulnerabilidade do idoso no que se refere ao físico, psíquico e emocional.

Os idosos têm a seu favor, além do Princípio constitucional de proteção à dignidade humana, a garantia de seus direitos pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de

2003.). Tanto a Constituição Federal como as leis infraconstitucionais protegem a vulnerabilidade dos idosos, razão pela qual necessitam de especial proteção, tanto do Estado como da sociedade, e ainda, como dever da família, o amparo aos idosos.

Cabe ao Estado, a sociedade, aos cidadãos, e principalmente a família efetivarem os direitos ao idoso, a fim de assegurar o seu Direito personalíssimo de vida digna, para que assim, o mesmo possa atingir sua felicidade, e isso só é possível se os laços afetivos, seus valores, suas necessidades e dificuldades, estiverem sendo respeitados. Assim, o objetivo deste artigo é discorrer sobre o direito de envelhecer de forma digna, para a proteção dos direitos da personalidade e da dignidade humana do idoso, buscando entender o mundo da longevidade, e as necessidades para uma vida plena.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para analisar os direitos da personalidade, faz-se necessário verificar a noção de pessoa, tendo em vista que para, necessita primeiramente responder o que é homem, e, homem é pessoa, e afirma-se que a noção de pessoa é uma criação da teologia cristã, pelo que o conceito “persona” alterou-se substancialmente e passou a designar uma realidade substantiva; passou a ser uma verdadeira categoria ontológica, assim afirma-se que a noção de pessoa é uma criação da teologia cristã (GONÇALVES, 2008, p. 19).

Para que se faça um conceito de pessoa, são necessárias as seguintes características:

- a) que o gênero presente na definição corresponda à categoria de ente, tal como aqui a consideramos;
- b) que as diferenças específicas que integram o conceito manifestem estas três notas: a particular intensidade do acto de ser, fundamento da ipseidade; a respectividade ôntica ou abertura relacional constitutiva; e a dimensão tridimensional, criadora da própria unidade ontológica (COSTA, 2008, p. 63).

Ademais, Dray (2006, p. 05), considera que

A ideia de pessoa não está necessariamente, quanto à sua origem, associada aos propósitos da sua tutela. Como sublinha Menezes Cordeiro, a idéia de pessoa impôs-se, no Direito, como instrumento técnico para assegurar a organização econômica e social, tornando operacional a figura de troca e, por essa via, do contrato e da propriedade.

O conceito de pessoa (COSTA, 2008, p. 64) “é aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu acto de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva”, pelo que fica compreendido que a pessoa tem autonomia quanto ao ser, tem autoconsciência, comunicação e autotranscende.

Conceituar personalidade torna-se difícil, ao se analisar que alguns autores tratam-na como análoga o conceito de pessoa e personalidade. No entanto, para Diogo Gonçalves Costa há uma diferença entre pessoa e personalidade, esta cuida de qualidades do ente que determinam o modo de ser da pessoa, podendo ser naturais ou adquiridas, correspondendo, ainda, a categoria das relações: “a pessoa é constitutivamente relacional” (COSTA, 2008, p. 64), sendo que ao exprimir o melhor conceito sobre personalidade, o mesmo autor (COSTA, 2008, p. 68) afirma que “é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”.

A construção da teoria do direito da personalidade

se confunde com a construção relativa dos direitos fundamentais, mas adquire força a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos, o que coloca o ser humano como centro referencial dos ordenamentos jurídicos. (...) a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana (CANTALI. 2009. p. 61).

151

Ademais, é no pensamento filosófico dos gregos, que se encontram contribuições para a teoria dos direitos da personalidade, sendo que tanto no pensamento grego clássico e pós-clássico, o homem foi considerado como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando novo sentido a capacidade jurídica de todo homem e dos seus inerentes direitos da personalidade (DE SOUZA, 1995, p. 46 e 47).

O direito da personalidade para De Plácido e Silva vem “do latim ‘personalitas’, de persona (pessoa), propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um individuo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro” (DE PLÁCIDO E SILVA, p. 1035).

Direitos da personalidade são os direitos dedicados a proteger a dignidade da pessoa humana, preservando, principalmente de ataques de outros indivíduos (GOMES, 2000, p. 63).. E podem ser aqueles direitos inerentes à pessoa humana, tais como a vida, a honra e a liberdade, dentre outros, ou seja, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa

humana, e destina-se, precipuamente a proteger principalmente a dignidade da pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 71).

De Cupis (2004, p. 24) quanto ao direito da personalidade, considera como sendo apenas um mínimo necessário, ao dizer:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Entende-se como direitos da personalidade aqueles valores pessoais do ser humano, como uma pessoa individualizada na sociedade, pelo que, a partir destes direitos a pessoa humana é resguardada em todos os seus aspectos individuais e em seus valores perante a sociedade.

Falar-se em Direitos da personalidade como Direitos subjetivos da pessoa é pensar em tutela da personalidade humana nos seus valores interiores, na sua integridade física e intelectual, e sua integridade moral. O mundo interior do idoso, seus sentimentos, e a sua história, fazem parte de sua personalidade, e precisam ser respeitados.

152

2 DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é um princípio construído ao longo do tempo, tendo inclusive, um conceito indeterminado, sendo que não há uma definição clara do que seria dignidade da pessoa humana. Tal dificuldade encontra-se principalmente por ser um conceito vago e impreciso, e pelo fato de não tratar-se de apenas aspectos do ser humano, como por exemplo, a integridade física e psíquica, mas sim de uma qualidade inerente a pessoa humana.

Partindo da filosofia Grega e posteriormente a de Roma, aproximadamente no ano de 155 a.C surgiram os primeiros defensores dos direitos da dignidade da humana. Por meio dos ensinamentos da filosofia estóica, mostrando o núcleo de ideias centrais sobre a unidade moral do ser humano, considerando filho de Zeus o possuidor de direitos iguais em toda parte do mundo (COMPARATO, 1999, pp. 11-30). Ainda, quanto ao pensamento estóico,

a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal que cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade (SARLET, 2009. p. 32).

A dignidade da pessoa humana no pensamento filosófico e na antiguidade clássica era verificada em regra, a partir da posição social em que o indivíduo se encontrava, e ainda, pela posição hierárquica em que se encontrava perante sua comunidade, sob a qual dizia-se que havia uma quantificação de dignidade, pelo que admitia-se, assim, a existência de pessoas mais dignas e menos dignas (SARLET, 2009. p. 32).

Tem-se como uma das mais remotas ideias de dignidade humana a que está estabelecida na bíblia, onde Deus cria o homem segundo a sua imagem e semelhança. O cristianismo trouxe um valor próprio do ser, ou seja, um valor intrínseco a si mesmo, pelo que não se pode transformá-lo em um mero objeto ou até mesmo um instrumento (SARLET, 2009. p. 32).

O cristianismo por meio dos ensinamentos de São Tomas de Aquino (AQUINO, 1890), foi explicado a semelhança do ser humano a Deus, de modo a dotá-lo de autonomia, de tal forma tornando o ser humano livre por sua própria natureza e essência. Entendeu-se que o ser humano deve ser entendido como um fim e nunca como um meio para se obter um resultado. Em outras palavras, diferenciando coisas de pessoas (KANT, 1980, p. 135-140).

Conforme imperativo categórico de Kant (KANT, 1980, P. 135) “Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como de qualquer outro, sempre também como m fim e nunca unicamente um meio”, tratando-se, assim, de que o próprio homem tem um valor intrínseco em si.

Nesse mesmo sentido Ingo Wolfgang salienta que “a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano” (SARLET, 2009, p. 47), ou seja, não pode a dignidade ser retirada do ser humano por tratar-se de um direito inerente do indivíduo.

“A ideia do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão” (SARLET, 2009. p. 31), e que apesar de sua projeção histórica, foi apenas na segunda década do século XX que começou a aparecer nos documentos jurídicos, sendo que o seu primeiro apontamento foi na Constituição do México

em 1917 e com a Constituição alemã da República de Weimar em 1919.

Há de se destacar que é reconhecido que a ascensão da dignidade humana se deu por meio do direito constitucional alemão e “de acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto à luz do qual outros dispositivos devem ser interpretados” (BARROSO, 2012. p. 21).

Com efeito, está na Constituição Federal a base sobre a qual se assentam os princípios de maior expressividade no sistema jurídico brasileiro. Os valores e sobrevalores que a Carta Maior proclama hão de ser partilhado entre os cidadãos, não como quimeras ou formas utópicas simplesmente desejadas e conservadas como relíquias na memória social, mas como algo pragmaticamente realizável, apto, a qualquer instante, para cumprir seu papel demarcatório, balizador, autêntica fronteira nos hemisférios da nossa cultura. A propósito, vale a afirmação peremptória de que o direito positivo, visto como um todo, na sua organização entitativa, nada mais almeja do que prepara-se, aparelhar-se, pré-ordenar-se para implantá-los (CARVALHO, 2009, p. 141).

A Constituição Federal de 1988, no art. 1^a inciso III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, concomitantemente estabelecendo no seu Art. 230 a defesa da dignidade ao indivíduo idoso, ao obrigar o estado, a sociedade e a família na inclusão da pessoa anciã na comunidade, buscando seu bem-estar. Há de destacar ainda que a constituição portuguesa, em relação ao princípio da dignidade humana, também proclama a proteção a todas as pessoas indistintamente, ou seja, todos os seres humanos, pessoas, são titulares deste princípio, não cabendo qualquer discriminação (GOMES, 2009, p.27).

A dignidade da pessoa humana é o princípio supremo da constituição federal servindo como base para todo o ordenamento jurídico, para tanto, é o princípio constitucional mais relevante, é ele que traça a diretriz para a harmonização dos princípios (NUNES, 2002, p. 55). Trata-se, portanto, de um princípio, não se restringindo a uma simples declaração ou até mesmo um postulado filosófico. E, assim, não se pode afirmar que a dignidade possui apenas força declaratória ou se refere a uma norma abstrata lançado no ordenamento jurídico brasileiro, é um alicerce para todo o ordenamento jurídico.

Ainda, a característica fundamental do princípio da dignidade humana

que o sobreleva em importância e significado é que ele assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igualdade e “*tem direito a levar uma vida digna de seres humanos*”. Vale dizer: o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença (FARIAS, 2000, p. 60).

O princípio da dignidade humana, por ser a base e o fundamento das normas jurídicas, coordena-as, bem como aos seus princípios. Possui, ainda, por se tratar de um princípio norteador, dupla natureza, indicando como as demais normas devem ser feitas e aplicadas, de forma que nenhuma delas pode ferir a dignidade da pessoa humana, justamente por ser a norma suprema da Constituição Federal (FERMENTÃO; JÚNIOR, 2012, p. 317).

A dignidade da pessoa humana não é apenas um direito, mas mais do que um direito, posto que é a base em que se fundamenta os direitos da personalidade, pelo que os demais direitos devem estar em conformidade com a dignidade humana que é reconhecida como um valor supremo no ordenamento jurídico.

3 A TUTELA JURÍDICA DOS IDOSOS

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mesmo que de forma tímida, já dispunha sobre a proteção aos idosos, em especial ao direito ao envelhecimento, na qual em seu artigo XXV, item 1, estabelece que:

Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No entanto, apenas no ano de 1982, em âmbito mundial houve certa preocupação com o idoso, na qual a Organização das Nações Unidas, na cidade de Viena, promoveu uma assembleia com o objetivo precípuo de debater o envelhecimento e a necessidade de constituir metas voltadas à inclusão dos idosos na sociedade, e também buscar a promoção de sua tutela. (COSSI, 2015, p. 581).

Faz-se necessário, ainda, um breve histórico das normas Constitucionais acerca do direito dos idosos, sendo que as Constituições de 1824 e 1891 nada dispuseram sobre as pessoas idosas, ambas foram omissas acerca do tema. Já a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre o direito dos idosos, no entanto tratou apenas sobre direito previdenciário, dentro do capítulo sobre a ordem econômica e social. Seguindo a mesma linha da

Constituição de 1934, as Constituições de 1937, 1946 e 1967, também trataram apenas sobre à proteção da velhice pela previdência (BARLETTA, 2010, p. 79).

Somente com a Constituição Federal de 1988 que os idosos tiveram uma proteção mais ampla, e, inclusive considerada como um direito fundamental, sendo que, nos termos do artigo 230, consagrou o dever da família, Estado e sociedade de auxiliar as pessoas idosas para proteger sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes, portanto, o direito à vida.

Segundo Roberto Senise Lisboa

O princípio da solidariedade familiar previsto no texto constitucional (art. 1º, III c/c os arts. 3º, I, 226, caput, 227, 229 e 230 da CF) viabiliza a adoção de postura mais flexível e consentânea com o direito de família da pós-modernidade. Reconhece-se que tanto o nascituro como a criança, o adolescente e o adulto possuem direitos decorrentes das relações havidas da constituição de entidades familiares. Além disso, contempla-se em favor do adulto que tem pelo menos sessenta anos de idade um regime legal protetivo dos seus interesses, assim como se procedeu com a previsão de normas tutelares dos interesses das crianças e adolescentes (LISBOA, 2010, P. 298).

Posteriormente à Constituição Federal, implantou-se uma política nacional de proteção ao idoso por intermédio da Lei 8.842/1994, na qual se assegurou alguns direitos sociais ao idoso, permitindo-lhe a promover sua autonomia, integração e participação na sociedade (GAMA, 2008, P. 276). Esta lei adotou os seguintes princípios para a proteção da terceira idade: a) a garantia dos direitos inerentes à cidadania e da sua participação na comunidade; b) a defesa do direito à vida do idoso, do seu bem-estar e da prevalência do princípio da dignidade do idoso; e a proibição da discriminação do idoso.

No ano de 2003, instituiu-se o Estatuto do Idoso, por meio da Lei 10.741/2003, por meio do qual se reconheceram os direitos fundamentais inerentes à pessoa idosa, consagrando inúmeras prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Verifica-se que o Estatuto do Idoso adotou o critério etário para a identificação do idoso, ou seja, é a pessoa com idade igual ou maior de 60 anos, conforme dispõe o seu artigo 1º. Tal estatuto trata de um microsistema, consagrando normas para a efetivação das normas de proteção ao idoso, cabendo não apenas a família, mas ao Estado e a sociedade a concretização destes direitos.

Com a Lei 10.741/2003 reconheceu-se os direitos fundamentais à pessoa idosa garantindo todos os ensejos e facilidades para proteção e preservação da sua integridade física e psíquica, garantindo assim, a proteção da dignidade humana, fundamento supremo estacando pela Constituição Federal de 1988, dando-lhe, assim, oportunidade de participar

incessantemente na sociedade, posto que “o idoso sofre a constante ameaça de subtração de sua autonomia devido às naturais contingências da velhice, o que implicaria a mutação de sua condição jurídica de pessoa capaz para incapaz” (GAMA, 2008, p. 276).

O artigo 8º do estatuto estabelece como direito personalíssimo o envelhecimento, sendo, portanto, um direito social, pelo que é essencial que o idoso tenha uma velhice digna, com qualidade de vida. É imprescindível que o idoso tenha assegurado e respeitado o seu direito à vida, a saúde física e psíquica, à intimidade e privacidade, as relações com a comunidade, como qualquer outra pessoa, e, segundo Gama (2008, p. 280) “nessa dimensão situa-se o cuidado como valor jurídico que, relativamente ao idoso, deve assegurar, em toda sua dimensão, o livre exercício do direito ao envelhecimento”. O Estatuto do Idoso ainda assegura o direito a alimentos aos idosos nos seus artigos 11 a 14, lembrando que, a própria Constituição Federal em seu artigo 229, estabelece que os filhos maiores devem ajudar e amparar seus pais seja na velhice, carência ou enfermidade.

Verifica-se que houve um avanço enorme quanto a proteção dos idosos, não cabendo apenas à família a sua proteção, mas também a sociedade e ao Estado, bem como depreende-se que é titular de todos os direitos personalíssimos, como qualquer outra pessoa, conferindo-lhe proteção própria por meio do Estatuto do Idoso.

157

4 O ENVELHECIMENTO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo o dicionário Aurélio envelhecimento é o ato, processo ou efeito de envelhecer, ou ainda, processo ou procedimento para tornar velho ou como que envelhecido. O envelhecer representa para (HAYFLICK, 1997, p. 7) “a perda na função normal que ocorrem após a maturação sexual e continuam até a longevidade máxima para os membros de uma espécie”.

O envelhecer significa que o ser humano está sofrendo alterações físicas, psicológicas e sociais, pelo que são mudanças naturais, gradativas e paulatinas. Segundo SIMERMAN, “essas transformações são gerais, podendo se verificar em idade mais precoce ou mais avançada e em maior ou menor grau, de acordo com as características genéticas de cada indivíduo e, principalmente, com o modo de vida de cada um” (ZIMERMAN, 2000, p. 21), pelo que

O envelhecer pode trazer muitas benesses, como a sabedoria advinda com a experiência, um maior conhecimento sobre a vida e sobre as pessoas. Também pode significar uma fase de maior aproveitamento da vida, com mais sossego e paz de espírito, colhendo os frutos do caminho percorrido. (TEIXEIRA; SÁ, 2007, p. 76).

Ainda, para Zimerman,

O velho é aquele que tem diversas idades: a idade do seu corpo, da sua história genética, da sua parte psicológica e da sua ligação com sua sociedade. É a mesma pessoa que sempre foi. Se foi um batalhador, vai continuar batalhando; se foi uma pessoa alegre, vai continuar alegrando; se foi uma pessoa insatisfeita, vai continuar insatisfeita; se foi ranzinza vai continuar ranzinza (ZIMERMAN, 2000, p. 19).

O idoso deve se sentir vivo em si mesmo. A sociedade e o Estado devem propiciar a estas pessoas o seu pleno desenvolvimento da personalidade, fazer com que o direito de envelhecer possa tornar-se um prazer, uma vida boa, posto que conforme Santo Tomas de Aquino (AQUINO, 2014, p. 36), “o prazer é o principal fim de todas as virtudes morais. Assim, é próprio das virtudes gerar felicidade sempre que seu objeto estiver presente, mas tristeza quando sentir necessidade dele”.

Os filhos devem demonstrar o amor, gerar a felicidade aos pais envelhecidos, para que se assegure uma ampla e geral proteção de segurança nesta última idade, nesse último momento do seu viver, para o desenvolvimento pleno da personalidade e efetivação da dignidade humana. Compreende-se assim, umas das mais virtuosas ações do ser humano a assegurar-lhes maior proteção e segurança na última idade do seu processo de viver (SANTOS, 2001, p. 91),

Segundo Aquino (AQUINO. 2014. P. 50) “o homem é justo quando executa as obras justas; mas, quando não as executa, não cria as ações de virtude, nunca se esforçando para alcançá-las”.

O idoso deve ser tratado pelo Estado, e, principalmente pelos indivíduos, de forma a lhe garantir a busca das suas maiores felicidades, tendo em vista, (ZIMERMAN, 2000, p. 22) “com o passar dos anos, o desgaste é inevitável. Sabe-se que a velhice não é uma doença, mas sim, uma fase na qual o ser humano fica mais suscetível a doenças”, pelo que se deve buscar a sua máxima utilitarista, segundo a qual

O homem íntegro é aquele que se esforça por elevar a soma total de felicidade (a sua mais a dos outros), e a sociedade justa é aquela que busca elevar essa soma total a seu valor máximo. Em segundo lugar, o maximante, na visão da maioria dos

utilitaristas, não é um estado psicológico específico, como o êxtase ou a euforia, mas sim o mais amplo conceito possível de satisfação. Atinge-se o máximo de felicidade, ou utilidade, quando as pessoas (ou criaturas) são capazes de satisfazer suas preferências, quaisquer que sejam estas, na máxima medida possível (Posner 2010, p. 63).

Cada idoso é uma pessoa diferente, pelo que, cada um tem sua peculiaridade necessitando de um programa pessoal, seja do Estado ou da família para pleno desenvolvimento da personalidade, sendo que (ZIMERMAN, 2000, p. 35) deve-se analisar sempre o seu passado, sua história bem como o seu presente, para que esta pessoa da terceira idade seja uma pessoa saudável, feliz e desenvolvido em sua personalidade, capaz de usar todas as suas potencialidades e, inclusive, a sua dignidade humana.

O Estatuto do Idoso consagrou o envelhecimento como um Direito da personalidade, cabendo ao Estado e aos cidadãos que o compõem, cuidar dos idosos, por serem mais suscetíveis de abalos psíquicos, físicos e sociais; de forma a proteger e efetivar os idosos na sua personalidade, de torná-los felizes e realizados em sua vida. Assim, resguarda-se o Direito à vida, à saúde, à liberdade o respeito e a dignidade humana ao idoso.

Como ferramenta na busca da dignidade do idoso, de um envelhecimento digno, o idoso deve contar com os relacionamentos, mantendo amizades, com a faculdade de sair, se divertir, passear, participar de grupos de terceira idade, e, principalmente o apoio da família para que sempre venha buscar a maior felicidade. O indivíduo, em sua essência, necessita se relacionar com outros seres humanos, como descreve Neri AL Capitanini MES (2004, p. 71-91):

Desvela-se dos discursos que é por meio dos relacionamentos que o ser humano estabelece e reconhece a presença do outro, presença essa imprescindível na construção de sua existência, uma vez que é por meio do afeto e do carinho que se sustenta uma amizade e se amplia uma relação. O desenvolvimento pessoal está alicerçado no curso das relações sociais, sem as quais não é possível ao ser humano se construir como ser existencial. Essas redes de suporte social contribuem para que o indivíduo acredite que é cuidado, amado e valorizado, sentindo-se pertencente ao grupo, no qual pode dar e receber apoio emocional e, portanto, significativas no processo de envelhecer.

Insta salientar que a influência da família neste procedimento de busca da vida em paz, da felicidade, do desenvolvimento e da personalidade do idoso é de suma importância, não bastando apenas o aspecto financeiro, mas principalmente, o afeto, o carinho e o amor aquele que viu-se envelhecer em cada ruga, o tingir dos cabelos em neve.

Os pés cansados da caminhada, os olhos turvos pela quantidade de dias vividos, as mãos trêmulas após uma vida de trabalho, a voz embargada pelas emoções vividas, e, um interior rico em experiências que a vida lhe proporcionou, torna seus passos lentos. Quantas perdas e conquistas, quantos sonhos vividos, idealizados, realizados e também frustrados. A vida foi lhe calando a alma, e, a indiferença das pessoas mais próximas, o desrespeito às necessidades basilares, o abandono, e muitas vezes os maus tratos, faz o idoso sentir-se só e infeliz, e um fardo pesado para a família, se sente inútil e indigno da vida.

5 O ASSÉDIO MORAL AO IDOSO COMO CAUSA DOR E CONSTRANGIMENTO, PELO DESRESPEITO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO DE ENVELHECER COM DIGNIDADE

O assédio moral na esfera familiar existe com a finalidade de anular moralmente a pessoa assediada, levando à discriminação, à perda da auto-estima e até a doenças psicossomáticas. O assédio moral é um fenômeno social com ampla importância atualmente, contudo, não se caracteriza como um fato novo, pois, sempre foi praticado em vários países. A presença do assédio moral no âmbito familiar em relação aos idosos é uma realidade latente, e precisa ser analisada.

Primeiramente se faz necessário, conceituar o fenômeno do assédio moral e entender cada um dos elementos que formam esse conceito: “Assediar” significa, perseguir, hostilizar, importunar, molestar. O adjetivo “moral” situa essa forma de assédio como algo relacionado à ética e oposto, em princípio, às moléstias físicas, adquirindo o significado de causa de sentimentos humilhantes, aviltantes e degradantes no sujeito assediado.(CARVALHO, 2009 p.03)

O assédio psíquico ou psicológico só ocorrerá nas hipóteses em que a conduta daquele que assedia gere em sua vítima um sentimento profundo de estresse, depressão ou trauma sendo necessário um tratamento psiquiátrico, o que, nem sempre ocorre, e que, portanto o assédio psíquico não se confunde com o assédio moral. (PEREZ, 2004 p. 03)

O assédio moral é uma forma de violação dos direitos da personalidade, é marcado pela sutileza das ações, é sempre bilateral, pois estão, de um lado, o assediado (vítima) e, de outro, o assediador, ambos vinculados por uma relação hierárquica ou de dominação deste último em relação ao primeiro. Trata-se de um modo de agir, individual ou coletivo, contínuo

e repetitivo, que tende a violar os direitos da personalidade, atingindo a dignidade e, especialmente, a integridade psíquica da pessoa assediada, independentemente da ocorrência de um dano e da intencionalidade do agente individual ou coletivo (SANTOS, 2005, p. 129)

Todas as formas de assédio moral se caracterizam pelas: *lesão a dignidade pessoal ou integridade moral do indivíduo assediado*, por comprometer a dignidade humana, identifica-se com um tratamento degradante (CARVALHO, 2009. p.04); *um elemento objetivo*, o comportamento hostil do assediador; *um elemento subjetivo*, o propósito de reprimir a vontade da vítima, com a finalidade específica de humilhá-la, desprezá-la e aviltá-la (HIRIGOYEN, 2007, p. 20-22)

O abandono ao idoso: pela família o constrange e lhe causa dano; pela sociedade o torna vulnerável e insignificante; e pelo Estado o torna impotente. Envelhecer sentindo-se oprimido e assediado em suas dores interiores faz do longo tempo sentir-se indigno, o seu Direito de personalidade é aviltado, já não tem voz e vez.

O Estado garante ao longo tempo a proteção à sua dignidade por meio de normas, porém, nem sempre tais Direitos são tutelados, ou tem a eficácia necessária. A ausência de amor e afeto dos familiares, de respeito pela sociedade, e de estruturas hospitalares e de recreação e lazer pelo Estado, fere a dignidade do idoso, que sem esperança fica vulnerável às enfermidades físicas e da alma, perdendo a vontade de viver. Defender a dignidade do idoso e suas necessidades físicas e psíquicas é medida urgente, diante do tempo que escoar pelos dedos, em contagem regressiva.

161

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 é considerada a mais democrática de todos os tempos, a conferir como fundamento a dignidade da pessoa humana, criou toda a ordem jurídica pré-existente específica ao tema e sem qualquer restrição quanto à sua proteção. Inquestionável também foi influenciada pela Teoria da Constitucionalização, haja vista que sagrou os direitos fundamentais de forma bastante clara e pontual, de maneira a permitir sua irradiação para os demais ramos do direito (âmbito privado), no desígnio de evitar qualquer atrocidade em face da pessoa humana, independentemente do caso concreto.

O Estado brasileiro nos últimos anos avançou consideravelmente em termos de saúde, previdência social, lazer e educação, no entanto, ainda existe muito a ser feito principalmente aos idosos.

O legislador ao criar o Estatuto do Idoso consagrou o direito de envelhecer como um direito da personalidade, sendo que os longevos já produziram em sua vida e muitos após a aposentadoria, por ser insignificante, continuam produzindo, e, portanto, merece a atenção do Estado, da sociedade e da família, merecendo receber atenção e respeito, para efetivar a máxima utilitarista de produzir felicidade.

O envelhecimento é um fenômeno social que requer a ação estatal, da sociedade e de suas instituições como forma de concretizar sua vivência digna. O envelhecimento humano é um dos únicos fatores naturais que interligam a todos; torna-se primordial o respeito à vida e à dignidade humana, e possibilitar aos idosos uma vida digna.

O assédio moral é uma forma de violação dos direitos da personalidade, é marcado pela sutileza das ações, é sempre bilateral, pois estão, de um lado, o assediado (vítima) e, de outro, o assediador, ambos vinculados por uma relação hierárquica ou de dominação deste último em relação ao primeiro. Trata-se de um modo de agir, individual ou coletivo, contínuo e repetitivo, que tende a violar os direitos da personalidade, atingindo a dignidade e, especialmente, a integridade psíquica da pessoa assediada, independentemente da ocorrência de um dano e da intencionalidade do agente individual ou coletivo.

O Estado garante ao longo tempo a proteção à sua dignidade por meio de normas, porém, nem sempre tais Direitos são tutelados, ou tem a eficácia necessária. A ausência de amor e afeto dos familiares, de estruturas hospitalares e de recreação e lazer pelo Estado, fere a dignidade do idoso, que sem esperança fica vulnerável às enfermidades físicas e da alma, perdendo a vontade de viver. Defender a dignidade do idoso e suas necessidades físicas e psíquicas é medida urgente, diante do tempo que escoar pelos dedos, em contagem regressiva.

O Direito de envelhecer com dignidade é um Direito da personalidade, e traz uma garantia de vida plena, um novo olhar para a vida no seu envelhecimento, tutelando o mundo interior e exterior do idoso, a proteção física e psíquica.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de (Santo). Onze lições sobre a virtude: comentário ao segundo livro da ética de Aristóteles. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2014.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito à saúde da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes. *O assédio moral no trabalho e a tutela penal da integridade moral*. Trabalho elaborado durante estância de Pós-doutorado na Universidade de Zaragoza (Espanha), realizada entre os meses de junho e dezembro de 2009, sob a orientação do Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Catedrático de Direito Penal, e financiada pela *Diputación General de Aragón (DGA)*. p.3

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

Capitanini MES, Neri AL. Sentimentos de solidão, bem-estar subjetivo e relações sociais em mulheres idosas vivendo sozinhas. In: Neri AL, Yassuda MS, organizadores, Cachioni M, colaborador. Velhice bem-sucedida: aspectos afetivos e cognitivos. 2ª ed. Campinas, SP: Papyrus; 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. A "Dignidade da pessoa humana" na ordem jurídica brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSSI. Nathália Pessini. Tutela do abandono afetivo do idoso. In: STOCO. Rui (Org). Dano moral ao meio ambiente, no direito de família e nas relações de trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. 1.ed. Campinas, S.P.: Romana jurídica, 2004.

DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral de personalidade. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

DRAY, Guilherme Machado. Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira. Colisão de Direito: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2000.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; JÚNIOR, Paulo Gomes de Lima. A EFICÁCIA DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. v.12, n. 1, 2012, p. 313-340.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas 2008.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. A Dignidade da Pessoa Humana e o seu valor Jurídico Partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOMES, Orlando *apud* SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo. SP: LTr, 2000.

GONÇALVES, Diogo Costa. PESSOA E DIREITOS DE PERSONALIDADE: Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra. Almedina: 2008.

HAYFLICK, Leonard. . Como e por que envelhecemos. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

HIRIGOYEN, Marie-france Assédio Moral - A Violência Perversa no Cotidiano; tradução de Maria HELENA Kuhner. 9º Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.p. 109

KANT Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Trad. de Paulo Quintela: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultura, 1980, (Coleção “Os Pensadores”, dir. J.A. Motta Pesanha).

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Rizzato *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

PÉREZ MACHÍO, A. I. *Concreción del concepto jurídico de mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004, p. 03. In: CARVALHO, Gisele Mendes. p. 3.

POSNER, Richard A.; SILVA, Evandro Ferreira e; MARI, Aníbal. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. *Assédio moral nas relações privadas: Uma proposta de sistematização sob a perspectiva dos direitos da personalidade e do bem jurídico integridade psíquica*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Estadual de Maringá, p. 129.

SANTOS. Silva Sidney Costa. *Envelhecimento visão de filósofos na antiguidade orientada e ocidental*. *Revista Rene*. Fortaleza, v.2, n.1, 2001, p. 88-94.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23. ed. Rio de Janeiro, RJ: 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Mária de Fátima Freire de. *Envelhecendo com autonomia*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 75-88.



ZIMERMAN, Giute I. Velhice: aspectos biopsicossociais. Porto Alegre: Artmed, 2000.

Submissão: 01/08/2016
Aceito para Publicação: 02/12/2016



ABANDONO AFETIVO INVERSO: O ABANDONO DO IDOSO E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO POR PARTE DA PROLE

ABANDONMENT REVERSE AFFECTIVE: ABANDONMENT OF THE ELDERLY AND BREACH OF DUTY OF CARE BY THE OFFSPRING

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas *

Marília Ferreira de Barros **

RESUMO: Cuida-se o presente artigo da análise acerca do Abandono Afetivo Inverso e a violação do dever de cuidado por parte dos filhos, situação cada vez mais recorrente pelo mundo, que tem gerado a vitimização dos idosos tanto no âmbito físico, quanto emocional. Não obstante o afeto seja a mola propulsora das relações familiares, certo é que o idoso ainda tem sido vítima de abandono afetivo pela própria prole. Pretende-se, por meio do procedimento indutivo, investigativo bibliográfico e uma abordagem discursiva, chamar a atenção não somente dos filhos que se utilizam desta prática nefasta, mas de toda a família sobre a importância do dever de cuidado, como fonte de melhor qualidade de vida do idoso. Tem-se por motivação minimizar o sofrimento do idoso não pelo intermédio da prestação pecuniária, mas pela conscientização dos próprios filhos, pois, embora amar não seja obrigatório, cuidar é um dever constitucional que não pode ser descurado.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo Inverso. Dever de Cuidado. Direito dos Idosos. Afeto.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Envelhecimento Humano Paralelo à Evolução Histórica do Idoso. 2 O Conceito de Idoso. 3 O Aumento Populacional de Idosos no Cenário Mundial. 4 A Legislação Afeta ao Direito do Idoso. 4.1 A Constituição da República de 1988 e o Idoso. 4.2 O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002) e o Idoso. 4.3 O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003). 4.4 A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, 07 de dezembro de 1993). 4.5 A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, 04 de janeiro de 1994). 5 As Obrigações dos Filhos em Face dos Pais Idosos. 5.1 O Abandono. 5.2 O Afeto. 6 Responsabilidade Civil: Breves Considerações. 7 O Dano Moral no Contexto do Abandono Afetivo Inverso. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Take care to this article analysis about the Reverse Affective Abandonment Affective and breach of duty of care by the children, a situation increasingly recurrent in the world, which has generated the victimization of the elderly both in the physical realm, and emotional. Despite the affection is the mainspring of family relationships, it is certain that the elderly still have been a victim of emotional abandonment by the offspring. It is intended by the inductive procedure, bibliographic investigative and a discursive approach, calling attention not only of the children who use this nefarious practice, but the whole family about the importance of the duty of care as a source of better quality life of the elderly. It has been a motivation to minimize the suffering of the elderly not by means of the cash benefit, but the awareness of their children, for although love is not required, care is a constitutional duty that cannot be overlooked.

KEYWORDS: Reverse Affective Abandonment. Duty of Care. Elderly rights. Affection.

168

INTRODUÇÃO

Em decorrência do aumento do número de idosos, nas últimas décadas, o envelhecimento tem despertado a atenção do direito, notadamente, para os problemas que a terceira idade vem tentando superar. Não rara é a situação de decadência, maus tratos e abandono que centenas de idosos vêm passando no Brasil.

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC), Minas Gerais. Coordenadora do curso de Direito da Faculdade Del Rey, Minas Gerais.

** Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

As famílias, cada vez mais, têm sido dilaceradas por inimizades e relacionamentos nulos. Não há dúvidas de que a falta de afeição por outra pessoa pode ocorrer, havendo grau de parentesco ou não, todavia, o respeito recíproco é um dever. Os membros da família têm o dever de cuidar do bem-estar do idoso.

Nos termos dos artigos 229 e 230 da Constituição da República de 1988, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; como também de defender sua dignidade e bem estar, garantindo-lhe o direito à vida, reconhecendo ser seu dever, bem como da sociedade e do Estado. O dever de cuidado com o idoso também se encontra disposto no artigo 98 da Lei 10.741/03. Trata-se, portanto, de obrigação, e não de faculdade.

Conquanto o dever de cuidado dos filhos para com os genitores idosos seja regulamentado por lei, há também o dever moral e afetivo, que não tem sido respeitado, gerando os transtornos psíquicos e agravamento de doenças.

Exatamente, deste enfrentamento surge à figura jurídica do Abandono Afetivo Inverso, em que idosos abandonados afetivamente pelos seus próprios filhos, teriam direito à reparação por danos morais. Embora o afeto seja considerado, por muitos, como impossível de ser exigido, tem sido objeto de responsabilização civil pelo não cumprimento do dever de cuidado.

Vive-se em uma sociedade capitalista, em que as pessoas se preocupam *a priori* com a questão financeira, e, nesse contexto, por meio de análise bibliográfica e jurisprudencial, quer se analisar o dever de indenizar dos filhos, em face do Abandono Afetivo Inverso.

1 O ENVELHECIMENTO HUMANO PARALELO À EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO IDOSO

O processo de envelhecimento é um fenômeno histórico e inevitável, afinal, vem desde a essência da humanidade cercado de concepções, mitos, verdades crenças e medos, alternando, portanto, de cultura em cultura o que vem a ser a “velhice”. Spirduso (2005, p. 06) define velhice como sendo um “processo ou conjunto de processos que ocorrem em organismos vivos atinge de forma geral a todas as pessoas, seja de direta ou indiretamente”.

Para se refletir sobre o processo de envelhecimento, faz-se necessário, principalmente, analisar a relação deste com a sociedade, uma vez que o sujeito se constitui ao longo de sua

vida inserido no meio social. Afinal, cada etapa da vida possui um componente social diferente, influenciando o indivíduo a moldar-se em função das transformações decorrentes de cada período do desenvolvimento humano. (ALVES; MOREIRA; NOGUEIRA, 2013).

Ficam demonstradas diferentes visões, desde os povos primitivos, em que critérios biológicos, sociais e psicológicos referentes ao envelhecimento, são encarados por uns de forma a preservar a vida do idoso e por outros, através de um extremo desinteresse. Segundo Fernandes (1997):

O antropólogo americano Leo Simmons, na obra “O Papel do Idoso na Sociedade Primitiva” (The Role of the Aged in Primitive Society), menciona que era habitual os mais velhos receberem os melhores pedaços da caça, serem servidos antes de todos, com grande respeito às suas incapacidades e limitações, mormente no tocante à alimentação e enfermidades que causavam dependências. (FERNANDES, 1997, p. 30)

Nas sociedades Orientais, principalmente China e Japão

[...] o ancião era visto com uma aura de privilégio sobrenatural que lhe concedia uma vida longa e como resultado, este ocupava um lugar primordial, onde a longevidade se associava com a sabedoria e a experiência. (RODRIGUES, 2001, p. 149-158).

170

Nas culturas Incas e Astecas, a população anciã era tratada com muita consideração. A atenção a esta população era vista como responsabilidade pública.

Os antigos Hebreus também se destacavam pela importância que davam a seus anciões, que, em épocas de nomadismo eram considerados os chefes naturais dos povos que eram consultados quando necessário. Na cultura hebraica encontramos Matusalém que era considerado como se tivesse vivido 969 anos. (RODRIGUES, 2001, p. 149-158).

Infelizmente, nem todas as sociedades demonstravam interesse na manutenção da vida do idoso, fato bem destacado por Moreno (2007), *in verbis*:

O desprezo por parte dos primitivos, como os poncas, os esquimós, os tupis, as tribos sul-africanas, entre outros culminavam na matança dos idosos. Os próprios filhos matavam os pais por um costume ou por determinação legal. É muito conhecida a história do mawle sagrado, uma espécie de clava chata, com a qual os filhos golpeavam os pais, na cabeça, ao atingirem a idade de 70 anos. Na Islândia, em época de penúria, decidiu-se, em deliberação solene, que todos os idosos e improdutivos fossem mortos. Esta determinação fazia parte do sistema legal, que protegia a sociedade contra os membros supérfluos e dependentes. Os gregos e romanos nutriam profundo desprezo pelos velhos. Todos os povos admiradores da força física valorizavam a mocidade e desprezavam a velhice. Na Lapônia, extremo norte da Escandinávia, o idoso era considerado um problema. Era costume arraigado entre as gerações de esquimó ser o ancião abandonado em um trenó para acabar

morto e devorado por lobos ferozes que povoavam aquelas terras geladas. O idoso era deixado ali com todos os seus pertences para morrer. Entre os dinkas, povo que habitava a parte meridional do Sudão, era tradição enterrar vivo o velho para que ele passasse a eternidade ainda no vigor de suas forças e imune à decrepitude. A mesma crença tinham os habitantes das ilhas Fidji, os quais levavam seus velhos à morte violenta para assegurar-lhes uma existência vigorosa, pois acreditavam que iam ressuscitar no outro mundo. (MORENO, 2007, p. 4-5)

Em Roma, a visão contrária à velhice foi vencida, por Cícero, romano, filósofo e político, ao inovar com a obra *De Senectute* (Saber Envelhecer) (PRAZERES, 2008).

Na etapa do cristianismo, a velhice deixou de ser um tema recorrente, a Igreja Católica passou a taxar o idoso como ser frágil, um problema social expressivo e declinado. Do século V ao XVII houve um “lapso temporal” quanto à visão específica da inserção social e econômica do idoso perante a sociedade, na qual, ainda prevalecia a hesitação, desrespeito e descrença em relação à velhice. (BOUCINHAS, 2016).

Fazendo uma permuta para o século XVIII, as transformações advindas da Europa com a Revolução Industrial, permitiram avanços científicos, não só na área da fisiologia como da anatomia, possibilitando descartar várias suposições que giravam em torno da velhice. Todavia, não foram suficientes para melhorar a situação dos idosos, que em função da Revolução Industrial, se encontravam sem trabalho e submetidos à miséria. (LE MOS et al., 2016).

No início do século XIX, em 1804, Napoleão Bonaparte chegou ao poder, fazendo vigorar em 21 de março do mesmo ano, o Código Napoleônico que contemplou os idosos, além de se tornar inspiração para demais Constituições e o Código Civil de 2016. (PINTO, 2016).

Entretanto, durante essa transição século XVIII e XIX, a Europa se viu diante de avanços da medicina, em que resultou na diminuição dos índices de mortalidade, e conseqüentemente, favoreceu a manutenção da longevidade. Impossível não ressaltar o ano de 1889, em que foi instituído na Alemanha pelo Chanceler Bismark, o direito a aposentadoria dos idosos, fato que se estendeu a outros países. Dando existência ao Estado-Providência (ARAÚJO, 2016).

Após a Segunda Guerra Mundial, o cenário tanto político, econômico e social passa a ser outro perante os idosos, o século XX prestigia a gerontologia e a geriatria, permitindo uma vida mais digna e de melhor inserção na sociedade além da possibilidade de trabalhos essenciais. (BOUCINHAS, 2016). Advindo em 1848, a Declaração dos Direitos Humanos,

atentando para a atuação do Estado perante a velhice, documento legal e marco para os dias atuais.

O que se percebe após a análise dos períodos supramencionados, é que o idoso passou por períodos conturbados, desde aceitação até a negação do fenômeno que virou o crescimento populacional dos idosos.

Sendo assim, o envelhecimento é um processo multifatorial, não havendo uma padronização do seu estabelecimento. Contudo, observa-se a existência de pressão social para a adoção de um modelo comportamental a ser seguido, nas mais variadas fases da vida. As regras sociais impõem os comportamentos “adequados” para crianças, adolescentes, adultos e idosos, que integram o tempo social imposto desde o nascimento, em que se evidencia uma espécie de padrão determinante quanto a circunstâncias da vida, a exemplo de idade para o ingresso na escola, a inserção no mercado de trabalho, o casamento, a constituição de uma família e a aposentadoria. (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008).

2 O CONCEITO DE IDOSO

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, define que: “Idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. (BRASIL, 2003). Entretanto, a Organização Mundial da Saúde OMS (2002) entende que idosa é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos.

Embora explanados os conceitos do termo idoso, difícil determinar ao certo o idoso apenas em função de sua faixa etária, sobretudo, levando em conta que o envelhecer é uma característica individual de cada pessoa. As condições biológicas estão interligadas à idade cronológica, existindo, portanto, outros fatores que contribuem para a velhice. Notam-se, na sociedade, diferenças significativas em relação à saúde, participação e independência entre pessoas do mesmo grupo etário. De fato, pode ocorrer um desequilíbrio harmônico entre todo o conjunto orgânico em ritmo mais acelerado, por uma série de fatores biológicos e sociais.

Infelizmente, o termo idoso muitas vezes é utilizado em conotações negativas, tais como “velho”, “decadente”, “antigo” atribuídas pela sociedade contemporânea marcada por tabus de juventude, beleza e dentre outros estereótipos, ante envelhecimento. O exercício de apenas atribuir nomenclaturas e ainda de forma leiga aos idosos, faz grande parte da população esquecer que a idade não é sinônimo de capacidade e sim de amadurecimento,

experiências que podem ser compartilhadas com os “mais jovens”, que se julgam mais ativos e perspicazes.

É claro que, nessa fase da vida, o corpo necessita de mais cuidados, carinho e amor. Segundo Norberto Bobbio citado por Braga (2011):

O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade... Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente... O critério econômico-social considera como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao auto suficiente. (BOBBIO apud BRAGA, 2011, p. 3).

Enfim, ninguém está excluído de “ser idoso”, o tempo é inevitável, o idoso é a porta do passado que leva ao futuro.

173

3 O AUMENTO POPULACIONAL DE IDOSOS NO CENÁRIO MUNDIAL

A crescente longevidade está cada vez mais presente no cenário mundial, porém só envelhecer não basta, é necessário preencher todos esses anos de vida, com acesso à saúde, educação, lazer e todos os direitos inerentes aos idosos. Infelizmente, esse pensamento não é extensivo a toda cultura social, muitos acreditam que o idoso é um atraso ao desenvolvimento sócio-econômico.

Esse fenômeno que virou o crescimento populacional dos idosos atinge, principalmente, os países da Europa e América do Norte, dos quais existem lugares de predominância de uma população de faixa etária mais alta.

Há 600 milhões de pessoas com mais de 60 anos no planeta, afirma o subsecretário de Promoção Humana da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), Perly Cipriano, citando dados da Organização das Nações Unidas (ONU). Eles já formam um contingente nada desprezível, que representa cerca de 10% dos habitantes da Terra. O envelhecimento populacional é um fenômeno mundial. Significa que há um crescimento mais elevado da população idosa do que dos demais grupos etários. Esse aumento é produto de uma das maiores conquistas sociais do século XX, que foi o maior acesso popular às tecnologias e aos serviços de saúde. Isso fez com que a esperança de vida dos brasileiros aumentasse cerca de dez anos, entre 1980 e 2000, atingindo 71 anos, em média, no início do século XXI. (NERY, 2007).

Embora essa notícia seja considerada benéfica em função de indicar que a expectativa de vida está aumentando em termos globais, paralelo a esse aumento vem à preocupação, de que é necessário que os países se preparem para receber esse contingente de idosos que está se formando.

O envelhecimento, antes de tudo, tem que ser ativo e saudável. Não faz sentido apenas se vangloriar da expansão da longevidade, sem políticas específicas e eficazes para a manutenção da mesma ao longo de mais anos. Esse crescimento não se restringe apenas a países desenvolvidos como grande parte da população pensa. “Em 2050, haverá 2 mil milhões de pessoas idosas no mundo, e 80% delas viverão em países que atualmente classificamos como emergentes ou em desenvolvimento.” (GAMA, 2013).

Inegável é a emergente necessidade de mudança principalmente na área de saúde e sustentabilidade, que envolve os idosos. Afinal, é um momento da vida que se houvesse um atendimento efetivo das necessidades em tais áreas, aí sim o envelhecimento ativo da população idosa, seria realmente maior. Para Lenharo “a medicina convencional atribui a cada diagnóstico um tratamento. Não é incomum encontrar o idoso com a prescrição de 80 cápsulas por dia.” (LENHARO, 2012).

No Brasil, embora o grupo de centenários triplicarem em uma década: “Os que chegam melhor ao centenário, segundo pesquisadores, são os de classes mais altas, com maior acesso aos serviços de educação e saúde.” (MILHORANCE, 2015).

No que tange a sustentabilidade, esse novo quadro social de expectativa de vida aumentada, com o avanço da medicina e atividades laborais, possibilitou ao idoso demonstrar maior capacidade, vigor físico, e, sobretudo, um ser ativo financeiramente e socialmente. Entretanto, tais qualidades cresceram desproporcionalmente às políticas estratégicas. Consoante Lenharo:

Por essa razão, o relatório sugere a adoção de novas políticas, estratégias, planos e leis específicas para os mais velhos. Hoje, 47% dos idosos e 23,8% das idosas participam da força de trabalho. O drama é quando eles deixarem de trabalhar. Apenas um terço dos países do mundo, que somam 28% da população mundial, conta com planos de proteção social abrangente para os idosos. Nos países em desenvolvimento, os custos com pagamento de pensão para a população idosa variam de 0,7% a 2,6% do Produto Interno Bruto (PIB).

[...] No Brasil que tem 23,5 milhões de idosos, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2011, a questão previdenciária também é apontada como o principal problema decorrente do envelhecimento, segundo o geriatra Fernando Bignardi, coordenador do Centro de Estudos do Envelhecimento da Unifesp. “Todo o processo foi calculado para pessoas que viveriam até 70 anos.

Com o aumento dos anos de vida, está havendo um furo no cálculo. Agora é preciso pensar em como garantir uma renda mínima para as pessoas que estão envelhecendo.” (LENHARO, 2012).

Enfim, considerando que as taxas de fecundidade e mortalidade ocorreram em ritmos inversos entre diversos países, o desafio será não prolongar a vida, mas sim, estabelecer parâmetros assistenciais para a manutenção de uma qualidade de vida ativa.

4 A LEGISLAÇÃO AFETA AO DIREITO DO IDOSO

O envelhecimento é um processo natural que todo ser humano está submetido, sendo necessário ter qualidade de vida nesse processo biológico, físico e emocional. As transformações no decorrer da trajetória de vida de um idoso demarcam obstáculos que antes pareciam corriqueiros, mas, infelizmente passaram a ser difíceis de se transpor. É especialmente nessa fase da vida que se faz necessário o amparo familiar e o respeito das garantias impostas pela legislação.

Diante do descaso sofrido pelo idoso, a vigência de dispositivos no ordenamento jurídico fez-se indispensável, constando na Constituição Federal 1988, no Código Civil Brasileiro - Lei 10.406/2002, e nas leis específicas - Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso) e a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993).

4.1 A Constituição da República de 1988 e o Idoso

A Constituição da República de 1988 obteve um papel de destaque para as transformações do Direito de Família, que deixa de ser um instituto submetido às vontades impostas pelo Estado e por uma tradição patriarcalista, passando os seus componentes a gozarem de suas individualidades e outros direitos essenciais.

Nesse contexto, o idoso recebeu *status* de cidadão, contemplado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da CR/88, recebendo amparo específico, nos artigos 229 e 230 da Carta Maior:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos (BRASIL, 1988).

Os mencionados dispositivos são normas de aplicabilidade imediata, calcada nos princípios da solidariedade, afetividade, dignidade da pessoa humana e da proteção integral, o que, em tese, dispensaria outra regulamentação no âmbito jurídico.

Não se trata, portanto, de mera faculdade atentar-se para as necessidades do idoso, mas sim um dever que a família, a sociedade e o Estado estão destinados a cumprir, sob pena de responder civilmente pela omissão.

4.2 O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002) e o Idoso

Todo idoso tem direitos personalíssimos, ou seja, possuem a capacidade de decidir sua própria vida, não devendo ser privados dos direitos que, em tese, são intransmissíveis e irrenunciáveis. Nos termos do artigo 11 do CC/2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002).

Cabe à família o apoio ao idoso, não devendo jamais expropriar de suas próprias decisões ainda que com o argumento de protegê-lo. Afinal, a idade não está atrelada ao exercício da capacidade, sendo certo que o idoso somente será impedido de gerir a sua própria vida, após comprovada judicialmente a sua incapacidade.

O Código Civil de 2002 se mostra restritivo ao direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana, quando reduz a autonomia do idoso, constringendo-o a uma tutela reducionista, além do caráter discriminatório quando impõe, de forma absurda, aos idosos maiores de 70 anos o regime de separação obrigatória de bens no casamento, em função da idade (art. 1641, CC/02).

A limitação à autonomia da vontade pela idade é inconstitucional, por violação ao direito à igualdade e à liberdade, sendo impossível a discriminação em função do seu sexo ou da sua idade, como causas naturais de incapacidade civil.

4.3 O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003)

A Lei 10.741/03, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o “Estatuto do Idoso”, se dividiu em sete títulos, dentre eles o direito à liberdade, respeito, dignidade, saúde, habitação, transporte, proteção, atendimento, acesso à justiça, crimes e alimentação, versando sobre direitos fundamentais e garantias constitucionais aos maiores de 60 anos. Segundo Cielo e Vaz (2009):

Criado com o objetivo de garantir dignidade ao idoso, [...] o Estatuto do Idoso [...] veio em boa hora, com objetivo de dar continuidade ao movimento de universalização da cidadania, levando até o idoso a esperança de que seus anseios e necessidades estão de fato garantidos. (CIELO; VAZ, 2009, p. 42).

O Estatuto do Idoso é marcado por um conjunto de normas possuidoras de um cunho moral que já deveriam estar implícitos na formação educacional de todo e qualquer ser humano. O Estatuto responsabiliza a família, o Estado e a sociedade.

Consoante o artigo 9º do Estatuto do Idoso “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

O Estatuto do Idoso veio garantir não somente o direito a saúde como forma de efetivar a qualidade de vida do idoso, mas também demonstrar que a medicina não seria a única forma de prover uma qualidade de vida, atrelada principalmente ao convívio familiar. Todavia, ao mesmo tempo em que os direitos dos idosos foram formalizados, o Estado mostrou-se inerte quanto à sua atuação para amenizar as transformações que foram sendo conquistadas nessa trajetória incessante.

Atualmente, colhem-se os frutos desse planejamento que, infelizmente, não será pautado somente em pontos positivos, afinal, ainda existe o preconceito de incapacidade interligado à idade.

Como pontos positivos da regulamentação do idoso, têm-se o atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde; o recebimento de medicamentos e aparelhos de reabilitação/tratamento pelo Estado; a proibição dos planos de saúde de reajustar as mensalidades, conforme a idade do paciente; transportes coletivos, em que os maiores de 65 anos têm gratuidade, com a reserva de 10% dos assentos para idosos; o reconhecimento de pessoa ativa e merecedora da participação em sociedade, proteção contra a violência e abandono, estando sujeito às sanções quem adotar conduta ativa ou omissiva; o atendimento

preferencial e imediato em todos os órgãos públicos e privados; as vagas preferências em estacionamento; sistema de cotas nas moradias construídas com recursos federais (percentual de 3%) e salário mínimo mensal a todos os idosos com mais de sessenta e cinco anos, o que representou uma redução de dois anos a menos que a Lei Orgânica da Assistência Social.

Dentre os pontos negativos estão à falta de programas educacionais específicos aos idosos; a insuficiência de cursos de alfabetização específicos; não indicação de atividades que façam despertar a vontade de viver e a qualidade de vida dos idosos; o sistema previdenciário é falho, considerado pelos idosos como um verdadeiro lamurio, afinal, não se aplica a política de reajuste que garanta a manutenção de valor dos salários iniciais.

5.4 A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, 07 de dezembro de 1993)

A assistência social brasileira está positivada nos artigos 6º, 194 e 203 da Constituição da República de 1988. Cuida-se de direito social que exige do Estado Brasileiro a atuação no sentido de reduzir desigualdades e garantir o mínimo social aos indivíduos em situação de vulnerabilidade e risco social. Em outras palavras, trata-se de direito fundamental de prestação material, direito público subjetivo dos necessitados e obrigação jurídica dos Poderes Públicos.

A velhice, como fase da vida em que naturalmente há maior vulnerabilidade do indivíduo, reclama especial atenção do Estado, exigindo políticas públicas que procurem conciliar a assistência devida aos idosos.

Pautado nesse entendimento e a fim de assegurar a Seguridade Social, a Lei Orgânica da Assistência Social deixou de ser vista como uma mera política isolada e complementar a Previdência, ganhando reforço no seguinte dispositivo de nossa Carta Maior: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (BRASIL, 1988).

A concessão do benefício assistencial amparado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) tem como fonte principal o inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

Por se referir a um benefício assistencial, o indivíduo não precisa ter contribuído para os quadros orçamentários da Previdência Social, todavia, há requisitos para se ter acesso a tal amparo assistencial (gênero da seguridade social, intransferível, não acumulado com qualquer outro benefício da de regime previdenciário), são eles: **IDADE**: Possuir 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Art. 34 do Estatuto do Idoso: Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007).

Há também a possibilidade de idosos estrangeiros naturalizados e domiciliados legalmente no Brasil obterem direito a esse benefício, pois a Constituição Federal de 1988 consagra a ideia de que assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição social. Nesse contexto, existe a necessidade de fiscalização mais abrangente por parte do Brasil, afinal não é afastável a ideia de imigrantes se estabelecerem temporariamente em nosso território a fim de somente adquirir o benefício.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO A ESTRANGEIRO LEGALMENTE RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame. Incidente conhecido e improvido. (TRU4, IUJEF 2007.70.95.014089-0, Rel. Juiz Federal Rony Ferreira, D.E. 17.09.2008). (PORTO ALEGRE, 2008).

Outro requisito é a **RENDA**, ou seja, para se ter acesso ao benefício assistencial, o idoso não pode ter meios de prover a sua própria subsistência, tampouco ser assistido economicamente por sua família (aquela em que a renda mensal familiar *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo).

4.5 A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, 04 de janeiro de 1994)

A Política Nacional do Idoso, estabelecida pela Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, foi vista como uma estratégia jurídico-legal no tocante a implementação de diretrizes políticas aos municípios brasileiros, para a conquista e a defesa da população idosa, que cresce cada vez mais. Foram criadas, portanto, normas para o exercício dos direitos dos nossos queridos idosos, de forma que garantissem a participação efetiva, autonomia e a integração, como é estabelecido em seu art. 4º.

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

- I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;
 - II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;
 - III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;
 - IV - descentralização político-administrativa;
 - V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;
 - VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;
 - VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;
 - VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;
 - IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.
- Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social. (BRASIL, 1994).

A partir do advento da Lei nº 8.842/1994, em 1997, foi editado o Plano de Ação Governamental para Integração da Política Nacional do Idoso. São nove os órgãos que compõem este Plano: Ministérios da Previdência e Assistência Social, da Educação, da Justiça, Cultura, do Trabalho e Emprego, da Saúde, do Esporte e Turismo, Transporte, Planejamento e Orçamento e Gestão.

Não obstante a lei seja enfática, não está sendo eficientemente aplicada, pois, de um lado, tem-se uma sociedade desinteressada e, de outro, um Estado despreparado para a articulação de objetivos em comum de um mesmo grupo, por meio de órgãos da saúde, educação e assistência social.

A garantia de acesso dos idosos aos direitos que lhes são assegurados de forma expressa pela lei são nada mais nada menos que o reconhecimento de sua cidadania, e, como consequência, seus direitos e deveres devem ser oportunizados tanto na esfera governamental, quanto na sociedade civil, afinal, a capacidade não é condicionada indispensavelmente em função da idade.

5 AS OBRIGAÇÕES DOS FILHOS EM FACE DOS PAIS IDOSOS

Conforme já destacado, o dever dos filhos em relação aos pais idosos não veio delimitado apenas no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003), sendo respaldado pelo art. 229 da CR/88: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988).

Paralelo a esse dispositivo, o Estatuto do Idoso reforça a obrigação de cuidado, em seu artigo 3º:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

A Constituição Federal de 1988 atribui primeiramente à família o dever de cuidado aos pais idosos podendo se extrair que esse cuidado deve advir primeiramente de seus descendentes. Nessa seara, não se pode esquecer que embora exista uma “ordem de preferência”, muitos filhos não estão preparados para receber seus pais idosos.

Enfim, a obrigação dos filhos em relação aos pais idosos consubstancia-se num dever legal a ser cumprido, devendo ser analisado, concomitante, à necessidade de existir o afeto quem vem implícito, por exemplo, quando a demonstração de um simples ato de carinho de um filho pode ser a salvação da vida de um pai.

5.1 O Abandono

Antes de se adentrar ao abandono dos idosos é necessário, primeiramente, ter conhecimento do que poderia ser o abandono.

No campo jurídico, o abandono se dá quando alguém se abstém de forma negligencial em relação a uma pessoa ou a um bem em determinada situação, causando conseqüências jurídicas.

O abandono será material, quando o idoso é privado de acesso a itens básicos de sua subsistência, seja água, comida e roupa adequada, contrariando dispositivos legais e comprometendo a expectativa de vida digna do idoso. Nesse sentido, o idoso encontra-se respaldado nos já mencionados arts. 229 da CR/88, 1.696 do CC/02, bem como no art. 244 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Alterado pela L-010.741-2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1941).

O Estatuto do Idoso dispõe:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (BRASIL, 2003).

O abandono material, considerado um crime de desamor, caracteriza-se pela omissão injustificada na assistência familiar, ocorrendo quando o responsável pelo sustento de uma determinada pessoa deixa de contribuir com a subsistência material de outra, não lhe proporcionando recursos necessários ou faltando com o pagamento de alimentos fixados judicialmente.

Por outro lado, é amparado juridicamente o dever obrigacional de prestar auxílio imaterial (obrigações jurídicas imateriais), englobando o não cumprimento de deveres filiais pautados na convivência familiar e o amparo ao idoso. O abandono pode ser caracterizado

pelo simples fato de se chegar ao imóvel, constatar que o idoso não está sendo medicado adequadamente ou se ele não está tendo a higiene adequada. Isso já é uma questão de abandono. (FILHOS, 2010).

O conviver que é basicamente afetivo, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Essas são as prerrogativas do poder familiar. (SILVA, 2000)

O abandono imaterial de idosos é combatido no art. 229 da CR/88, o qual exalta o dever recíproco existente na relação entre pais e filhos, valorizando as relações afetivas, bem como no art. 4º do Estatuto do Idoso que prevê:

Art. 4º: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

[...]

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (BRASIL, 2003).

O referido Estatuto, em seu artigo 2º, também protege a dignidade dos idosos, coibindo todos os atos que prejudiquem sua saúde mental e física. As obrigações jurídicas imateriais mencionadas são deveres de ordem moral, que quando descumpridas, ocasionam danos emocionais incalculáveis. A rejeição dos familiares, por exemplo, poderá causar danos de ordem moral devastadores, causando doenças que ocasionarão, certamente, a diminuição dos anos de vida e a sensação de perda da dignidade humana, amplamente protegidos no Ordenamento Jurídico.

Assim, quando o filho não ampara seu pai na velhice deixa de cumprir uma obrigação imaterial, cometendo, assim, um ato ilícito, que gera o pagamento de indenização por danos morais. A assistência emocional também é uma obrigação legal dos filhos, sob o aspecto existencial, de acordo com a norma constitucional do art. 229 da CR/88. Esta norma legal engloba, além do sustento, a assistência imaterial concernente ao afeto, ao cuidado e ao amor.

O abandono afetivo, portanto, traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do idoso e no respeito por seus direitos da personalidade como o direito de conviver no âmbito da família. Sabe-se que não se pode impor o afeto e tampouco precificá-lo, pelo fato de não existir obrigação legal de amar. Azevedo (2004):

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (AZEVEDO; 2004, p. 14).

Vê-se, pois, a existência de abandono material, imaterial ou afetivo do idoso.

5.2 O Afeto

Em termos sociológicos, o afeto apresenta um papel crucial para o aprendizado do ser humano, possibilitando que sentimentos sejam revelados, que laços de amizade e familiares sejam reforçados.

Pode-se considerar a existência de duas espécies de afeto, o objetivo e o subjetivo. No afeto objetivo, as obrigações de cuidado são metas jurídicas a serem alcançadas, respaldadas pelas normas jurídicas afetas ao idoso. Por outro lado, o afeto subjetivo relaciona-se com as emoções, sentimentos exteriorizados ou por vezes reprimidos.

No âmbito jurídico, o tema afeto tornou-se bastante recorrente e polêmico, sendo necessário analisar o caso concreto de forma prudente e cautelosa. Embora o Princípio da Afetividade não esteja expresso em nosso ordenamento jurídico, encontra-se implícito em inúmeras disposições positivadas em nossa Constituição Federal: na igualdade de filhos, independente de origem (artigo 227 §6º), na adoção; no reconhecimento da união estável (artigo 226 §3º), na família homoafetiva (artigo 2º da lei 11340/2006), na liberdade de decisão sobre o planejamento familiar (artigo 226 §7º), dentre outros.

Para Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008):

[...] o elemento formador da família contemporânea, visto que se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que forma a entidade familiar protegida pela Constituição Federal. (VECCHIATTI, 2008, p. 215).

Dessa maneira, o afeto deixou de ser algo presumido em núcleos familiares e passou a ser norteador para a formação de uma estrutura familiar sólida, merecedor de abrigo no Direito de Família, pautado no respeito, e, principalmente, no amor.

Após essa breve consideração sobre o afeto, faz-se necessário analisar a sua aplicação no Direito do Idoso. O envelhecimento não pode ser atrelado somente a “perdas”, entretanto, não se pode “fechar os olhos” para a perda da posição social comum após a aposentadoria, a pobreza que dificulta as condições mínimas de sobrevivência e a solidão. Além disso, verificam-se, muitas vezes, que os idosos têm pouco contato com outras pessoas devido à dificuldade de transporte adequado, problemas financeiros, incapacidade física e falta de companhia associada à perda de amigos e ao descaso de familiares.

O reconhecimento jurídico do afeto na vida dos idosos não se trata de se impor o amor, afinal, é impossível fazer brotar algo que nasce naturalmente em qualquer ser humano. A questão aqui está voltada é para um dever de cuidado de pais para filhos e destes com os pais.

Os recursos materiais, obviamente, são indispensáveis para a sobrevivência do idoso, todavia, não somente eles, o afeto ou a falta dele, sem sombra de dúvidas, causa efeitos, pois o idoso que vive num meio afetivo e fraterno possui mais força para vencer os infortúnios da vida. É necessário ter consciência de que os medos e as inseguranças não estão atrelados somente aqueles que estão vivenciando a infância, na velhice, estes apenas se manifestam de forma diferente.

O envelhecimento, embora muitas vezes seja traga consigo um processo de perda física, necessariamente, vem acompanhado de acúmulo de experiência emocional e de vida, sobretudo, para aqueles que se disponibilizam a vivenciar o real sentido da palavra afeto.

Por fim, impossível deixar de fazer uma pequena ressalva, no tocante a leveza e relevância da atuação do cuidador na vida dos nossos queridos idosos, ou seja, o afeto não é algo restringido apenas por laços sanguíneos, o que é entristecedor é ter que reforçar uma obrigação respaldada e inerente aos próprios filhos.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Savatier (2005, p. 40) define o conceito de responsabilidade civil com clareza e precisão, nos seguintes termos: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como basilar da República Federativa, no art. 1º, inciso II, reforçou a transladação do foco do culpado para a vítima, sendo certo que, atualmente, se pode atribuir um paradigma solidarista à responsabilidade civil, que tem como escopo não a punição de quem causou o dano, mas a reparação à vítima, na tentativa de retornar-se ao *statu quo ante*.

A responsabilidade Civil, portanto, passa a incidir quando aquele que violar um dever jurídico, por meio de ato lícito ou ilícito, tem a obrigação de reparar os danos injustos com o objetivo de reestruturar o equilíbrio violado, no caso do idoso, o dever de cuidado tem sido, recorrentemente, violado.

O Código Civil de 2002 consagrou a responsabilidade subjetiva como regra geral, ou seja, será aplicada sempre que não houver disposição legal expressa impondo a aplicação da teoria objetiva. Os artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 aduziram a cláusula geral da responsabilidade com culpa, a responsabilidade subjetiva.

Todavia, existem pressupostos para serem preenchidos para que surja o dever de indenizar de forma subjetiva: I – O ato ilícito e o abuso do direito, fundamentados no artigo 186 e 187 do Código Civil de 2002, respectivamente; II – O dano, quando há lesão a um bem juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico, incidindo na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, inexistindo a possibilidade de forma tentada. III - O nexo de causalidade também é um importante pressuposto da responsabilidade civil, pois, para a configuração do dever de indenizar não bastam o dano e uma conduta, é preciso que esta conduta tenha dado causa ao dano. IV - A culpa, por fim, refere-se à demonstração de que o autor da conduta não pretendeu o resultado, mas agiu com negligência, imprudência e imperícia. Nas palavras de Amorim (2011):

No primeiro, o agente se porta deixando de agir ou deixa de fazer algo que deveria; No segundo aspecto, o agente age, mas de uma forma imoderada, sem tomar os cuidados necessários para que não houvesse o dano; E por fim, no terceiro aspecto, há uma falta de habilidade técnica para que o agente pudesse agir de forma satisfatória e sem provocar o dano. (AMORIM, 2011, p. 03).

Certo é que o primeiro pressuposto de qualquer responsabilidade civil seria a conduta, o ato humano, comissivo ou omissivo, que para o direito adquire relevância quando dela surgirem efeitos jurídicos.

O dano, por sua vez, cuida-se do prejuízo moral ou material causado à vítima em razão da conduta comissiva ou omissiva praticada pelo ofensor. Os conceitos doutrinários de dano giram em torno do mesmo ponto: a perda ou a lesão a um bem jurídico. Neste sentido, tem-se o conceito elaborado por Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 71):

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

O dano é, portanto, o elemento predeterminante da obrigação de indenizar, pois não há indenização sem dano. Cavalieri Filho afirma que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (2010, p. 70), referindo-se à responsabilidade objetiva, a qual a culpa do agente se encontra presumida na conduta.

O dano pode ser moral ou patrimonial. Este se configura na diminuição econômica do patrimônio da vítima, algo que se pode mensurar pecuniariamente pela análise do patrimônio do lesado após a ocorrência do fato danoso. O dano patrimonial se subdivide em dano emergente, ou seja, os prejuízos reais sofridos pela vítima, a diminuição patrimonial, e, lucros cessantes ou frustrados, aquilo que a vítima deixou de auferir, ambos com fulcro no artigo 402 do CC.

O dano moral, a seu turno, envolve os direitos da personalidade, assim entendidos como os direitos essenciais da pessoa. Nestes casos, não há diminuição econômica do patrimônio da vítima diretamente, mas sim, violação a um bem personalíssimo, que até pode vir a trazer diminuição econômica do patrimônio da vítima.

No particular, a autonomia da pessoa idosa exige a assistência filial, moral e afetiva, obrigação dos filhos de cuidado, imprescindível para a consolidação dos direitos da personalidade existenciais na velhice. Seguindo essa perspectiva, a Lei Maior consagrou em seu art. 5º, incisos V e X, a proteção aos direitos de personalidade, tidos por invioláveis, prevendo expressamente a possibilidade de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Tal disposição constitucional é regulamentada pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 186 e 927, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

A legislação brasileira, portanto, possibilita a reparação civil, em face do descumprimento do dever de cuidado filial-paterno, sendo o instituto da responsabilidade civil o instrumento para fazer valer os direitos dos idosos, ainda que sob a forma de indenização.

188

7 O DANO MORAL NO CONTEXTO DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo inverso é constituído, em regra, pela inação de afeto ou, especificamente, pela ausência de cuidado dos filhos em face de seus genitores idosos, fundado no valor jurídico imaterial da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. Apresenta-se no universo jurídico não apenas como uma omissão do dever de cuidado dos filhos em relação aos seus pais idosos, mas sim, como forma de garantir o princípio da dignidade humana, evitando ou compensando o abalo psicológico, físico e social sofrido pelos idosos.

O Abandono Afetivo Inverso se refere a uma “novidade” no campo jurídico, mas com um decorrer histórico antigo. É um tema pouco debatido, infelizmente existe uma vasta literatura jurídica quando se refere ao abandono afetivo de pais com relação aos filhos e o caminho invertido quase nunca é levado em consideração.

A palavra “inverso” inserida no contexto do abandono se relaciona com a equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, ou seja, os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância.

Diante desse contexto, a indagação que se pretende enfrentar seria: é possível haver dever de indenizar por danos morais, no contexto do Abando Afetivo Inverso?

Entende-se, em primeira análise, que sim, como consequência da omissão do dever de cuidado, que se transforma em dor, angústia, sofrimento e, inclusive, no agravamento de doenças para esses idosos abandonados que, de forma alguma, poderão ser compensados.

O fato de não existir legislação específica acerca do não afeto dos filhos perante os seus pais idosos, não significa que estão eximidos de exercerem o dever de cuidado derivado da paternidade responsável, extraídos do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “[...] os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a convivência familiar é de total importância e isso é facilmente notado quando o idoso se vê abandonado pela própria família, o que ele pode esperar do seu futuro? Quando se diz futuro, certamente, haverá aqueles que indagarão, que futuro? É agora, a obrigação de cuidado não pode ser postergada, pode não haver tempo para esse descuido.

Em acesso a entrevista realizada com Dona Laurinda, 80 anos, que vive no Abrigo São Vicente de Paulo, vê-se, claramente, a necessidade de se reforçar o papel da família:

Eu não lembro quem me trouxe para cá, mas queria morar com meus filhos só que eles não me querem. Eu morava com o caçula, mas depois que ele casou a mulher dele e nem ele me querem mais. Ele diz que eu sou doente e ele não tem tempo de zelar de mim, foi isso que ele falou”. Minha filha eu não sei. Meus filhos não me querem, um vive bebendo, outro casou e outro também não me quer. Tenho um neto que é o único que me visita. Eu sinto tanta falta dos meus filhos, às vezes quando eu acordo parece que eu to vendo eles. Tem vezes que eu choro, faz falta demais deles comigo. Eles nem ligam mais, só o mais novo que vem aqui. Eu não tenho nenhuma foto deles. (ALMEIDA, 2005, p. 85).

Não obstante a inexistência de lei específica, o abandono afetivo inverso, como corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filial, representa fenômeno jurídico e social de relevância que merece ser discutido pelos operadores de direito.

Entende-se que o instituto Abandono Afetivo Inverso não veio para impor o afeto, mas sim para lembrar aos filhos que, aceitando ou não esta qualidade, jamais estarão “livre” do dever de cuidado para com seus genitores, dever este que, tragicamente e vergonhosamente, necessitou de ser expresso em dispositivo constitucional, para que os filhos pudessem dar valor a quem lhes deu a própria vida.

Segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

A inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização. O amor é uma celebração permanente de vida, reflete o desembargador, e, como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória. Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária, complementa. (ABANDONO, 2013).

O dano moral, portanto, seria uma forma de tutelar o dever de cuidado que foi violado, concomitantemente, uma ação preventiva com o fim de inibir a prática do descuido cada vez mais frequente por parte dos filhos. A reparação é baseada na omissão voluntária que foi prejudicial à vida do idoso. Cláudia Maria da Silva justifica:

A prestação pecuniária, não há como negar, é de extrema importância. Todavia, ela não é suficiente para garantir a vida, a saúde e a dignidade dos pais. Segundo Cláudia Maria da Silva, o conviver é basicamente afetivo e, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, cuida da alma, da moral, do psíquico. (SILVA, 2004, p. 123).

190

Embora o dinheiro seja essencial para a manutenção da qualidade de vida dos idosos não é o único fator relevante, sabe-se que amar é faculdade, mas cuidar é dever jurídico.

Compartilha-se do entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, no sentido que o princípio da solidariedade, “marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social” (LOBO, 2007), tem servido para proteger os mais vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, carentes alimentares, etc.), nas relações familiares.

Dessa forma, não obstante a ausência de lei específica no tocante ao abandono afetivo inverso, uma vez violado o dever de cuidado filial-paterno, tem o idoso o direito de exigir a compensação pecuniária, nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de envelhecimento não é um fato contemporâneo, ao contrário, vem acompanhando a sociedade desde os seus primórdios. Como consequência, em cada desenvolvimento temporal o fenômeno é visto e vivenciado de determinada maneira, sempre se adequando ao momento social.

Ocorre que o envelhecimento, inerente a todo e qualquer ser humano, cresceu gradualmente e alterou a realidade brasileira, que passou a possuir uma população idosa numerosa, contudo, sem o respaldo de políticas públicas para enfrentar a situação. Erroneamente, teve-se em mente que tal fenômeno se dava apenas em função da idade, descurando-se que se trata de um processo multifatorial, o qual não pode ser submetido a padronizações e estereótipos.

O crescimento populacional dos idosos no cenário mundial é evidente, o processo de longevidade está ocorrendo, entretanto, o Estado, a família e a sociedade não se mostram preparadas para oferecer uma qualidade de vida ao idoso, atrelada o acesso a saúde, educação, cultura e, acima de tudo, cuidado por parte dos filhos.

Atualmente, embora existam garantias constitucionais específicas no campo das políticas destinadas ao público idoso, veem-se, cada vez mais, idosos abandonados por suas próprias famílias, acesso a saúde precário, muitas das vezes somente os de classe alta são atendidos, despreparo educacional para que se atendam as necessidades do idoso, conforme a sua realidade e a desoportunização no mercado de trabalho em função da idade. Nos países subdesenvolvidos, em que a vida do idoso é marcada por baixa qualidade de vida, de consumo, de produtividade e elevadas taxas de miséria e concentração de renda.

Quanto às garantias constitucionais, consideradas necessárias para fazer valer os direitos dos idosos, que, na verdade, deveriam ser automáticos, em face da boa-fé e consideração com o próximo, tem-se o dever de prover e cuidar. Tal obrigação existe dos pais para os filhos e dos filhos para os pais, demonstrando, com isso, que o dever de cuidado não é facultativo aos filhos perante os pais idosos. Podendo ser responsabilizada a família, a sociedade e o Estado, pelo seu descumprimento.

É no contexto da família que surge a figura jurídica do Abandono Afetivo Inverso, ou seja, os filhos abandonam seus pais idosos, abstendo-se, de forma negligencial, em relação a

uma ação ou omissão perante o idoso. O viés desse abandono pautado no afeto é a falta de amor, cuidado e assistência por parte desses filhos.

Diante da ausência legislativa quanto ao abandono afetivo inverso, analisou-se a efetividade do Código Civil Brasileiro de 2002, do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/2003, da Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/1993, em relação aos direitos do idoso, tais como o direito à liberdade, respeito, dignidade, saúde, proteção, atendimento, acesso à justiça, crimes e alimentação. Verificou-se, ainda, a incidência da Política Nacional do Idoso - Lei nº 8.842/1994, pela qual emergiram normas com o objetivo de garantir a participação efetiva, autonomia e a integração do idoso em sociedade.

Diante dessa série legislativa em que o idoso se insere, restou demonstrado que em nosso atual ordenamento jurídico não faltam mecanismos legais que protejam os idosos, e possibilitem o exercício de seus direitos. Contudo a prática de tais mecanismos, não vem sendo exercida de maneira eficaz, observados a quantidade de idosos abandonados pelos filhos e desamparados pelo governo.

É sabido que o afeto não pode ser imposto e tampouco vem explícito em termos legais, todavia, a sua ausência atinge o idoso diretamente e, conseqüentemente, coloca em evidência o dever de cuidado ignorado e contrário ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador do Princípio da Igualdade, Princípio da Afetividade e Princípio da Proteção aos Idosos.

Seguindo a perspectiva de violação do dever de cuidado filial-paterno surge à possibilidade de responsabilização civil, por meio do Abandono Afetivo Inverso, instituto que consubstancia a reparação de danos injustos em face do idoso, com o objetivo de reestruturar o equilíbrio violado, tendo como um dos seus pressupostos de validade o dano, especificamente, o moral. Nesse contexto, discutiu-se a indenização por dano moral, no contexto do Abandono Afetivo Inverso como forma compensatória do sofrimento.

Assim, não obstante a ausência de lei específica no tocante ao abandono afetivo inverso, uma vez violado o dever de cuidado filial-paterno, tem o idoso o direito de exigir a compensação pecuniária, nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

Em vista dos argumentos apresentados, conquanto exista o anseio de que os filhos negligentes sejam punidos em face do Abandono Afetivo Inverso, por meio da imposição de

indenização por danos morais, objetiva-se o aspecto preventivo de conscientizar os filhos quanto ao seu papel de cuidador em relação aos seus pais.

Dessa forma, ainda que o amor não possa ser precificado, tem-se que a indenização por danos morais, sem dúvida, emerge como forma de tutelar o dever de cuidado violado pelos filhos, e, concomitantemente, uma ação preventiva com o fim de inibir a prática do descuido cada vez mais frequente por parte dos filhos. Certo é que a base para uma boa qualidade de vida para os idosos está pautada no diálogo, sobretudo, no reencontro transformativo de valores entre pais e filhos.

Assim, se um filho abandonar o pai por mero deleite poderá ser condenado a indenizá-lo pelo Abandono Afetivo Inverso.

REFERÊNCIAS

ABANDONO afetivo inverso pode gerar indenização. **IBDFAM**, 16 jul. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 08 maio 2016.

ALLEGRETTI, Fernanda. O melhor lugar do mundo para envelhecer. **Veja.com**. Caderno Mundo. 13 set. 2014. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/o-melhor-lugar-do-mundo-para-envelhecer>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ALMEIDA, Fabiana Souza de. **Idosos em instituições asilares e suas representações sobre família**. 2005. 103f. Tese (Mestrado). Programa de Pós-graduação. Universidade Federal de Goiás, Jataí, 2005.

ALVES, Sara; MOREIRA, Carmem Félix; NOGUEIRA, Sônia. Relações sociais, estereótipos e envelhecimento. **Actas de Gerontologia**, Porto, v. 1, n. 1, p. 1-11, 2013.

AMARILHO CB. **O executivo-empendedor, sua aposentadoria e o processo de afastamento do trabalho**. Rio de Janeiro: UNATI, 2005

AMORIM, Eveline de Figueiredo Brito. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a problemática em torno da compensação. **Brasil Escola**. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/responsabilidade-civil-abandono-afetivoproblematica-torno-compensacao.html>. Acesso em: 17 abr. 2016.



ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9311>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Abandono Moral. **Jornal do Advogado**, OAB/SP, n. 1, 289, dez/2004, p.14.

BERNSTEIN, Tony. Governo canadense oferece moradia especialmente voltada à terceira idade. **Portal da 3ª idade**. Disponível em: <http://www.portalterceiraidade.org.br/horizontais/noticias_cidadao/anteriores/anterior0149.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BOAS, Marco Antonio Vilas et al. **Estatuto do Idoso Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BORIN, Roseli; ARMELIN, Priscila Kutne. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. **Argumenta**, UENP Jacarezinho, nº 20, p. 199-221, 2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:elKraOpM9B8J:seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/448/pdf_56+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 maio 2016.

BOUCINHAS, Ana. A velhice pela história. **Amantes da Vida**. Disponível em: <<http://www.amantesdavid.com.br/a-velhice-pela-historia/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 abr. 2016.

BRASIL. Código Penal. (1940). **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 50**. Diário Oficial da União, Brasília, 26 fev. 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/enunciados_fonajef.pdf>. Acesso em 16 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 02 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

195

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 16 set. 2014.

CALDAS, C.P. O idoso em seu processo demencial: o impacto na família. In: MINAYO, M.C.S; COIMBRA JR., C. (Org.). **Antropologia, Saúde e Envelhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

CARLOS, Roberto. **Meu querido, meu velho, meu amigo**. 1979. Disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/roberto-carlos/meu-querido-meu-velho-meu-amigo.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. A legislação brasileira e o idoso. **Revista CEPPG**, v. 2, n. 21, p. 33-46, 2009.

CONTRÁRIO de outros países, Brasil não se preparou para envelhecer, Ao. **Revista em Discussão**. Ago. 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/revista-em-discussao-edicao-agosto-2010/materias/ao-contrario-de-outros-paises-brasil-nao-se-preparou-para-envelhecer.aspx>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. ... **falando em idosos**. 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/vocesabia--falando-em-idosos.cont>>. Acesso em 18 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos tribunais, 2009.

DINIZ, M. H.; **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ECONOMIA exclui idosos. **O País**. Caderno Economia. 06 dez. 2013. Disponível em: <<http://opais.sapo.mz/index.php/economia/38-economia/28047-economia-exclui-idosos.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

ENSINO voltado para jovens e adultos muda realidade dos estudantes. **Prefeitura de João Pessoa**. 02 abr. 13. Disponível em: <<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/ensino-voltado-para-jovens-e-adultos-muda-realidade-dos-estudantes/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALTA de informação dissemina Aids em idosos na Tanzânia. **Folha Online**, 02 dez. 2004.



Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u78913.shtml>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

FERNANDES, Flávio da Silva. **As pessoas idosas na legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 1997.

FILHOS têm obrigação de cuidar dos pais idosos, afirma advogada. **Fantástico**. O Conciliador. 18 maio. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/quadros/o-conciliador/noticia/2010/05/filhos-tem-obrigacao-de-cuidar-dos-pais-idosos-afirma-advogada.html>>. Acesso em 23 abr. 2016.

FISCHER, Andréa F. Cresce contaminação por Aids entre idosos. **Unimed**, 06 dez. 2004. Disponível em: <http://unimed.coop.br/pctr/index.jsp?cd_canal=49146&cd_secao=34366&cd_materia=28727>. Acesso em 18 mar. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Vasco Lopes da. **Ser idoso hoje, ser idoso ontem**. 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://comunicar-preciso.blogspot.com.br/2013/11/ser-idoso-hoje-e-ser-idoso-ontem.html>>. Acesso em 02 mar. 2016.

GLOBAL AGEWATCH. O que determina o bem-estar socioeconômico de idosos no mundo? Portal do Envelhecimento. 16 set. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.com/longevidade/item/3776-o-que-determina-o-bem-estar-socioeconomico-de-idosos-no-mundo>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

IDOSOS abandonados pelas famílias encontram solidariedade em abrigo. **G1**. São Paulo, 06 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/2014/05/idosos-abandonados-pelas-familias-encontram-solidariedade-em-abrigo.html>>. Acesso em: 06 maio 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. **Estatística da População**. 2007. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2016.

LEMOS et al. **Velhice**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/tempo/velhice-texto.html>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

LENHARO, Mariana. Mundo terá 1 bilhão de idosos em dez anos e falta estratégia, adverte ONU. **Estadão**. São Paulo, 02 out. 2012. Caderno Geral. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mundo-tera-1-bilhao-de-idosos-em-dez-anos-e-falta-estrategia-adverte-onu-imp-,938764>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

MATIAS, Leonel. Moçambique é um dos piores países do mundo para os idosos. 09 out. 2015. **DW**. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/mo%C3%A7ambique-%C3%A9-um-dos-piores-pa%C3%ADses-do-mundo-para-os-idosos/a-18773202>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MILHORANCE, Flávia. Grupo de centenários triplica em uma década, mas acesso a saúde ainda é restrito no Brasil. **O Globo**. 11 jan. 2015. Caderno Saúde. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/grupo-de-centenarios-triplica-em-uma-decada-mas-acesso-saude-ainda-restrito-no-brasil-15019788>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

MORENO, Denise Gasparini. **O Estatuto do idoso**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY, Marina. Sociedade - A nova velha geração. **Revista Desafios do Desenvolvimento**. a. 4, ed. 32, 07 mar. 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1143:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em 03 mar. 2016.

NORUEGA é o melhor país para se viver na velhice; Brasil é o 58°. **Veja.com**. Caderno Mundo. 01 out. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/noruega-assume-topo-em-lista-de-melhores-paises-para-se-envelhecer-brasil-cai-para-58>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse: da teoria à prática. In: SOUZA, Jane de. **O princípio do melhor interesse aplicado ao direito de família**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 22 fev. 16

PINTO, Tales do Santos. Era Napoleônica. **Mundo Educação**. Disponível em? <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/era-napoleonica.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO: um Brasil para todas as idades, A. **Com Ciência**, 10 set. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/envelhecimento/texto/env02.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. **Sistema Integrado de Bibliotecas. P816o Orientações para elaboração de trabalhos técnicos científicos conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**. 2. ed. Elaboração: Roziane do Amparo Araújo Michielini. Belo Horizonte, 2016.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal 4. : Recurso Cível nº 2007.70.95.014089-0 (PR). Rel. Rony Ferreira. **Diário Oficial da Justiça**. Porto Alegre, 17 set. 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=2007.70.95.014089-0&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>. Acesso em: 16 mar.2016.

PRAZERES, Geovana. Saber Envelhecer: Seguido de a Amizade. **Bom pra ler**. 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://bompraler.blogspot.com.br/2008/03/saber-envelhecer-seguido-de-amizade.html>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

RODRIGUES, N. C.. Política Nacional do Idoso – Retrospectiva Histórica. In: **Estudos Interdisciplinares do Envelhecimento**; Porto Alegre, v. 3, p. 149-158.

SANTOS, Maria das Graças Barbosa dos. A proteção do idoso: Brasil x Canadá. **Zé Moleza**. 22 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.zemoleza.com.br/trabalho-academico/humanas/direito/a-protecao-do-idoso-brasil-x-canada/>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade Da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVATIER, Traité de la responsabilité civile em droit français, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, 19ª ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.



SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 25, n. 4, p. 585-593, out./dez. 2008

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 123-147, ago./set. 2004.

SPIRDUSO, 2005: SPRIDUSO, Waneen Wyrick. **Dimensões Físicas do envelhecimento**. São Paulo: Manole, 2005.

TUMA, Rogério. Onde é melhor envelhecer. **Carta Capital**. Saúde, 12 out. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/820/onde-e-melhor-envelhecer-353.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

200

Submissão: 31/07/2016
Aceito para Publicação: 07/10/2016



**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO *VERSUS* O ATO REALIZADO
POR SEU AGENTE PÚBLICO E SUA CONSEQUENTE RESPONSABILIZAÇÃO NA
ÁREA CÍVEL**

*THE STRICT RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT VERSUS THE ACT
PERFORMED BY ITS PUBLIC AGENT AND ITS CONSEQUENT LIABILITY IN THE CIVIL
AREA*

Tiago Imperatori*

Ana Christina Konrad**

Valmir de Souza***

Odorico Konrad****

202

RESUMO: Este artigo tem como objetivo fazer uma análise das possibilidades de o Estado não vir a ser condenado ou, em sendo, ter o direito de regresso pelo ato cometido por seu agente. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo, levantamento bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões partem de um resgate evolutivo acerca da história da responsabilidade desde os tempos primórdios até os dias atuais. Em seguida, faz-se um estudo direcionado à responsabilidade civil do Estado para que, finalmente, seja analisada a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado. Assim, somente a análise criteriosa é que poderá conduzir a conclusão de que, nos casos em que o agente público agir com dolo ou culpa, poderá o Estado vir a não ser condenado ou, em sendo, ter a sua responsabilidade minimizada diante da atuação de seu agente.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibilities of the state not be condemned or, in being, have the right of return for the act committed by his agent. This is a qualitative study conducted by the deductive method and survey bibliographic and documentary. Thus, the reflections are a rescue about the evolutionary history of responsibility from the earliest times to the present day. Then it is a study directed to liability of the State to finally be analyzed subjective liability about the damage generated, capable of removing the strict liability of the State. Thus, only a careful analysis is that may lead to the conclusion that, in cases in which the public official to act with malice or negligence, the State can not continue to be condemned, or in being, have minimized their responsibility before the performance of his agent.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Estado. Agente público. Art. 37, §6º da Constituição Federal. Danos Morais e Materiais.

KEYWORDS: Liability. State. Public official. Article 37, § 6º of Federal Constitution. Moral and Material Damages.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Responsabilidade Civil e suas Espécies. 1.1 Elementos da Responsabilidade Civil. 1.2 Causas que Rompem o Nexo de Causalidade. 2 Responsabilidade Civil do Estado. 2.1 Evolução Histórica. 2.2 Atos Comissivos e Atos Omissivos. 2.3

* Especialista em Direito Público pela Universidade Uniderp Anhanguera, São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul. Pesquisadora bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particular (PROSUP/CAPES).

*** Doutor em Ambiente e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul. Mestre em Desenvolvimento Regional e Agronegócio pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública e Cidadania da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE) e do Programa de Pós-Graduação em Gestão e Auditoria Ambiental da Faculdade Sul Brasil (FASUL), Paraná.

**** Doutor em Engenharia Ambiental e Sanitária pela Montanuniversität Leoben, Áustria. Professor do Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho do Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul.

Responsabilidades Subjetiva e Objetiva do Estado. 3 Discussão acerca da Temática Proposta. 3.1 Teoria do Risco Administrativo. 3.2 Abordagem Referente ao Artigo 37, §6º, CF. 3.3 Sujeitos Passivos: Estado e Agentes Públicos. 3.4 Responsabilidade Subsidiária e a Denúnciação à Lide. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Carta Magna em 1988, consolidaram-se os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Dentre eles, encontra-se o direito de ser indenizado por ocasião de algum evento danoso ocasionado por qualquer pessoa física e/ou jurídica de direito público ou privado. Diante de tais previsões legais e tendo em vista a necessidade de comprovação do efetivo dano, cabível é a busca pela reparação financeira por danos (extra)patrimoniais, quando devidamente comprovados.

Nesse contexto, pretende-se verificar a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado. Assim, objetivando resolver a questão que recai sobre o tema proposto, necessária se faz a realização de análise acerca de possível responsabilização estatal por atos de seus agentes, com ênfase no disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal (CF). Como forma de complementação, serão abordadas questões referentes às teorias publicistas, leis diversas acerca da responsabilidade no âmbito público, bem como os sujeitos que, *a priori*, transformam-se em alvos das vítimas ou de suas famílias, as quais buscam, em sua maioria, ressarcimento financeiro.

Como o texto objetiva elucidar a questão “quando se torna viável a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado?”, a pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, conforme Mezzaroba e Monteiro (2008), e os procedimentos técnicos adotados são bibliográfico e documental.

Por fim, após análise acerca da responsabilidade civil do Estado, parte-se ao estudo do art. 37, §6º, CF e sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, com apoio na responsabilidade solidária entre Estado e agente, no sentido de encontrar a viabilidade de eximir aquele da responsabilidade objetiva que lhe circunda.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES

A sociedade vive em constante modificação e os cidadãos se entregam cada vez mais a uma vida com muitos afazeres pessoais e profissionais. Tendo por base essa dinâmica, ocorrem alguns fatos inesperados que poderão ensejar a reparação por danos morais e/ou

materiais. Diante disso, e levando-se em consideração os reflexos de tais fatos perante a comunidade, torna-se necessário compreender as espécies, elementos e excludentes da responsabilidade civil com base na legislação brasileira vigente.

Em razão da ocorrência de uma conduta capaz de representar violação a um dever jurídico, bem como diante de tantos fatos que têm o condão de ensejar a reparação de danos, é que a responsabilidade foi subdividida em duas esferas, quais sejam, civil e penal, em sequência analisadas.

Muito embora os conceitos de responsabilidade civil e penal sejam parecidos, existem algumas diferenças pontuais, as quais são capazes de gerar o dever de indenização. *A priori*, a correlação existente entre ambas as esferas jurídicas é a de que a responsabilidade penal pode produzir efeitos no âmbito cível.

Venosa (2007), com fundamento nos artigos 91, inciso I, do Código Penal (CP), 63, do Código de Processo Penal (CPP) e 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC), aduz que a sentença penal condenatória tem a capacidade de fazer coisa julgada na área cível, para fins de indenizar a vítima da conduta delituosa.

Segundo o autor (2007), com relação à questão envolvendo a sentença penal condenatória, a esfera cível mantém proximidade com a penal no que diz respeito à existência do fato criminoso, ou seja, “[...] não podemos discutir no cível a existência de fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal [...]” (VENOSA, 2007, p. 18).

Já no âmbito cível, o prejuízo causado por um terceiro deve ser ressarcido, desimportando tratar-se de ente público. O principal objetivo, neste momento, é a recomposição do equilíbrio, na tentativa de recuperar o *statu quo ante* ou, não sendo isto possível, através de uma compensação financeira. Deste modo sendo necessário compreender a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Como anteriormente aferido, aquele que não respeitar os deveres jurídicos poderá vir a sofrer consequências de cunho indenizatório. Tais deveres poderão ter como origem uma relação jurídica obrigacional previamente estabelecida, sendo denominada, também, de contrato. Nesse sentido, “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15).

Como se vê, para o autor a responsabilidade contratual é aquela em que há uma infração a um determinado dever jurídico, o qual pode ter sido originado através de um ilícito de negócio jurídico, caracterizado por contratos, como já dito, ou manifestações de vontade.

Assim, caso a responsabilidade seja contratual, “o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado [...] se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei [...]” (GONÇALVES, 2008, p. 28).

Paralelamente ao assunto anterior, situa-se a responsabilidade extracontratual, a qual está fundada em uma infração à legislação, não tendo, pois, relação alguma com contratos. A simples ação de não fornecer alimentos, por exemplo, pode configurar uma infração capaz de gerar tal responsabilidade, uma vez que o dever de alimentar está posto em lei e é considerado um direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Se a ilegalidade tiver como origem um ato contra um dever previsto em lei, o ilícito será considerado extracontratual ou aquiliano. Comprova-se tal disposição pelo seguinte entendimento doutrinário:

Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15).

A violação dos deveres de omissão, como os que correspondem aos direitos reais, da personalidade ou aos direitos de autor, estes no que diz respeito à ordem científica e/ou artística, também configuram aspectos da responsabilidade extracontratual, segundo Gonçalves (2008).

Assim, segundo o autor, no que diz respeito ao *onus probandi*, o interessado, ou seja, a vítima deverá comprovar que o fato realmente ocorreu por culpa do agente, sempre que a infração tiver como núcleo a legislação, com o intuito de não responder pelos danos causados, os quais que não teve culpa, a princípio, de sua ocorrência.

Há outra face da responsabilidade, denominada de responsabilidade subjetiva. Essa modalidade estabelece a necessidade de provar a existência de dolo e culpa na ação ou omissão praticada por uma pessoa. O ilícito, nesse caso, corresponde ao fundamento para caracterizar o dever de ressarcir o prejuízo causado. No pensar de Diniz (2008, p. 53), tal esfera da responsabilidade está dividida em direta e indireta. “Será direta, quando o agente

responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei [...] operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do *onus probandi*”.

Havendo a configuração acerca da forma indireta da responsabilização, o agente poderá responder judicialmente de forma objetiva ou subjetiva, conforme se verifica a seguir:

[...] relativamente à responsabilidade indireta, o imputado responderá objetivamente, por ato de terceira pessoa, com a qual tenha vínculo legal de responsabilidade (CC, art. 932, I a IV), ou, subjetivamente, por fato de animal ou de coisas inanimadas sob sua guarda (como sucede com donos ou detentores de animais, donos de edifícios em ruínas. Será preciso provar a culpa do lesante na produção do dano (CC, 936 e 937) (DINIZ, 2008, p. 53).

Ainda, tomando-se por base o Código Civil de 2002, observa-se que seu art. 186 “manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16). Para o doutrinador, o termo culpa, deve ainda ser estudado e interpretado em seu duplo sentido, qual seja, *lato e stricto sensu*, indicando dessa forma, tanto a culpa, quanto o dolo na ação praticada.

O atual Código Civil brasileiro promoveu significativas alterações em matéria de responsabilidade objetiva, isto é, aquela que não exige a comprovação da culpa para reconhecimento do dever de indenizar. Conforme Kfoury Neto (2010, p. 64), “nosso direito admite, então, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa”.

Como visto no tópico anterior, a vítima, com a finalidade de ser ressarcida pela ocorrência de um evento danoso, deve comprovar a culpa do agente, conforme reza o art. 927, *caput*, CC. Contrariamente a esta modalidade de responsabilidade – subjetiva –, alguns casos são dispensados da presença do elemento culpa, caracterizando assim, a forma objetiva do referido instituto civilista. Torna-se possível visualizar esta situação, por exemplo, nas relações de trabalho onde comprovadamente há incidência de periculosidade, ou seja, quando a empresa se torna responsável pelos danos causados ao seu empregado em face da atividade ser de risco, não sendo necessária a comprovação da culpa para fins de indenização.

A responsabilidade civil, conforme aduz Stoco (2001, p. 109), vem se dirigindo a passos largos para a questão objetiva, que está sob os pilares da teoria do risco, uma vez que a “culpa tradicional não satisfaz e não dá resposta segura à solução de numerosos casos”.

Lima (2004) acrescenta que diante da dificuldade de, por exemplo, o trabalhador comprovar a culpa da empresa que o contratou frente a um dano oriundo de acidente de

trabalho, surgiu a necessidade da criação da chamada Teoria do Risco “ante a necessidade de amparar as vítimas de acidentes e tendo em vista os problemas sociais deles originados, principalmente, para o operário e sua família”.

Venosa (2007, p. 12) acredita que “a teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo corrente Código”.

Para Cavalieri Filho (2010) a responsabilidade objetiva trouxe novos horizontes aos julgadores, uma vez que o risco é um de seus principais elementos, sendo dispensável a comprovação da culpa para fins de indenização pelos danos causados. Complementando sua posição, o autor menciona que é possível identificar várias faces da *teoria do risco*: Teoria do risco-proveito (ocorre quando alguém tira proveitos da atividade danosa e, por consequência, deve responder por eventual dano); Teoria do risco criado (pode ser explicada nos casos em que a atividade cria um perigo); Teoria do risco profissional (tem influência na comprovação dos prejuízos com origem em acidentes de trabalho); Teoria do risco excepcional (existente quando há a necessidade de responsabilizar aqueles que exploram energia nuclear, materiais radioativos, etc.) e Teoria do risco integral (esta tem a prerrogativa de que, havendo dano, há o dever de indenizar quem o sofreu).

Na mesma linha, Diniz (2008, p. 128) menciona que “é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

A autora continua seu pensamento mencionando que a equidade possui caráter importante na formação da objetividade da responsabilidade, pois “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens resultantes” (DINIZ, 2008, p. 51). Sendo assim, a atividade exercida pelo agente pode ser a origem de eventuais danos à vida, saúde, etc, levando-se em consideração as probabilidades de criação de risco a outrem.

Nesta esteira, Diniz (2008) ressalta que algumas atividades humanas têm o poder de criar algum tipo de risco especial, como por exemplo, o trabalho em ferrovias, cavernas de mineração, transporte marítimo, comercialização e transporte de combustível, bem como em serviços de hotelaria (em casos de furto por parte dos empregados em face dos hóspedes), entre outros.

Por fim, Diniz (2008) informa, ainda, que o ponto chave da situação é o perigo que nasce da atividade e não das atitudes das vítimas, as quais deverão comprovar tão somente o dano e a conduta do seu causador, para fins de ressarcimento do(s) dano(s) sofrido(s).

1.1 Elementos da Responsabilidade Civil

Com a finalidade de caracterizar a obrigação de responsabilizar um cidadão por ato seu praticado, necessária a demonstração de certos pressupostos, os quais variam de acordo com as correntes doutrinárias. Para melhor compreensão serão abordadas por itens na sequência.

a) Conduta/ação

Levando-se em consideração o primeiro elemento (conduta), destaca-se o art. 186, CC, o qual menciona que comete ato ilícito a pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ocasiona um dano, seja este tão somente moral ou não.

Assim, denota-se que o dano pode existir mediante a repercussão e comprovação da culpa. Observa-se:

O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos (DINIZ, 2008, p. 40).

Mister mencionar que ação e conduta perfazem o mesmo caminho. Neste sentido,

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de ato que possam lesar o seu semelhante, de sorte que este *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

Segundo Venosa (2007, p. 21), a análise da parte geral do Código Civil permite observar que “fatos, atos e negócios jurídicos” existem justamente pela vontade humana, refletindo efeitos por vezes contrários à legislação vigente.

O escritor explica o contexto exposto através de situações triviais do cotidiano da sociedade, tais como o dever de alimentação dos pais para com seus filhos, bem como a obrigatoriedade do médico prestar seus serviços quando contratado por determinado paciente.

Logo, a responsabilização pelos danos gerados será colocada em pauta a partir do momento em que houver uma omissão por parte daquele que tem “o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25).

No que tange à efetiva existência de uma ação, necessária se faz a exibição de causas oriundas de fatos próprios, de outrem e de coisa, elencados nos artigos 932, 937 e 938, do atual Código Civil. Conforme o entendimento do autor, a primeira possui auto-explicação, ou seja, aquele que dá causa para a ocorrência de um dano, torna-se responsável pelo mesmo. Quanto ao fato de outrem, também compreendido como sendo de terceiro, ocorre quando há uma proteção, mais especificamente na questão do “dever de guarda, vigilância e cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25), ou seja, o dever dos pais, tutores, curadores, empregadores, entre outros, para com aqueles que estão sob sua proteção. Admissível, ainda, o fato da coisa, também com o sentido de guarda e vigilância com pessoas, como também com animais e coisas.

Assim, com base em tais premissas, possível é a conclusão de que a conduta, exteriorizada pela ação, é considerada um elemento essencial para a caracterização do dever de responsabilizar aquele que lesou outrem.

b) Dano

O dano pode ser considerado um dos mais importantes elementos para a caracterização do dever de indenizar, uma vez que “não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo” (DINIZ, 2008, p. 59). Muito embora seja um pressuposto essencial, como anteriormente mencionado, a referida autora explica que o mesmo deve ser devidamente comprovado através de provas concretas que possam garantir o êxito na busca pelo ressarcimento tanto de danos materiais como morais, adiante analisados de forma mais específica.

Ainda, a escritora aduz que, quanto aos danos que vão de encontro à esfera subjetiva do lesado, afetando a sua moral, verifica-se que não são passíveis de mensuração financeira, requerendo atenção muito especial do Magistrado quando do estudo do caso e das provas, para ser alcançada a indenização mais justa, uma vez que a dor, a honra, o nome, etc., não possuem uma base valorativa para direcionar o Juiz no momento de seu convencimento e posterior decisão. Tal entendimento funda-se na ideia de que “o dano moral que se traduz em

ressarcimento pecuniário não afeta, *a priori*, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles” (DINIZ, 2008, p. 60).

No quesito patrimonial, também denominado de material, as possibilidades de alcançar um valor econômico mais preciso ao dano ficam mais claras, conforme o seguinte posicionamento:

[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Tal dano vem a ser calculado mediante a “diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão” (DINIZ, 2008, p. 66). Logo, o que se almeja é a busca do *statu quo ante*, isto é, tentar voltar a um patamar parecido ao vivenciado no momento da ocorrência do fato.

Em sequência ao entendimento do doutrinador, o mesmo menciona que é possível, pois, inexistir culpa. Porém, para quem almeja o ressarcimento por haver sido lesado, necessária se faz a comprovação do dano, denominado pelo mesmo autor de “vilão da responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 72).

Ainda, denota-se que a responsabilidade penal pode ocorrer sem dano, sendo impossível o mesmo ocorrer na área civil. O conceito empregado ao termo *dano*, atualmente, é o da ocorrência de uma redução de um bem jurídico, não importando a sua natureza, “quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Diniz frisa que será indispensável a ocorrência de alguns requisitos para que o dano indenizável realmente ocorra. São eles:

a) *Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa*, pois a noção de dano pressupõe a do lesado. O dano acarreta lesão nos interesses de outrem, tutelados juridicamente, sejam eles econômicos ou não. [...] Se alguém caluniar outrem, os danos poderão consistir na afetação do bom nome do caluniado, na perda do emprego ou de algum negócio [...] Esses são designados de *danos reais* causados pelo fato lesivo [...] b) *Efetividade ou certeza do dano*, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjetural. O dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão [...] O dano pode ser atual ou futuro [...] c) *Causalidade*, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado [...] d) *Subsistência do dano* no momento da reclamação do lesado. Se o dano já foi reparado pelo

responsável, o prejuízo é insubsistente, mas, se o foi pela vítima, a lesão subsiste pelo *quantum* da reparação [...] e) *Legitimidade*, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisará ser titular do direito atingido [...] f) *Ausência de causas excludentes de responsabilidade*, porque podem ocorrer danos [...] como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima etc.” (DINIZ, 2008, p. 63-65).

Com o ora exposto, indispensável resta à análise de dois aspectos muito relevantes na esfera da responsabilidade civil: o dano emergente e o lucro cessante. Venosa (2007, p. 35) expõe em sua obra que enquanto aquele diz respeito ao que efetivamente foi perdido, este corresponde ao que a “vítima razoavelmente deixou de lucrar”. Desta feita, o dano emergente torna-se mais suscetível a uma mensuração de valores, pois depende tão somente de dados concretos.

Quanto ao lucro cessante, o autor menciona que deve haver uma “projeção contábil” (VENOSA, 2007, p. 35) baseada no que a vítima do evento danoso teria recebido se o mesmo não tivesse ocorrido. Assim, “a avaliação não pode partir de premissas abstratas” (VENOSA, 2007, p. 36), devendo haver, no entanto, a aplicação do princípio da razoabilidade, conforme preconiza o art. 402, CC.

Nossa Carta Magna, promulgada em 1988, trouxe à baila, dentre muitos direitos, deveres e garantias fundamentais, a possibilidade de ressarcimento por danos materiais e morais. Observa-se tal afirmação através do art. 5º, V e X. Além da Constituição Federal, outras legislações inseriram em seu contexto a questão posta. É o caso do art. 186, CC e art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Expressando mais ênfase à questão do dano, denota-se que o mesmo, por si só, consiste em um gênero. Quando *moral* – espécie – merece ser estudado de forma mais específica diante de suas peculiaridades, tais como seus meios de provas, legitimidade, transmissibilidade, arbitramento e sua liquidação.

A fase instrutória do processo é a grande responsável pela discussão da existência do dano moral, a qual é considerada extremamente importante para o deslinde do feito, uma vez que a sua comprovação depende de provas concretas de que a pessoa realmente sofreu com o evento danoso. Segundo a doutrina, “por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90).

O magistrado, no âmbito de suas atribuições legais, tem o dever de arbitrar o valor destinado ao dano moral em comento, por seu livre arbítrio, “atentando para a repercussão do

dano e a possibilidade econômica do ofensor” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 96). Mister ressaltar que o montante indenizatório não pode ser fonte de lucro à vítima, nem de empobrecimento do devedor, conforme posicionamento do autor. Este momento é muito relevante para a resolução do processado, devendo o Juiz agir de acordo com o bom senso, a fim de que a sentença seja justa e a “sanção seja proporcional ao dano” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

Pessoas jurídicas também podem vir a ser prejudicadas moralmente. É o que se pode compreender através do seguinte entendimento: “toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico” (VENOSA, 2007, p. 41).

Por fim, objetivando demonstrar a relevância do assunto tratado, toma-se por base a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que o dano moral pode ser cumulado ao patrimonial.

c) Nexo e culpa

O nexos de causalidade pode ser descrito como sendo um dos elementos mais importantes na relação que define a real necessidade da reparação de danos pretendida, na maioria dos casos, perante o Poder Judiciário.

Conforme anteriormente analisada, a responsabilidade subjetiva é aquela que toma por fundamento alguns requisitos considerados basilares para a ocorrência de responsabilidade civil, quais sejam: “a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano e o nexos de causalidade entre uma e outro” (STOCO, 2001, p. 106).

O autor afirma, ainda, que este nexos “se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (STOCO, 2001, p. 106). Ainda, o referido doutrinador aduz que:

No tocante à determinação do nexos causal, duas questões se antepõem: a primeira pertence à dificuldade de sua prova; a segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra a “causalidade múltipla”, pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente (STOCO, 2001, p. 106).

Ademais, no tocante aos diversos entendimentos doutrinários, verifica-se que “o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexos causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível” (DINIZ, 2008, p.

108). Destarte, fica visível a ideia de que para que haja o nexo, necessariamente deverá existir uma forte ligação entre o fato que gerou o dano e a conduta do agente.

Neste sentido, o que deve restar fortemente comprovado, no contexto de Diniz, é a necessidade de “que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido [...] se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (DINIZ, 2008, p. 108).

Gonçalves (2008, p. 36) informa que a relação de causalidade é tão importante para o deslinde da discussão que, “sem ela, não existe a obrigação de indenizar.” Por fim, “o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (STOCO, 2001, p. 106).

Ab initio, pode-se dizer que a culpa tem uma função essencial no campo da responsabilidade civil, pois, conforme se analisará a seguir, a mesma pode ser apresentada sob dois aspectos, quais sejam: *lato sensu* e *stricto sensu*.

Contudo, primeiramente existe a necessidade de compreender e conceituá-la de acordo com os estudos atuais, os quais se fortificam no art. 186, CC, que menciona que a ação ou a omissão do agente deve ser baseada no ato voluntário ou, ainda, na negligência ou imprudência para, então, configurar um ato ilícito.

A obrigação de ressarcir alguém surge quando uma pessoa age com culpa, ou seja, quando teve a possibilidade de agir de forma correta, mas assim não o fez (por descuido, negligência), gerando um dano a outrem. Comprova-se tal afirmação, com a seguinte interpretação: “agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito [...]” (GONÇALVES, 2008, p. 296).

A culpa *lato sensu*, ou seja, em sentido amplo, “compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico”. Paralelamente a isto está a culpa *stricto sensu* que, na visão da autora, diz respeito à “imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar o dever” (DINIZ, 2008, p. 41).

Para a doutrinadora, a vontade de alcançar um resultado capaz de gerar danos – fim ilícito –, corresponde ao dolo. Em outro sentido, a mesma ensina que “a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas [...] e a imprudência é a precipitação ou ato de proceder sem cautela” (DINIZ, 2008, p. 41).

Em um contexto mais direcionado, verifica-se que a conceituação de culpa se restringe a uma “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a

produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Logo, o escritor menciona que o referido conceito traz em seu bojo os elementos essenciais para a configuração da conduta culposa: “a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Quanto às suas modalidades, a culpa exhibe um leque bastante amplo, conforme verifica-se a seguir:

Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante, ou do preposto [...] não legalmente habilitado, ou sem as aptidões requeridas. Culpa *in vigilando* é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão [...] culpa *in committendo*, quando o agente pratica ato positivo (imprudência), enquanto a *in omittendo* decorre de abstenção (negligência). [...] a culpa pode ser encarada ainda *in concreto* ou *in abstracto*. Na primeira, o agente falta à diligência que as pessoas são obrigadas a empregar nas próprias coisas [...] Na segunda, o agente falta àquela atenção que um homem atento emprega na administração de seus negócios, fazendo uso da inteligência com que foi dotado pela natureza (STOCO, 2001, p. 97).

214

Logo, a teoria da culpa presumida tem uma ligação muito íntima com o já mencionado dano moral, uma vez que a mesma traz em seu contexto o pressuposto de que “a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação” (GONÇALVES, 2008, p. 302).

Por fim, é possível compreender que, mesmo havendo dúvidas quanto à culpa do agente e/ou da vítima, esta deverá alegar sua fragilidade, bem como o nexos causal, conforme dito anteriormente para, então, haver a inversão do *onus probandi* e alcançar a melhor forma de solucionar o conflito objeto de discussão.

1.2 Causas que Rompem o Nexos de Causalidade

A doutrina, em um contexto amplo, refere que a atenção deve ser redobrada no que tange às excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, etc.), pois, caso alguma delas se faça presente no caso concreto, o dever de indenizar se esvai.

A primeira causa capaz de romper com o nexos causal é a *culpa exclusiva da vítima*. Seu conceito abrange a ideia de que “se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos [...]” (DINIZ, 2008, p. 111). A autora

refere, ainda, que o cidadão que participou do evento danoso e que, por motivos alheios à sua vontade causou o dano, nada mais é do que um “instrumento do acidente, não se podendo falar emnexo de causalidade entre a sua ação e a lesão” (DINIZ, 2008, p. 111).

Assim, ao analisar e valorar cada situação de forma separada e minuciosa, torna-se possível afirmar que “a culpa *exclusiva* da vítima elide o dever de indenizar [...] Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas” (VENOSA, 2007, p. 47). A hipótese, pois, é de culpa concorrente, incidindo a regra do art. 945 do CC.

Quanto ao *fato de terceiro*, Diniz (2008, p. 112) ensina que esta terceira pessoa está em um patamar diferenciado da vítima e do agente. Cavalieri Filho exemplifica tal situação a partir do caso julgado pela 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro, resumidamente a seguir transcrito:

A mulher de um ciclista moveu ação de indenização contra determinada empresa de ônibus por ter sido o seu marido atropelado e morto quando trafegava em sua bicicleta. Alegou-se que o ônibus, invadindo a contramão de direção, atingiu o ciclista em sua pista. A prova demonstrou, entretanto, que o ciclista caiu em um buraco existente em sua pista justamente no momento em que o ônibus passava em sentido contrário, vindo a ser atingido na cabeça pela roda traseira do coletivo. O buraco na pista do ciclista havia sido aberto por uma empresa prestadora de serviços públicos. A ação foi mal-endereçada. Deveria ter sido dirigida contra o verdadeiro causador da tragédia, a empresa que, imprudentemente, deixou aberto o buraco na pista [...] (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

215

No que tange aos *casos fortuitos* ou de *força maior*, estes correspondem a aspectos muito relevantes para a responsabilidade civil. Aquele, também denominado *act of God*, ou seja, ato de Deus no contexto do direito anglo-saxão, diz respeito às “forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado” (VENOSA, 2007, p. 48). Em seqüência, o doutrinador refere que os casos de força maior correspondem aos atos que os seres humanos são capazes de desenvolver, “tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe)”.

Ainda, o autor refere que os casos denominados fortuitos têm como fundamentação a questão da imprevisibilidade. Já a força maior, mesmo sendo passível de previsão, por vezes impede a sociedade de resistir.

O atual Código Civil, em seu art. 393, estabelece que as causas referidas podem excluir a responsabilidade:



Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Conclui-se, por fim que, seja como for, “se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não será inevitável; logo, não haverá caso fortuito” (STOCO 2001, p. 121). Diante do assunto abordado, visualiza-se a importância de que todo e qualquer cidadão deve agir de forma cautelosa e prudente em cada ato de sua vida, com o intuito de não interferir e/ou prejudicar direitos de outrem.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O presente item tem como objetivo analisar a esfera que permeia a responsabilidade do Estado enquanto instrumento de legalidade. Para tanto, a fim de dirimir possíveis dúvidas acerca do tema proposto, serão contextualizadas a evolução da responsabilidade em comento, os atos comissivos e omissivos, bem como os critérios adotados sobre as responsabilidades subjetiva e objetiva do Estado.

Estudos acerca da incidência de responsabilidade do Estado confirmam que este “pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva” (MELLO, 2008, p. 977).

O autor afirma que, ao enfrentar tais situações, o Estado também tem o dever de reparar economicamente eventuais danos gerados em face de pessoas físicas e/ou jurídicas, haja vista a ocorrência de “comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (2008, p. 977).

Ademais, conforme aduz Di Pietro, torna-se possível compreender que:

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa (...) Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária. (DI PIETRO, 2010, p. 642)

Cumprir frisar, também, que “há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem” (MELLO, 2008, p. 979). O doutrinador exemplifica tal situação com base no nivelamento de ruas, situação na qual alguns moradores ficarão abaixo do nível, mesmo havendo estudos técnicos e cautelas necessárias aplicadas ao ato. Como se depreende, o objetivo do ato em si não busca prejudicar alguém e sim gerar melhorias a favor da coletividade.

Vale ressaltar a importante conclusão de Mello, no sentido de que alguns danos gerados ocorrem para fins de melhoria da Sociedade, não sendo justo, “portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos” (2008, p. 982).

Dessa feita, é possível afirmar que responsabilidade do Estado, sendo de caráter extracontratual, alcança a obrigação de reparação civil em prol de terceiros, quando estes restaram prejudicados por comportamentos oriundos dos agentes públicos que representam o ente federativo ora abordado.

217

2.1 Evolução Histórica

A passos largos a responsabilidade civil do Estado evoluiu, haja vista que diante de diversos fatores que levaram à ocorrência de danos a outrem, por ocasião da atuação de seus agentes, tal ente público encontrou-se em delicada situação para fins de ressarcimento pelos danos (extra)patrimoniais gerados.

Em face disso, “na realização de atividades pode o Estado, a qualquer instante, causar um dano patrimonial ou moral a uma pessoa específica, quando na verdade buscava realizar o bem-estar de toda uma coletividade (...)” (CAMPOS, 2012, p. 02).

A fim de que alcançássemos os termos que regem a atual responsabilização estatal, trilhou-se um caminho baseado em diversas interpretações. Por muito tempo a irresponsabilidade do Estado, segundo Di Pietro (2010, p. 643), vigorou. No entanto, “caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro (...)” (DI PIETRO, 2010, p. 643).

Dentre os diversos princípios que norteiam tal evolução, importa ressaltar, segundo Mello (2008, p. 984/990), os seguintes: *Irresponsabilidade do Estado*: admitia-se tão somente a responsabilização do funcionário quando o ato gerado era relacionado a um comportamento pessoal; *Responsabilidade do Estado*: admitida na segunda metade do século XIX, passando de subjetiva para objetiva, com base no nexo de causalidade entre o comportamento e o evento danoso.

Corroborando as diversas fases mencionadas, surgiram também diversas teorias, que trouxeram grande caráter evolutivo ao assunto em tela. Dentre elas, destacaram-se a Teoria Regalista ou Regaliana, Teorias Civilistas (dos Atos do Império e Atos de Gestão; da Culpa Civil ou Subjetivista) e as Teorias Publicistas (*Faute du Service* ou Culpa do Serviço; Risco Administrativo e Risco Integral).

Cada qual com sua devida importância ao ordenamento jurídico, destacou-se no direito moderno a Teoria do Risco Administrativo, a ser abordada adiante em tópico específico. Ainda, a doutrina esclarece que a responsabilidade do Estado vincula-se ao princípio da isonomia, ou seja,

logo, deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão de atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem dano especiais e anormais, isto é, que não são comuns da vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o peso daquela atividade. (DINIZ, 2008, p. 624)

Nessa senda, a autora (2008, p. 626) ainda afirma que o Estado somente pode se manifestar por meio de pessoas físicas, ou seja, seus agentes. Portanto, se este agiu de determinada forma, interpreta-se que o Estado assim pretendeu.

Portanto, não se pode olvidar que “as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, as de direito privado que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (...) ou implícitas” (DINIZ, 2008, p. 626), também fazem parte da esfera de responsabilização, integrando-se de forma relevante ao contexto de evolução ora analisada.

2.2 Atos Comissivos e Atos Omissivos

Partindo-se dessas noções gerais, denota-se que, em atenção ao pensamento da referida escritora (DINIZ, 2008), não se pode olvidar que a ação emanada do ser humano pode ser comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita, voluntária e objetivamente imputável, do

próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que gere lesões a terceiros, contribuindo com o dever de indenizar os direitos daquele que sofreu com as consequências.

Explica-se: ato comissivo pode ser interpretado como sendo aquele que não deveria ter sido colocado em prática, justamente por haver uma intenção em sua ocorrência. Em contrapartida, o ato omissivo (frequente na esfera contratual) traz em seu bojo a inobservância do dever de agir ou, ainda, a ideia de não praticar um ato que deveria ter sido exercido. Assim, com a sua prática, o dano talvez pudesse ter sido evitado. O ato ilícito toma por base a culpa; sendo esta inexistente, volta-se à questão da objetividade, a qual vem conquistando seu espaço junto ao ordenamento jurídico pátrio de forma significativa. A ação será voluntária quando houver a possibilidade de controlar os anseios e vontades do homem à qual se imputa o fato. Urge transcrever, ainda com base na autora mencionada, a afirmação: “de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético [...]” (DINIZ, 2008, p. 39).

219

Grande valia o termo omissão carrega em seu contexto. Aduz-se tal afirmação em concordância com a explanação de que a mesma “adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24). Denota-se, ainda, que não ir de encontro ao resultado resulta em possibilidades de o ato vir a ocorrer efetivamente. Sendo assim, a atitude prestada pela pessoa é considerada, pelo autor, “uma condição negativa”.

Por fim, Diniz ensina (2008, p. 624), com base na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, que a responsabilidade aquiliana do Estado é, “no caso de atos ilícitos (comissivos ou omissivos) uma consequência do princípio da legalidade, sendo que, na hipótese de comportamentos ilícitos comissivos, também o será do princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei”. Doutra banda, quanto aos atos lícitos, a autora (2008, p. 624) complementa que há incidência do princípio da igualdade, “pois o fundamento daquela responsabilidade é a garantia de uma equânime repartição dos ônus resultantes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade”.

2.3 Responsabilidades Subjetiva e Objetiva do Estado

Levando-se em consideração a breve explicação acerca de ambos os institutos, cumpre, neste momento, diferenciá-las quando aplicados ao Estado. Hodiernamente, a aplicação da legislação segue no sentido de que “a responsabilidade do Poder Público não existirá ou será atenuada quando a conduta da Administração Pública não der causa ao prejuízo ou concorrem outras circunstâncias que possam afastar ou mitigar sua responsabilidade” (REIS, 2006).

Segundo a autora, existe o dever objetivo por parte do Estado em aplicar as providências necessárias com o intuito de evitar quaisquer danos à população e ao patrimônio. Assim, além de destacar que as entidades particulares que prestam serviços públicos também atuam sob a égide da responsabilidade objetiva, entre outras, frisa que

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidades à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários a formulação de um juízo de reprovabilidade quanto a sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade, defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consiste na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir. (REIS, 2006).

220

Existem questionamentos acerca da possibilidade de existir responsabilidade subjetiva do Estado. Para tanto, a resposta é distinta e toma por base três importantes correntes, as quais são muito bem detalhadas por Cavalieri Filho, quais sejam: a *primeira* enfatiza que atualmente é impossível a aplicação de tal subjetividade com base no disposto no art. 37, §6º, CF. A *segunda*, da qual Celso Antônio Bandeira de Mello toma frente, segue no sentido de que “sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de *omissão* do Estado” (CAVALIERI FILHO, 2011), ou seja, quando este não configura como sendo o causador do dano. E mais: Cavalieri Filho (2011) *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 1003), esclarece que “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva”, por não haver conduta baseada nos requisitos que caracterizam a culpa. Enfim, a *terceira* corrente, de forma intermediária, aduz que a responsabilidade do Estado em sua forma subjetiva somente tem cabimento nos casos de omissão genérica e não em qualquer caso de omissão.

Logo, havendo constatação de eventual omissão estatal, o procedimento correto a ser adotado, segundo Cavalieri Filho (2011), é distinguir a omissão específica da genérica, haja vista que aquela está diretamente relacionada aos casos em que o Estado encontra-se na posição de “garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento”.

O autor exemplifica tal situação com a morte de um detento durante uma rebelião e suicídio cometido por paciente internado em hospital público, entre outros. A genérica, no entanto, corresponde ao “dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia”, como nos casos de “queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação (...)”. Conclui-se, para tanto, que “deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano não poderia ter ocorrido” (CAVALIERI FILHO, 2011).

3 DISCUSSÃO ACERCA DA TEMÁTICA PROPOSTA

221

Com o intuito de alcançar uma conclusão próxima aos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais hodiernos, partindo-se de uma análise sobre a Teoria do Risco Administrativo, inserida em nosso ordenamento por ocasião dos termos do art. 37, §6º, CF, os sujeitos envolvidos na demanda judicial, bem como a responsabilidade subsidiária entre agente público e Estado ou o cabimento de denunciação à lide ao caso proposto.

3.1 Teoria do Risco Administrativo

Levando-se em consideração a significativa evolução da responsabilidade civil do Estado, várias teorias foram criadas a fim de caracterizar a atuação do ente federativo perante o ordenamento jurídico pátrio. Conforme visto anteriormente, a regra adotada por muito tempo era aquela denominada de irresponsabilidade, passando pela responsabilidade subjetiva para, então, alcançarmos a regra objetiva.

Diante de várias mencionadas, a Teoria do Risco Administrativo demonstrou que se encaixa perfeitamente com as situações em que se analisam danos praticados pelos agentes públicos em face de terceiros, razão pela qual fora eleita para aplicação no direito moderno.

Dessa feita, a mencionada teoria “importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa (...) surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Nessa senda, como aduz o autor *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 890), “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos” (2011).

Corroborando o exposto, cumpre destacar a existência de alguns fundamentos importantes, quais sejam:

(...) exercício da atividade administrativa, que, mesmo tendo por objeto a realização do bem-estar da coletividade, expõe essa coletividade a certos riscos. Considerando que a exposição das pessoas ao risco da atividade administrativa ocorre sem culpa ou dolo por parte do Estado, antes decorre do exercício normal de suas atividades, é razoável concluir que o eventual dano decorrente dessa atividade acarreta o dever de reparação, independentemente da existência de culpa ou dolo por parte do agente público (...) solidariedade que deve existir por parte da sociedade beneficiária da ação do Estado, em face daquele particular que sofreu o dano decorrente da ação pública (...) posição privilegiada da Administração em face do particular, sendo, portanto, um fundamento de natureza política e jurídica (...) (CAMPOS, 2011)

222

Importa ressaltar, também, com base nos ensinamentos de Campos (2011) que, muito embora a teoria em comento “dispense a necessidade de demonstrar o dolo ou a culpa do agente público, ela permite que o Estado demonstre a culpa da vítima para excluir ou minimizar a indenização”. O autor complementa, ainda, informando que tais situações poderão ser confirmadas mediante a confirmação de caso fortuito ou força maior, excluindo-se, pois, a responsabilidade estatal.

Outrossim, a Teoria do Risco Administrativo difere da Teoria do Risco Integral, haja vista que naquela “o Estado somente responde pela atividade que pratica e que seja causa eficiente do dano sofrido pela vítima, podendo em sua defesa arguir as cláusulas excludentes de responsabilidade civil”. Por outro lado, esta define que “cabe ao Estado o dever de indenizar as vítimas dos danos, não sendo possível a ele defender-se alegando existência de cláusulas excludentes (...)” (CAMPOS, 2011).

Logo, conforme menciona o autor, esta última jamais fora adotada em qualquer ordenamento jurídico, por ser considerada “absurda”, dando ênfase àquela que embasa o presente tópico.

3.2 Abordagem Referente ao Artigo 37, §6º, CF

A Carta Magna, promulgada em 1988, trouxe diversas inovações quando em comparação com as duas últimas Constituições. Nesse sentido, após manter praticamente os mesmos termos dos dispositivos legais que o precederam, observa-se que o artigo 37, principalmente seu §6º, disciplina a responsabilidade civil do Estado. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Partindo-se do dispositivo ora em análise, percebe-se que o mesmo “reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa” (DINIZ, 2008, p. 632/633).

223

Levando-se em consideração os atos (c)omissivos elencados no direito brasileiro, é possível deparar-se com duas correntes, quais sejam:

A primeira defende a tese de que a Teoria do Risco Administrativo, consagrada no art. 37, §6º, CF/88, é aplicável indistintamente aos atos comissivos e omissivos do Poder Público (...). A segunda (...) sustenta a tese de que a Teoria (...), somente é aplicável aos atos comissivos do Poder Público, sendo que nos casos de omissão deverá ser aplicada a Teoria da *Faute du Service*, com apuração subjetiva da responsabilidade civil do Estado (CAMPOS, 2011).

Diante de tal divergência, o autor afirma que atualmente vem sendo adotada a primeira corrente “apenas aos comissivos”, bem como que a ação descrita no artigo legal corresponde a uma forma positiva, no sentido de que o ato em si poderá gerar danos aos administrados.

Também cumpre salientar que a Constituição Federal exige, para fins de confirmação “da responsabilidade objetiva do Estado uma *ação* do agente público, haja vista a utilização do verbo ‘causar’ (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do

agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos” (GASPARINI, 2002, p. 841)

Ademais, Gasparini (2002, p. 841), também afirma que é de suma importância que o agente público, ao realizar um ato que gere algum dano, deverá estar no desempenho de suas funções, ou seja, não pode o Estado vir a ser condenado por um ato qualquer deste mesmo agente quando este não estiver em horário de serviço ou que venha a criar uma desavença qualquer que não tenha relação alguma com a atuação do Estado.

Nesse ínterim, é possível alcançar o entendimento de que o artigo em comento tem como objetivo ser a base de fundamentação para decisões em sede de primeiro e segundo graus de jurisdição, eis que a discussão em âmbito judicial, como se verá adiante, pode ser entrelaçada entre administrado e Estado, tendo este total garantia de regresso no momento em que confirmada a atuação incorreta de seu agente quando da realização de suas atividades em prol da Administração Pública.

3.3 Sujeitos Passivos: Estado e Agentes Públicos

O tema proposto, diante de sua aplicabilidade com fundamento no art. 37, §6º, CF, leva o operador do Direito a compreender que, dependendo das circunstâncias que facilitaram a ocorrência de danos a alguma pessoa (física ou jurídica), esta poderá ajuizar ação judicial para fins de ressarcimento por danos (extra)patrimoniais, conforme garantia insculpida em nossa Constituição Federal.

Portanto, nestes casos, *a priori*, partindo-se de uma premissa legal e de senso jurídico comum, a ação, de caráter indenizatório, deverá possuir em seu polo passivo o Estado, haja vista este sofrer as consequências anteriormente mencionadas, baseadas na responsabilidade objetiva que lhe fora imputada, ou seja, “responde o Estado porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Corroborando o exposto, o autor continua sua explicação no sentido de que é de grande relevância que, para fins de total responsabilização do Estado, “o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito”.

Assim, cumpre destacar que

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória (...) A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano (CAVALIERI FILHO, 2011).

A título informativo, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais estabelece, em seus arts. 121 a 126-A, critérios acerca das responsabilidades dos servidores.

In verbis:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (grifos nossos)

225

Em sequência, destaca-se que para fins de concretização da responsabilização pretendida, “não basta que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito, ainda que simplesmente proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Segundo o doutrinador, se o agente público não estiver atuando em benefício do Estado e sim para proveitos particulares, o dano gerado não poderá ser imputado à Administração Pública, pois, como é cediço, torna-se responsabilidade pessoal, sendo esta regida pelo Direito Civil. É o caso posto em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 363423/SP, no qual o policial militar, em período de folga, efetuou disparo de arma de fogo, ocasionando lesão corporal.

Por fim, se durante a instrução processual restar confirmada a intenção do Agente Público, no exercício regular de suas funções, em praticar o ato de forma dolosa ou culposa, a condenação poderá recair sobre este, eximindo, portanto, a responsabilidade do Estado e/ou condenando-o em grau de menor relevância. O que caracteriza grande relevância é o contexto probatório do administrado e também do próprio Estado. A situação posta será analisada de forma prática e processual no item a seguir.

3.4 Responsabilidade Subsidiária e a Denúnciação à Lide

Ao se encaminhar para o desfecho do assunto proposto, cumpre analisar a possibilidade de ambas as partes (Estado e Agente Público) virem a responder pelos danos causados a terceiros.

Nesse passo, “a vítima de ação danosa da Administração Pública pode conseguir a correspondente indenização através de procedimento *administrativo* ou *judicial*” (GASPARINI, 2002, p. 834).

Em sequência, aduz o autor que

Indenizada a vítima, deve a Administração Pública restaurar seu patrimônio a custa do patrimônio do causador direto do dano – o seu agente. Essa medida (ação de regresso) está expressamente autorizada na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas somente tem cabida quando a Administração Pública promoveu, efetivamente, o pagamento da indenização e o agente causador direto do dano agiu com dolo ou culpa. Não basta, portanto, só a condenação da Administração Pública no pagamento da indenização. Esta há de ter ocorrido, mesmo por decisão administrativa. (GASPARINI, 2002, p. 834)

226

A ação para fins de ressarcimento do dano gerado poderá, como mencionado anteriormente, ser ajuizada em face do Estado e/ou do causador direto do dano ou contra ambos, conforme preleciona o autor. No entanto, quando ajuizada somente contra a Administração Pública, “não cabe denunciar à lide o agente causador direto do dano, numa aplicação sem muito cuidado do art. 70, III, Código de Processo Civil (*RTInforma*, 352:20), embora haja divergência (*RT*, 540:103)”. (GASPARINI, 2002, p. 835)

Assim, diante da divergência ora posta, é que se manifesta de forma latente a ação de regresso, garantida constitucionalmente no artigo 37, §6º, CF. Esta é a possibilidade de o Estado vir a ser ressarcido pelo montante pago ao administrado por ocasião do reconhecimento da responsabilidade civil do ato de seu agente público.

Nesse contexto, merece destaque a seguinte posição doutrinária:

É a medida judicial de rito ordinário, prevista na parte final do §6º do art. 37 da Constituição da República, para a Administração Pública reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador do dano que tenha agido com dolo ou culpa. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. Tal medida deve ser interposta, uma vez que transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública a satisfazer o prejuízo, após o pagamento da indenização, pois somente depois desse ato consuma-se o prejuízo da Administração Pública, ou após esse pagamento, nos casos de acordo (...) São requisitos dessa ação:

a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano. Desse modo, se não houver o pagamento, não há como justificar-se o pedido de regresso, mesmo que haja sentença condenatória com trânsito em julgado e o agente tenha-se conduzido com dolo ou culpa. Observe-se que o primeiro requisito pode não existir se a satisfação do prejuízo causado aconteceu por via amigável. Neste caso, devem ficar cabalmente demonstrados os dois últimos requisitos.” (GASPARINI, 2002, p. 836/837)

Diante do tema proposto, a fim de que se alcance uma conclusão concreta, interessa mencionar os termos do Acórdão do processo nº 70048996169/TJRS, datado de 28 de Junho de 2013. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RODOVIA BR 386. VEÍCULO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. MANOBRA DE ACESSO AO PÁTIO DO POSTO DE GASOLINA EM FRENTE À RODOVIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1. Responsabilidade objetiva. **De acordo com o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, por ato de seus agentes, é objetiva, encontrando respaldo na teoria do risco administrativo. Dever de indenizar os danos causados por seus agentes, desde que presente o nexo de causalidade e inexistindo prova da culpa de terceiros.** 2. Acidente. (...) 3. Responsabilidade subjetiva do motorista. **Tendo em vista que a ação indenizatória também foi promovida contra o agente público (motorista do veículo), há de ser analisada a responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 186 e 927 do CC. Evidenciada a culpa do motorista, que não agiu com a devida atenção e cautela ao realizar a manobra para ingresso no posto de gasolina. Responsabilidade solidária.** 4. Danos materiais (lucros cessantes). (...) 5. Danos morais. Valor fixado em R\$ 8.000,00. (...) 6. Honorários advocatícios. Fixados na sentença em R\$ 1.000,00, para ambas as partes, o que vai mantido, nas circunstâncias. Inexistência de recurso da parte autora. APELAÇÕES PROVIDAS EM PARTE. (grifos nossos)

227

No caso em apreço, constatou-se o efetivo nexo de causalidade, confirmando, então, a responsabilidade objetiva do Estado. Porém, quanto à conduta do agente público, necessária se fez a análise do caso para verificar a existência de dolo ou culpa, tendo sido esta confirmada em ambos os graus de jurisdição, razão pela qual, mediante aplicação da Teoria do Risco Administrativo e do art. 37, §6º, CF, ambos os réus foram condenados, ou seja, houve redução da responsabilidade do Estado, considerando a comprovação da culpa do agente público.

Logo, considerando todo o estudo posto, cumpre somente ressaltar “que mesmo com o pagamento da indenização o agente causador do dano não se libera das responsabilidades administrativa e penal, quando em razão de sua atuação incidirem sobre sua pessoa” (GASPARINI, 2002, p. 838), ou seja, para que o Estado não venha a ser condenado em ações

de indenização por danos (extra)patrimoniais, ou, quando condenado, tenha sua responsabilidade minimizada, é imprescindível a efetiva comprovação de dolo ou culpa de seu agente no ato que ocasionou o dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, frente a tantos compromissos pessoais e profissionais a que todo indivíduo está vinculado, não é improvável que este se envolva em casos passíveis de responsabilização civil, penal e/ou administrativa. É de conhecimento notório que devemos agir de forma cautelosa em todos os atos da vida, a fim de evitar danos morais ou materiais a outrem. A busca incessante pela melhor qualidade de vida é capaz de fazer com que as pessoas atuem de forma contrária a direitos e garantias constitucionais inerentes a todas as pessoas físicas ou jurídicas, tanto de direito público quanto privado.

Assim, com facilidade tomamos ciência acerca da quantidade de ações judiciais que são ajuizadas em face do Estado, nas quais se busca reparação por danos morais e/ou materiais por atos cometidos por aqueles que o representam.

Nesse sentido, diante do estudo do tema proposto, o qual levou em consideração os termos da responsabilidade civil do Estado e a aplicabilidade do artigo 37, §6º, CF, verifica-se que a problemática do afastamento da responsabilidade objetiva do Estado em face da responsabilidade subjetiva do agente público sobre o dano gerado por ele apresenta como conclusão que somente nos casos em que restar confirmada, mediante ampla instrução processual, a existência de dolo ou culpa por parte do agente é que o Estado poderá vir a ser considerado como não responsável pelo dano ou, ainda, ter a sua responsabilidade diminuída diante do grau de dolo ou culpa aplicado por seu agente no ato que desencadeou tal situação.

Outrossim, como é cediço, diante da possibilidade de ajuizamento de ação de regresso do ente federativo em face de seu subordinado, esta não terá que arcar financeiramente pela prática dolosa ou culposa daquele que representa o ente público.

Portanto, é possível concluir acerca da possibilidade de condenação do agente público por sua responsabilidade subjetiva sobre o ato cometido e, conseqüentemente, os danos gerados, mediante estudo criterioso de cada caso. Nesse sentido, cumpre frisar que o Estado não possui vontade própria, somente atua com base nas legislações existentes, bem como pelos atos praticados por aqueles que o representam, ou seja, estes devem atuar de forma



coerente e zelosa em todos os atos relacionados à atividade profissional inerente ao cargo público.

Por fim, poderá haver responsabilidade subsidiária entre Estado e agente público, ou seja, objetiva e subjetiva. Neste caso, nos termos do mencionado artigo 37, §6º, CF, aquele tem a possibilidade legal de ajuizar ação de regresso em face de seu agente, caso quem tenha sofrido o dano não ajuíze ação em face deste.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 julho 2013.

_____. Lei nº 8.112/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 13 julho 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=435>>. Acesso em: 11 maio 2011.

CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 43-57, ago. 2011. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público – Anhanguera-UNIDERP / REDE LFG, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011, Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ODtaEjP3dJEJ:www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf+http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> e <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 13 jul 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

GASPARRINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Maria Marta Rodovalho Moreira de. Acidentes do trabalho. Responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5815>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

230

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

REIS, Elaine Rodrigues de Paula. *Responsabilidade objetiva do Estado*. Texto digital, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25944-25946-1-PB.pdf>> e <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/26/76/2676/>>. Acesso em: 13 jul 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão JAFN N° 70048996169, 2012/CÍVEL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21893934/apelaca>>

o-civel-ac-70048996169-rs-tjrs/inteiro-teor>. Acesso em: 13 jul 2013.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4.

Submissão: 19/07/2016
Aceito para Publicação: 01/02/2017



REGULAMENTAÇÃO DA ROTULAGEM DOS ALIMENTOS VEGETARIANOS SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

VEGETARIAN FOODS LABELING REGULATION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE CONSUMER'S PROTECTION CODE

INSTRUMENT OF POSITIVE ALLOCATION OF RISKS IN CONTRACTS

Fabício Germano Alves*

Marcelo Henrique Lopes Varella**

RESUMO: O presente trabalho trata sobre a rotulagem de alimentos vegetarianos sob a perspectiva do direito à informação dos consumidores. A informação é um direito consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990), que neste caso específico está relacionado principalmente com a proteção da saúde e o direito de escolha, por isso a importância do seu estudo. Em vista da variedade de produtos e rótulos que existe atualmente, surge a dúvida sobre como os mesmos devem estar dispostos para respeitar o referido direito a informação. A metodologia deste trabalho consiste em uma pesquisa hipotético-dedutiva, realizada com uma abordagem qualitativa e um propósito descritivo, com a finalidade de propor uma avaliação formativa sobre a temática em estudo. Para garantir a efetividade do direito à informação é preciso que os fornecedores utilizem no rótulo dos alimentos vegetarianos uma marca de fácil identificação pelos consumidores.

ABSTRACT: This paper deals with the labeling of vegetarian foods from the perspective of the consumer's right to information. Information is a right enshrined by the Consumer Protection Code (Federal Law 8.078/1990), which in this particular case is mainly related to the health protection and the right to choose, so the importance of its study. In view of the variety of products and labels that currently exists, the question about how they should be exposed to comply with that right to information arises. The methodology of this work consists of a hypothetical-deductive research, carried out with a qualitative approach and a descriptive purpose, in order to propose a formative evaluation on the subject under study. To ensure the effectiveness of the right to information is necessary that suppliers use on the label of vegetarian food a brand of easy identification by consumers.

233

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Informação. Rotulagem. Alimentos.

KEYWORDS: Consumer. Information. Labeling. Foods.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Vegetarianismo e Direito à Informação. 2 Rotulagem de Produtos: Informação e Regulamentação. 3 Rotulagem Vegetariana no Direito Estrangeiro. 4 Proposição de Regulamentação para a Rotulagem de Produtos Vegetarianos. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea ocidental é caracterizada pela sua pluralidade e liberdade de escolha. O sistema capitalista paradoxalmente estabelece a massificação do consumo de produtos e serviços ao mesmo tempo em que individualiza o consumo a ponto de o indivíduo – com toda sua complexidade psicossocial e econômica – poder se definir e estabelecer seu papel social a partir daquilo que ele consome ou deixa de consumir.

* Doutor em Direito pela Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibersitatea UPV/EHU), Espanha. Professor dos Programas de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e da Universidade Potiguar (UNP).

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Com o avanço científico e a facilitação do acesso à informação, muitos indivíduos passaram a se definir a partir da sua dieta alimentar. As novas evidências sobre o papel negativo do consumo de animais enquanto alimento para a saúde das pessoas e para o meio ambiente, além da empatia com a causa animal e os direitos dos animais, leva algumas pessoas a excluírem o consumo produtos de origem animal de sua dieta. Estas pessoas são chamadas de maneira geral de vegetarianas.

No ano de 2012, o Conselho Regional de Nutrição do Estado de São Paulo emitiu um Guia Alimentar¹ sobre dieta vegetariana para adultos, que serve como orientação a nutricionistas com diretrizes para proporcionar uma dieta vegetariana saudável aos pacientes. Nesse documento constam as causas principais que levam o indivíduo a optar pelo vegetarianismo a partir de dados concretos.

O documento cita oito motivos principais que levam o indivíduo a adotar a dieta vegetariana². O primeiro deles é a ética, a partir da percepção de que os animais são seres capazes de possuir sentimentos e sensações. Em seguida, destaca-se a saúde, uma vez que o vegetarianismo, segundo o referido documento, traz benefícios à saúde humana³. O meio-ambiente também se inclui nesse rol, de acordo com a FAO (*Food and Agriculture Organization*)⁴ a pecuária é a maior responsável – dentre as atividades humanas – pela contaminação dos mananciais aquíferos, erosão do solo, além de usar 63% da terra produtiva do planeta (30% para a criação de gado e 33% para cultivo de grãos que alimentam esses animais). As razões espirituais e religiosas também se destacam, já que uma série de cultos e religiões pressupõem a adoção da dieta vegetariana, como o hinduísmo, o budismo, algumas vertentes do espiritismo e o adventismo. Os outros motivos citados no documento são: os motivos familiares, a ioga, a filosofia e simplesmente a não aceitação pelo paladar.

O Direito das Relações de Consumo reconhece através de garantias legais vários grupos humanos com demandas diferentes. Garante aos celíacos (aqueles que não podem ingerir alimentos com glúten) a mensagem “contém glúten” no rótulo dos alimentos e para as

¹ SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: SVB, 2012. Disponível em: <<http://www.svb.org.br/livros/guia-alimentar.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

² *Ibid.*, p. 8.

³ O estudo mostra uma série de pesquisas que concluem que as pessoas que adotam a dieta vegetariana, em geral, possuem um nível mais alto de antioxidantes no organismo, um índice de obesidade menor e conseqüentemente uma melhor saúde cardiovascular. Além de possuírem menor probabilidade de ter doença diverticular, e, em alguns estudos, câncer. As referências dos estudos citados no Guia Alimentar encontram-se na sessão Bibliografia (referências 7-17). Disponível em: <<http://www.svb.org.br/livros/guia-alimentar.pdf>>. p. 11-15; 57.

⁴ Disponível em: <<http://www.fao.org/newsroom/en/news/2006/1000448/index.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

peças com problemas relacionados a colesterol, diabetes, algum tipo de alergia alimentar ou quaisquer outros problemas de saúde, os indicativos nutricionais e os ingredientes no rótulo dos alimentos. Estas garantias são concedidas a partir do conceito de vulnerabilidade do consumidor, que decorre da percepção de que a relação de consumo é uma relação entre partes com forças desiguais: o consumidor e o fornecedor, sendo o primeiro, em regra, a parte mais frágil da relação, e portanto, mais vulnerável. O grupo de consumidores enquanto coletividade que possui uma demanda específica deve receber proteção legal para que seja compensada sua vulnerabilidade perante o fornecedor na relação de consumo.

Em se tratando de bens de consumo alimentares, é possível observar essa proteção claramente nos rótulos dos produtos. Os exemplos são vastos: desde a listagem dos ingredientes, informações nutricionais e aviso sobre componente de origem transgênica no produto, que são informações que servem para todos, até questões mais específicas voltadas para determinados grupos de pessoas, tais como o aviso de que o alimento contém glúten (direcionado principalmente aos celíacos).

Porém, apesar da demanda social existente, o consumidor vegetariano ainda não possui a proteção necessária, pois não existe regulamentação específica para manufatura nem rotulagem de alimentos destinados aos vegetarianos, o que vai de encontro a direitos e princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) – instituído pela Lei Federal nº 8.078/90 –, sobretudo o direito à informação (Art. 6º, III).

Neste sentido, se observou a necessidade de elaboração de um estudo da rotulagem de alimentos, culminando com uma proposta de rotulagem para alimentos vegetarianos, de acordo com o previsto na Lei Federal nº 8.078/90, mais especificamente em seus artigos 4º (Política Nacional das Relações de Consumo e suas diretrizes), 6º (direitos básicos do consumidor) e 31 (informação na oferta de produtos e serviços).

O presente texto consiste em uma pesquisa hipotético-dedutiva, realizada com uma abordagem qualitativa e um propósito descritivo, com a finalidade de propor uma avaliação formativa sobre a temática em estudo. Busca-se, portanto, um aprofundamento do direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor especificamente em relação à demanda dos consumidores vegetarianos. Parte-se de um estudo breve sobre a regulamentação da rotulagem de alimentos no Brasil para finalmente se definir os termos de uma proposição de rotulagem de alimentos vegetarianos, passando pela verificação de experiências internacionais a partir da legislação e ações de Organizações Não-

Governamentais (ONGs) que visam garantir a concretização do direito à informação do consumidor vegetariano.

1 VEGETARIANISMO E DIREITO À INFORMAÇÃO

Para que seja debatida a rotulagem de alimentos vegetarianos, em primeiro lugar é importante que seja abordada a parte conceitual. Para tanto, a discussão sobre o que caracteriza o vegetarianismo mostra-se necessária na medida em que se trata de um grupo complexo que se ramifica a partir de características e motivações diferentes para a escolha deste tipo de dieta alimentar que constitui um verdadeiro estilo de vida.

No mundo ocidental o vegetarianismo enquanto filosofia fora difundido em princípio por Pitágoras, ainda na Grécia Antiga, que acreditava que todos os seres vivos (homens e demais animais) possuíam uma alma e que, após a morte do corpo físico, reencarnariam. Sendo assim, tornar-se-ia equivalente maltratar um animal não humano a maltratar os homens⁵. Este tipo de dieta era chamado de *pitagórica* até o ano de 1847, quando ocorreu em Londres a primeira reunião da Sociedade Vegetariana que oficializou o termo “vegetariano” para o indivíduo que não consome carne animal em sua dieta⁶.

A partir desse momento surgiram conceitualmente muitas variações do estilo de vida e da dieta vegetariana. O médico especialista em nutrologia Eric Slywitch relaciona três tipos principais de dieta vegetariana⁷: os *ovolactovegetarianos*, que são aqueles que não consomem carne, mas tem como parte da sua dieta o leite e o ovo; Aqueles que não consomem carne nem ovo, mas alimentam-se de laticínios, que são chamados de *lactovegetarianos*; e os denominados *vegetarianos estritos*, que não ingerem, em sua dieta, quaisquer produtos de origem animal. Dentre os *estritos* ainda é possível se identificar algumas subcategorias, tais como os *veganos*, que são aqueles que não apenas retiram todos os alimentos de origem animal da sua dieta, mas também rejeitam qualquer bem de consumo que, em seu processo de manufatura, seja oriundo de algum tipo de sofrimento animal, como por exemplo vestimentas de couro, seda ou camurça, cosméticos e produtos de limpeza que sejam testados em animais

⁵ FELIPE, Sônia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos. *Revista Páginas de Filosofia*. v. 1, n. 1, jan./jul. 2009, p. 5. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/864/1168>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁶ SLYWITCH, Eric. *Virei vegetariano, e agora?* 1. ed. São Paulo: Alaúde, 2010, p. 14.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

antes de serem colocados no mercado etc; os *crudívoros*, que se alimentam apenas de alimentos crus ou cozidos em temperatura inferior a 42°, e os *frugívoros*, que se alimentam apenas de frutas, cereais, legumes e oleaginosas.

Será considerado para efeito deste estudo o termo *vegetariano* para os *ovo-lacto-vegetarianos* e o termo *vegano* para os *vegetarianos estritos* e *vegans*. Estes dois termos serão retomados em tópico futuro possuindo uma importância fundamental para o objetivo do presente texto – a proposição para a rotulagem de alimentos vegetarianos.

As motivações para que se adote o estilo de vida vegetariano em qualquer de suas vertentes são variadas. Desde as recomendações médicas e nutricionais, passando pela comoção com a questão dos maus tratos aos animais, até questões e causas religiosas. Por exemplo, os adventistas do sétimo dia são partidários da dieta vegetariana, assim como os seguidores do budismo, do hinduísmo, hare krishna, sikhismo e algumas vertentes do espiritismo. Verifica-se, portanto, uma demanda que pode ser extensa dentro do mercado de consumo, especialmente dentro do ramo alimentício.

O Código de Defesa do Consumidor é o principal instituto jurídico voltado para regulamentar as relações de consumo. Uma relação de consumo é vinculada a três elementos principais: o elemento subjetivo, o elemento objetivo e o elemento causal ou finalístico⁸. O primeiro abrange os sujeitos da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor. O segundo é o produto ou serviço colocado pelo fornecedor no mercado, isto é, o objeto da relação de consumo⁹. O terceiro e último elemento, o causal ou finalístico, deriva da chamada teoria finalista.

A teoria finalista restringe o consumidor àquele que é destinatário final de um produto ou serviço. É o próprio Código de Defesa do Consumidor que consagra essa teoria ao conceituar, em seu artigo 2º, o consumidor como o destinatário final de um produto ou serviço. A destinação final de um produto ou serviço pode ser subdividida em duas categorias: a destinação final fática e a destinação final econômica¹⁰. A *fática* permite considerar destinatário final o consumidor que não passa o produto ou serviço adiante, constituindo-se a

⁸ ALVES, Fabrício Germano. *Proteção constitucional do consumidor no âmbito da regulação publicitária*. 1. ed. Natal: Espaço Internacional do Livro, 2013, p. 44.

⁹ MATOSO, Vanessa de Azevedo. *A publicidade de alimentos: uma análise acerca da informação prestada ao consumidor*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p. 13.

¹⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014, p. 76.

última etapa da cadeia de produção e consumo. Por outro lado, na *econômica* o consumidor não possui qualquer finalidade de lucro a partir do consumo daquele produto ou serviço, ou seja, não existe a expectativa de um repasse em uma futura transação comercial com finalidade lucrativa.

Neste sentido, pode-se afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) corrobora com o disposto na legislação consumerista. Em 2012 houve um julgamento de um Recurso Especial, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se deliberou a respeito da vulnerabilidade de uma pessoa jurídica na condição de consumidora, encontrando no elemento casual ou finalístico a pedra fundamental da decisão. Além disso o referido Tribunal também analisou questões relacionadas aos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, tornando a decisão bastante didática para o entendimento das relações consumeristas em si mesmas¹¹.

O referido Código de Defesa do Consumidor define em seu artigo 2º, *caput* consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O mesmo Diploma normativo ainda complementa o conceito de consumidor acrescentando a este a característica da vulnerabilidade no mercado de consumo¹².

O conceito de fornecedor pode ser obtido a partir da definição contida no terceiro artigo da Lei Federal nº 8.078/90, que apresenta este polo da relação de consumo como toda pessoa física ou jurídica que se encontra na cadeia de produção de bens de consumo, tal qual prestador de serviços, através de rol exemplificativo¹³, destacando a possibilidade de enquadrar na condição de fornecedor o prestador de serviço público.

No mesmo artigo, os parágrafos primeiro e segundo definem, respectivamente, produto e serviço. O primeiro é definido como “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”, enquanto o segundo como atividade remunerada fornecida no mercado de consumo – mesmo aquelas de natureza bancária ou financeira – com exceção das que decorrem de relação de natureza trabalhista.

¹¹ STJ. REsp. 1195642 RJ 2010/0094391-6. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 13.11.2012.

¹² Art. 4º. do Código de Defesa do Consumidor apresenta os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo e em seu primeiro inciso, destaca: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹³ Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Em uma relação consumerista o fornecedor e o consumidor estão vinculados a direitos e deveres. É estabelecido, pois, que esta relação de consumo destina-se a satisfação de uma necessidade do consumidor, em posição de vulnerabilidade, que se encontra sem nenhum controle sobre a produção dos bens de consumo que irá adquirir na condição de destinatário final, ficando submetido ao poder e condições determinadas pelos fornecedores¹⁴. Esta relação de desequilíbrio é atenuada pelo Código a partir de garantias de princípios e direitos ao consumidor em seus artigos 4º e 6º, com destaque, devido ao propósito deste estudo, para o direito à informação e para a liberdade de escolha.

O artigo 4º do CDC, prezando pela transparência e harmonia das relações de consumo elenca oito princípios da Política Nacional das Relações de Consumo¹⁵. O quarto inciso do referido artigo traz como princípio a educação e a informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres¹⁶. Ou seja, o Código trata como imperativo e essencial que o consumidor esteja versado quanto aos seus direitos e bem informado acerca dos deveres do fornecedor.

O artigo 6º elenca os direitos básicos do consumidor decorrentes da relação de consumo. O inciso II do referido artigo assegura a liberdade de escolha a partir da educação do consumidor acerca do produto ou serviço e seu consumo adequado¹⁷. O terceiro inciso traz como direito básico do consumidor a informação clara acerca dos serviços e produtos, especificando corretamente suas características, quantidade, qualidade, composição, os tributos que incidem sobre os mesmos, bem como os riscos inerentes aos mesmos e o preço.

Portanto, a informação como direito e como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, que se traduz na transparência e harmonia da relação entre consumidor e fornecedor, garantindo a liberdade de escolha, vincula o fornecedor ao dever de prestar informações de maneira cabal sobre os produtos e serviços colocados no mercado¹⁸.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 32.

¹⁵ Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

¹⁶ Art. 4º, IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

¹⁷ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

¹⁸ “Assim, da soma dos princípios, compostos de dois deveres – o da transparência e o da informação –, fica estabelecida a obrigação de o fornecedor dar cabal informação sobre seus produtos e serviços oferecidos e

Dentre as maneiras de satisfazer o direito do consumidor à informação correta e adequada acerca do produto, a mais importante é sem dúvida o rótulo, já que este constitui o primeiro elo entre o consumidor e o produto a ser adquirido, especialmente em se tratando de produtos alimentícios¹⁹. Dessa forma, deve-se investigar onde se encontra a regulamentação dos rótulos, bem como a sua natureza jurídica.

O Decreto-Lei nº 986 de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos traz no artigo 2º, inciso XII a definição de rótulo como uma identificação através de litografia, impressão, pintura, gravação a fogo ou pressão, sobre qualquer tipo de embalagem de alimento. Esta definição é complementada pelo artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que “a apresentação dos produtos deva assegurar as informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa”²⁰. O Decreto-Lei ainda traz um Capítulo inteiro (Capítulo III) regulamentando a rotulagem de produtos alimentícios.

Quanto à sua natureza, pode-se concluir, segundo o artigo 18, a do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), que o rótulo é uma forma de publicidade²¹, portanto é regulamentado como tal, além de ser passível de todas as obrigações decorrentes da relação entre consumidor e fornecedor.

A rotulagem de produtos no Brasil vem evoluindo a partir de uma demanda social pela informação cada vez mais esmiuçada em relação aos bens de consumo alimentícios. Resoluções da ANVISA, neste sentido – como as RDCs nº 26 e 360 – surgem para a regulamentação de mais informações nos rótulos, como por exemplo, informações nutricionais. Além disso, existem também Leis e Projetos de lei visando que a rotulagem contenha informações essenciais à saúde e ao bem-estar do consumidor, como o PL nº 8194 de 2014 (informação sobre a presença de lactose nos alimentos) e a Lei Federal nº 10.674 de

240

colocados no mercado, bem como as cláusulas contratuais por ele estipuladas”. NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182.

¹⁹ “Desta forma, a rotulagem tem-se revelado uma importante ferramenta na decisão de compra: o rótulo constitui o primeiro elo de ligação ente os produtos e os consumidores. Fornecendo-lhes informação relevante acerca do produto, permite-lhes fazer escolhas conscientes, saudáveis e seguras, em especial àqueles que sofrem de alergia ou intolerância alimentares”. ANALÍTICOS, Limites. *Doença celíaca: contributo da análise laboratorial para uma dieta isenta de glúten*. Especial 2, p. 36.

²⁰ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

²¹ Art. 18. Para os efeitos deste Código: a. a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade.

2003 (informação sobre a presença de glúten). Isso demonstra uma adequação aos tempos e à dinâmica das relações humanas, que exigem a regulamentação da rotulagem de alimentos transgênicos, contendo glúten, dentre outras modalidades.

2 ROTULAGEM DE PRODUTOS: INFORMAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Desde o Decreto-Lei nº 986/69, a proteção ao consumidor a partir do acesso à informação contida nos rótulos de alimentos no Brasil vem evoluindo gradativamente. O progresso científico e tecnológico proporcionou um maior conhecimento sobre os benefícios e malefícios de determinados componentes alimentares, além disso, houve também a descoberta de problemas específicos causados por alguns ingredientes presentes em alimentos costumeiramente consumidos que se soma à crescente preocupação e conscientização da população no cuidado da saúde que se traduz em uma reeducação alimentar.

Nesse sentido, o Direito cuidou de aperfeiçoar-se para atender a uma demanda consumerista em mutação – especialmente no que diz respeito aos bens de consumo alimentícios – e garantir novos direitos para o consumidor, resguardando o Princípio da transparência e harmonia nas relações de consumo (Art. 4º, *caput*, CDC) e o direito do consumidor à informação (Art. 6º, III, CDC). Esta evolução vem ocorrendo paulatinamente através de recomendações da ANVISA e Leis Complementares, que serão vistas a seguir.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei Federal nº 9.782 de 1999 como autarquia para, entre outras coisas, normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde²². Esta Agência exerce seu poder de regulamentação através da chamada RDC (Resolução de Diretoria Colegiada). Ao analisar algumas destas Resoluções é possível observar a evolução na regulamentação da rotulagem dos alimentos, destacando duas Resoluções principais: a RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003 e a RDC nº 26, de 02 de julho de 2015.

A primeira surge para regulamentar a rotulagem nutricional dos alimentos sob a justificativa de que esta contribui para o consumo adequado deles, apresentando uma descrição destinada a informar o consumidor sobre as propriedades nutricionais do alimento

²² Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: [...] III – normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde.

em voga²³. Em seu artigo segundo, a Resolução em comento elenca as informações e os nutrientes que devem ser explicitados no rótulo, a saber: valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e sódio²⁴.

A segunda visa apresentar os requisitos necessários para a rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergia²⁵, tendo em vista que existem muitos alimentos no mercado com potencial alergênico para o consumidor sem que o componente capaz de provocar a reação seja essencial à composição do produto. A Resolução recomenda ainda que as advertências alergênicas estejam colocadas após os ingredientes, em caixa-alta, negrito, cor em contraste com o fundo, com altura mínima de 2 mm, e nunca inferior à altura da letra utilizada na lista de ingredientes²⁶.

A RDC nº 26 elenca em seu anexo a lista de alimentos com potencial alergênico, sendo eles: trigo, centeio, cevada, aveia, crustáceos, ovos, peixes, amendoim, soja, leites de origem animal, amêndoas, avelãs, castanhas-de-caju, castanhas-do-pará, macadâmias, nozes, pecãs, pistaches, *pinoli* e látex natural. Segundo as recomendações da ANVISA, os fornecedores devem estar adequados a esta Resolução um ano após a sua publicação, ou seja, em meados de 2016.

A mudança não ocorre apenas através da Agência reguladora. A Lei Federal nº 10.674 de 2003 trouxe a obrigação de constar a informação no rótulo do produto alimentício industrializado se o mesmo contém ou não contém glúten²⁷. Por glúten, entende-se uma mistura de proteínas presentes em alguns grãos de cereais, tais como o trigo, o centeio, a cevada e a aveia²⁸.

A motivação para a existência da mencionada Lei é o crescente número de pessoas diagnosticadas com a doença celíaca, causada pelo consumo de glúten, de natureza autoimune, que se caracteriza pela reação inflamatória crônica no intestino delgado que

²³ ANVISA Resolução-RDC 360. ANEXO: 2- Definições.

²⁴ Art. 2º. Resolução RDC nº 360, ANVISA.

²⁵ Art. 1º. Resolução RDC nº 26 ANVISA.

²⁶ Art. 8º. As advertências exigidas nos artigos 6º e 7º desta Resolução devem estar agrupadas imediatamente após ou abaixo da lista de ingredientes e com caracteres legíveis que atendam aos seguintes requisitos de declaração: I – caixa alta; II – negrito; III – cor contrastante com o fundo do rótulo; e IV – altura mínima de 2 mm e nunca inferior à altura de letra utilizada na lista de ingredientes.

²⁷ Art. 1º. Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.

²⁸ ANALÍTICOS, Limites. *Doença celíaca*: contributo da análise laboratorial para uma dieta isenta de glúten. Especial 2, p. 36.

dificulta a absorção de nutrientes²⁹. As pessoas nessa condição, portanto, não devem nunca consumir alimentos que contenham o glúten por se tratar de doença crônica e permanente³⁰.

Seguindo a mesma linha da Lei Federal nº 10.674/03, existe um Projeto de Lei oriundo do Senado Federal, originalmente conhecido como PLS nº 260 de 2013, que foi repassado para a Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.194 de 2014. Este projeto, que foi aprovado na Câmara dos Deputados e aguarda apreciação do Senado Federal sugere um acréscimo ao artigo 19³¹ do Decreto-Lei nº 986 de 1969, já mencionado neste estudo, que trata das normas básicas sobre a comercialização de alimentos. A modificação dar-se-ia no intuito de acrescentar aos rótulos dos alimentos a informação sobre a presença de lactose, assim como existe o aviso sobre a presença do glúten, visando à proteção ao consumidor que é intolerante ou alérgico a este tipo de açúcar presente em laticínios³².

Por fim, cabe observar a Lei Federal nº 11.105 de 24 de março de 2005, que foi criada com a justificativa de regulamentar os incisos II, IV e V, do §1º do artigo 225 da Constituição Federal³³, e ficou conhecida como Lei dos Transgênicos. Esta Lei veio para estabelecer normas de segurança e fiscalização das atividades envolvendo alimentos transgênicos (geneticamente modificados), assim como seus derivados.

Todos os alimentos geneticamente modificados, ou que derivem destes, que se destinem ao consumo humano ou animal, devem possuir em seu rótulo tal informação

²⁹ *Ibid.*, p. 36.

³⁰ Portaria MS/SAS nº 307, de 17 de setembro de 2009. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 18 set. 2009. Seção I, p. 79-81.

³¹ O artigo 19, atualmente, diz em seu texto: “Os rótulos dos alimentos enriquecidos e dos alimentos dietéticos e de alimentos irradiados deverão trazer a respectiva indicação em caracteres facilmente legíveis. Parágrafo único. A declaração de “Alimento Dietético” deverá ser acompanhada da indicação do tipo de regime a que se destina o produto expresso em linguagem de fácil entendimento”. Seria, portanto, acrescido, de acordo com o PL 8194/14: “Art. 19-A. Os rótulos de alimentos que contenham lactose deverão indicar a presença da substância, conforme as disposições do regulamento. Parágrafo único. Os rótulos de alimentos cujo teor original de lactose tenha sido alterado deverão informar o teor de lactose remanescente, conforme as disposições do regulamento”.

³² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/481389-PROJETO-DETERMINA-DIVULGACAO-DE-TEOR-DE-LACTOSE-EM-EMBALAGENS.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

³³ 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: [...] II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] 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.

respeitando as normas de proteção ao consumidor. Este direito à informação está contido na Lei Federal nº 11.105/05 em seu artigo 40³⁴.

A regulamentação derivada do mencionado artigo 40 veio na forma da Portaria nº 2.658 do Ministério da Justiça, em 22 de dezembro de 2003. No ponto “Apresentação do Símbolo” (ponto 3), a disposição normativa determina que o símbolo deve estar em destaque e em contraste com as cores do rótulo, assegurando a visibilidade, em forma de triângulo equilátero de fundo amarelo (ou branco, em caso de rótulo preto e branco), contendo uma letra T maiúscula de cor preta, em caixa alta, ocupando no mínimo 0,4% da área, não sendo inferior a $10,82531\text{mm}^2$ ³⁵.

A crescente preocupação com o bem-estar e saúde da população direcionada para a alimentação provoca por consequência um maior amparo legal para o consumidor. A alergia alimentar, segundo a ASBAI (Associação Brasileira de Alergia e Imunologia), afeta 6 a 8% das crianças com menos de três anos de idade e 2 a 3% dos adultos³⁶. A FENACELBRA (Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil) estima que dois milhões de brasileiros sejam afetados pela alergia ao glúten³⁷, enquanto na Medicina sugere-se que 70% dos brasileiros possuem, em algum grau, intolerância à lactose³⁸. Quanto aos alimentos transgênicos, há uma disputa científica em relação aos malefícios causados pelos ingredientes geneticamente modificados. Porém, sabe-se até então certamente apenas que eles são nocivos para o solo e especialmente para o pequeno produtor rural, que se mostra incapaz de competir com a tecnologia das grandes empresas latifundiárias.

³⁴ Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

³⁵ Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 2003. [...] 3. APRESENTAÇÃO DO SÍMBOLO: [...] 3.3 O símbolo deverá constar no painel principal, em destaque e em contraste de cores que assegure a correta visibilidade. 3.4 O triângulo será equilátero. 3.5 O padrão cromático do símbolo transgênico, na impressão em policromia, conforme apresentado no item 3.1, deve obedecer às seguintes proporções: 3.5.1 Bordas do triângulo e letra T: 100% Preto. 3.5.2 Fundo interno do triângulo: 100% Amarelo. 3.6 A tipologia utilizada para grafia da letra T deverá ser baseada na família de tipos Frutiger, bold, em caixa alta, conforme apresentada no item 3.1. 4. DIMENSÕES MÍNIMAS: 4.1 A área a ser ocupada pelo símbolo transgênico deve representar, no mínimo, 0,4% (zero vírgula quatro por cento) da área do painel principal, não podendo ser inferior a $10,82531\text{mm}^2$ (ou triângulo com laterais equivalentes a 5mm). 4.2 O símbolo transgênico deverá ser empregado mantendo-se, em toda a sua volta, uma área livre equivalente a, no mínimo, a área da circunferência que circunscribe o triângulo, passando pelos três vértices e com centro no circuncentro. Disponível em: <<http://agrobiobrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/01/Portaria-MJ-2658-de-2003-Regulamenta-uso-do-s%C3%ADmbolo-dos-transg%C3%AAnicos.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

³⁶ Disponível em: <<http://www.asbai.org.br/secao.asp?s=81&id=306>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

³⁷ Disponível em: <<http://www.fenacelbra.com.br/fenacelbra/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

³⁸ Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/l/intolerancia-a-lactose/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

3 ROTULAGEM VEGETARIANA NO DIREITO ESTRANGEIRO

A rotulagem de alimentos vegetarianos ainda é precária em quase todos os lugares do mundo. Apesar de existirem muitas organizações que realizam a rotulagem, em quase nenhum país do mundo existem leis que protegem o consumidor vegetariano especificamente através de rotulagem.

Na União Europeia a *European Vegetarian Union* fornece o chamado *V-Label* para produtos que não sejam de origem animal, industrializados ou fornecidos em restaurantes. A primeira vez que o símbolo apareceu foi em 1996 na Suíça, e desde então tem se espalhado por diversos países, desde Portugal até a Rússia³⁹. O símbolo unificado do *V-Label* em todos esses países é muito semelhante ao proposto neste estudo, com o fundo amarelo e os dizeres “European Vegetarian Union” e “Vegetarian”, como pode ser visto a seguir:



245

No Reino Unido não existe nenhuma lei oficial que regule a rotulagem de alimentos vegetarianos. Entretanto, a *Food Standards Agency*, que é um órgão governamental, oferece um guia oficial para as empresas e organizações que queiram rotular os alimentos como vegetarianos ou veganos. O guia apresenta as definições das formas de dieta, assim como as sanções cabíveis em caso de erro de informação no rótulo e legislações complementares e análogas⁴⁰.

Em uma publicação de 2014, chamada *Food Atlas*, organizada pela *Heinrich Böll Foundation* e pela *Friends Of The Earth Europe*, verificou-se que na Índia 31% da população se declara vegetariana⁴¹, outras pesquisas apontam que mais da metade da população indiana

³⁹ Disponível em: <<http://www.euroveg.eu/>> e <<http://www.v-label.info/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴⁰ Disponível em: <<https://www.food.gov.uk/northern-ireland/niregulation/niregulationnotes/veg-term-guidance>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴¹ Disponível em: <https://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee_hbf_meatatlas_jan2014.pdf>, p.57. Acesso em: 02 jun. 2016.

é, na prática, vegetariana. Por isso a Índia desde 2011 é o único país no mundo que regulamenta de maneira expressa e específica a rotulagem de alimentos vegetarianos.

A regulamentação do *Ministry of Health and Family Welfare* determina que todos os pacotes de alimentos vegetarianos devem notificar o consumidor através de um círculo verde dentro de um quadrado de borda verde e fundo branco, com o dobro do diâmetro do círculo⁴². Também é necessário o aviso para alimentos não vegetarianos, neste caso símbolo é na cor marrom em vez da cor verde, como pode ser visto na imagem a seguir:



As sanções para a desobediência à Lei de Rotulagem indiana são severas. Em 2011 um fabricante de produtos alimentícios foi preso por seis meses por não ter imprimido o rótulo com as informações obrigatórias, inclusive o selo vegetariano⁴³.

246

4 PROPOSIÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO PARA A ROTULAGEM DE PRODUTOS VEGETARIANOS

A fim de se formar uma proposição mais acurada para a rotulagem de alimentos vegetarianos é necessária a inserção dos consumidores desta categoria de produtos na discussão social e jurídica que vem sendo desenvolvida.

Na pesquisa divulgada pelo IBOPE no dia 1º de outubro de 2012 (Dia Mundial do Vegetariano) foi apresentada a estimativa de que 15,2 milhões de pessoas no Brasil eram

⁴² MINISTRY OF HEALTH AND FAMILY WELFARE (Food Safety and Standards Authority of India) Notification: [...] 4. (iii) Every package of Vegetarian Food shall bear a declaration to this effect by a symbol and colour code as stipulated below for this purpose to indicate that the product is Vegetarian Food. The symbol shall consist of a green colour filled circle, having a diameter not less than the minimum size specified in the Table below, inside the square with green outline having size double the diameter of the circle, as indicated below. Disponível em:

<[http://www.fssai.gov.in/Portals/0/Pdf/Food%20Safety%20and%20standards%20\(Packaging%20and%20Labelling\)%20regulation,%202011.pdf](http://www.fssai.gov.in/Portals/0/Pdf/Food%20Safety%20and%20standards%20(Packaging%20and%20Labelling)%20regulation,%202011.pdf)>, p. 35. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴³ Disponível em: <<http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-national/tp-tamilnadu/6-months-imprisonment-to-papad-maker-sellers/article2593551.ece>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

adeptas a dietas vegetarianas, o que significa dizer que 8% da população nacional se declarava vegetariana⁴⁴.

Ao se fazer a comparação com dados levantados no tópico anterior, é possível perceber que o número de pessoas que se declaram vegetarianas é substancialmente maior que aquelas que possuem doença celíaca ou algum tipo de alergia alimentar (exceção feita à lactose). Apesar da óbvia diferença motivacional entre a questão do controle de doenças e da aderência a um estilo de vida – que eventualmente pode ser, também, por motivos de saúde –, o dever do Direito é a garantia da liberdade de escolha e do direito à informação para o consumidor. Portanto, existe uma grande porcentagem da população nacional inserida em um mercado de alimentos que ainda se encontra sem a proteção jurídica necessária, evidenciando uma vulnerabilidade especial de um determinado grupo de consumidores na relação de consumo.

Apesar da evolução nos últimos anos na garantia do direito básico do consumidor à informação, a possível regulamentação da rotulagem de alimentos no ordenamento jurídico brasileiro não é apta a proteger efetivamente o consumidor vegetariano por não garantir um conjunto de informações que são essenciais à escolha do produto. Nem mesmo a RDC dos alimentos que provocam alergias ou o Projeto de Lei da rotulagem de alimentos contendo lactose conseguem preencher essa lacuna, isso porque não tratam especificamente de alimentos como carne vermelha, frango e seus derivados, cuja informação sobre sua presença ou não em um produto é característica essencial para o consumidor vegetariano.

Muitos ingredientes e aditivos alimentares⁴⁵ de origem animal são desconhecidos do consumidor que, por sua vez, não possui a obrigação de dominar o vocabulário nutricional, da indústria alimentícia ou até mesmo o vocabulário científico. Entre eles estão: o *ácido esteárico*, presente em gomas de mascar, retirados de gordura de vacas e ovelhas; a *albumina*, retirada de sangue, ovos, leite e alguns tipos de tecido de animais, utilizado em biscoitos,

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/dia-mundial-do-vegetarianismo-8-da-populacao-brasileira-afirma-ser-adepta-ao-estilo.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴⁵ Portaria nº 540 – Secretaria de Vigilância Sanitária/ Ministério da Saúde, de 27 de outubro de 1997. 1- Definições: 1.1 - Ingrediente: é qualquer substância, incluídos os aditivos alimentares, empregada na fabricação ou preparação de um alimento e que permanece no produto final, ainda que de forma modificada. 1.2 - Aditivo Alimentar: é qualquer ingrediente adicionado intencionalmente aos alimentos, sem propósito de nutrir, com o objetivo de modificar as características físicas, químicas, biológicas ou sensoriais, durante a fabricação, processamento, preparação, tratamento, embalagem, acondicionamento, armazenagem, transporte ou manipulação de um alimento. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d1b6da0047457b4d880fdc3fbc4c6735/PORTARIA_540_1997.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 11 nov. 2015.

bolos e outros tipos de comida; *ácidos graxos* naturais, produzidos a partir de sebo bovino; *ácido lático*, proveniente de sangue e tecido muscular animal, utilizado para bebidas fermentadas como a cerveja ou para alimentos em conserva; *corante carmim* ou *ácido carmínico*, proveniente do esmagamento da fêmea do inseto cochonilha, utilizado como corante artificial para alimentos sabor morango ou frutas vermelhas; *gelatina*, feita a partir do cozimento de ossos e ligamentos bovinos, vendida em pó ou contida nos ingredientes de alguns itens alimentícios; glicerina, potencialmente sintetizado a partir de gordura animal, dentre outros⁴⁶.

Existe, portanto, uma necessidade latente de proteção do consumidor vegetariano, principalmente em relação a tutela daquilo que está previsto na Lei Federal nº 8078/90: seu direito à informação e direito de escolha (art. 6º, II e III, respectivamente) e, além disso, a garantia do princípio da transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º, *caput*). Esta necessidade pode ser satisfeita mediante a regulamentação da rotulagem de alimentos vegetarianos, através de Lei específica que satisfaça a demanda de consumidores vegetarianos por informação, com base na Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, CDC), que garante a proteção efetiva do consumidor pelo Estado através de iniciativa direta⁴⁷.

No Estado de São Paulo, houve um movimento em direção à informação nos rótulos dos produtos que utilizem animais em sua composição, que foi o Projeto de Lei Estadual nº 479 de 2009, que fora aprovado na Assembleia Legislativa, porém posteriormente vetado pelo governador Geraldo Alckmin em 2013.

O referido texto legislativo resguardava a informação para produtos comercializados que contivessem componentes de origem animal ou fossem elaborados por métodos que utilizassem animais⁴⁸. Em seu rótulo, o alimento deveria conter, dependendo do caso, uma das expressões “produto de origem animal”, “componente do produto de origem animal”, “produto testado em animal”, “componente do produto testado em animal”, “produto

⁴⁶ A PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*) é uma organização mundialmente conhecida, criada para a defesa dos animais. Lista completa, em inglês. Disponível em: <<http://www.peta.org/living/beauty/animal-ingredients-list/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴⁷ Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta.

⁴⁸ Art. 1º. Na comercialização de qualquer produto que contenha animal, componente animal ou que tenha sido elaborado através de método que utilize animal, o consumidor deverá ser informado destas circunstâncias. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=874931>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

produzido a partir de teste em animal” ou “componente do produto produzido a partir do teste em animal”, para qualquer produto embalado ou vendido a granel ou *in natura*⁴⁹.

A proposta falha pela falta de praticidade para o fornecedor, dado o vasto rol categorias cujo alimento poderia se encontrar. Neste caso o legislador poderia ter simplificado a questão da informação utilizando-se da rotulagem *vegana*, tendo em vista que os adeptos desta dieta são aqueles que não consomem alimentos de origem animal ou qualquer produto que envolva sofrimento animal em alguma de suas etapas de produção. Entretanto essa ressalva não justifica o veto por parte do Poder Executivo.

A Sociedade Vegetariana Brasileira (SVB), uma sociedade civil de Direito Privado, sem fins lucrativos, com sede em Florianópolis, é um dos grupos mais ativistas na causa vegetariana no Brasil. A SVB oferece o chamado “selo vegano” para fornecedores que queiram se cadastrar, mediante pagamento de taxa, para possuir em seus produtos um selo certificando ao consumidor que se trata de fato de um bem de consumo que não possui componentes animais ou que não fora testado em animais em nenhuma etapa de sua produção⁵⁰. Este tipo de rotulagem, apesar de ser uma iniciativa interessante, está longe de ser suficiente para atender a demanda, pois além de não atingir o objetivo jurídico da proteção do consumidor pelo Estado ela não gera obrigação para o fornecedor.

Sendo assim, para atender a demanda social de uma forma satisfatória, respeitando os direitos e princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessária uma proposta de rotulagem de produtos vegetarianos que resguardem o consumidor e ao mesmo tempo seja prática e acessível para o fornecedor.

Portanto, propõe-se a rotulagem de alimentos vegetarianos através de um símbolo composto da letra V, preferencialmente na cor verde, com o fundo branco, ou ainda de outra forma que fique destacada, com uma folha que sai da letra, como se dela fosse parte – conforme vista em imagem a seguir – uma vez que esta é uma simbologia que os próprios vegetarianos utilizam para identificação.

⁴⁹ Art. 2º. Tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou *in natura*, o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “produto de origem animal” ou “componente do produto de origem animal” ou “produto testado em animal” ou “componente do produto testado em animal” ou “produto produzido a partir de teste em animal” ou “componente do produto produzido a partir de teste em animal”.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.selovegano.com.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.



O tamanho carece de regulamentação, mas pode ser estabelecido de forma análoga à simbologia dos alimentos transgênicos, ocupando no mínimo 0,4% da área do painel principal do rótulo.

O artigo 31 da Lei Federal nº 8.078/90 serve de justificativa e de orientação para a logomarca, tendo em vista que a rotulagem apresentará o produto com a informação correta, clara, precisa e ostensiva. A rotulagem deve estar vinculada, em princípio, àquilo que é ingerido pelo consumidor na forma de alimento, já que o artigo 31 traz como elemento de apresentação de produtos, a informação sobre sua origem – no caso origem vegetal ou animal – não se atendo aos seus meios de produção, a não ser que apresentem algum risco à saúde e à segurança do consumidor. As informações acerca de testes em animais ou qualquer outro tipo utilização animal durante o processo de manufatura de produtos são propostas alheias a esta, demandando estudos mais aprofundados do tema.

250

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é fundamental na sociedade, entre outras coisas, por preencher lacunas e equilibrar a balança social de forma que as pessoas possam usufruir de relações justas. No Direito das Relações de Consumo essa balança é essencialmente desequilibrada, pois a vulnerabilidade está impregnada no próprio conceito de consumidor.

As leis consumeristas devem fazer com que essa vulnerabilidade se transforme em direitos e garantias, levando o consumidor para uma posição de igualdade em relação ao fornecedor na relação de consumo. Neste sentido, muitas leis surgiram para remediar esse desequilíbrio – inclusive o próprio Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que, em alguns casos, determinados grupos de pessoas possuem uma demanda específica de consumo, especialmente em relação a bens de consumo alimentícios, por diversos motivos.

Entre essas demandas estão os celíacos (que não podem comer glúten), os intolerantes e alérgicos à lactose (açúcar presente em laticínios), aqueles que possuem outros tipos de alergia alimentares e os vegetarianos. Os que não podem ingerir glúten já estão resguardados pela Lei Federal nº 10.674/03; para aqueles que possuem alergias alimentares a RDC nº 26 de 2015 da ANVISA já está em vigor, contando o prazo de um ano para os fornecedores se adequarem a ela; os que não podem ingerir lactose, além da RDC nº 26, podem vir a ser protegidos PL 8.194 de 2014, que prevê a rotulagem de produtos que contém lactose tal como acontece com o glúten.

Porém o consumidor vegetariano ainda não possui nenhuma garantia de reconhecimento de seu direito à informação por parte do Estado. Apesar de aproximadamente 15 milhões de brasileiros se identificarem como vegetarianos de acordo com pesquisa realizada pelo IBOPE em 2012, não existe previsão legal que garanta o seu direito a informação em relação a ingredientes que – por qualquer que seja o motivo – não façam parte da sua dieta.

É fundamental, portanto, a discussão sobre o assunto para que os legisladores escutem a demanda crescente por proteção ao consumidor vegetariano, uma vez que atender as necessidades dos consumidores, melhorando sua qualidade de vida e harmonia e transparência nas relações de consumo é política do Estado brasileiro, como explicitado na Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, *caput*, CDC), Isso é concretizado quando o consumidor consegue exercer o seu direito de escolha a partir da garantia ao direito à informação (art. 6º, CDC).

Para tanto, o Estado através de suas instituições deve regulamentar em forma de Lei – podendo tomar como exemplo a Lei Federal nº 11.105/05 (Lei dos Transgênicos) e a Lei Federal nº 10.674/03 (que regulamenta informações sobre o glúten no rótulo dos alimentos) – a utilização no rótulo dos alimentos vegetarianos de uma marca de fácil identificação para o seu público consumidor, como por exemplo, a letra “V” estilizada e de cor verde proposta neste texto.

REFERÊNCIAS

ALERGIA Alimentar. *Associação Brasileira de Alergia e Imunologia*. São Paulo, 06 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.asbai.org.br/secao.asp?s=81&id=306>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

ALVES, Fabrício Germano, *Proteção constitucional do consumidor no âmbito da regulação publicitária*. 1. ed. Natal: Espaço Internacional do Livro, 2013.

ANALÍTICOS, Limites. *Doença celíaca: contributo da análise laboratorial para uma dieta isenta de glúten*. especial 2.

ANIMAL Ingredients List. *Peta*. Disponível em: <<http://www.peta.org/living/beauty/animal-ingredients-list/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969*. Institui normas básicas sobre alimentos.

_____. *Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. *Lei Federal nº 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.

_____. *Lei Federal nº 10.674, de 16 de maio de 2003*. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca.

_____. *Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

_____. *Portaria nº 2658 do Ministério da Justiça, de 22 de dezembro de 2003*. Disponível em: <<http://agrobiobrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/01/Portaria-MJ-2658-de-2003-Regulamenta-uso-do-s%C3%ADmbolo-dos-transg%C3%AAnicos.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. *Portaria nº 540 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, de 27 de outubro de 1997*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d1b6da0047457b4d880fdc3fbc4c6735/PORTARIA_540_1997.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. *Projeto de Lei Federal nº 8.194, de 03 de dezembro de 2014*. Acrescenta art. 19-A ao Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que “institui normas básicas sobre alimentos”, para dispor sobre a rotulagem de alimentos que contenham lactose. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1292258&filenome=PL+8194/2014>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. Resolução de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 360, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/res0360_23_12_2003.pdf/5d4fc713-9c66-4512-b3c1-afee57e7d9bc>. Acesso em 02 jun. 2016.

_____. Resolução de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 26, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/media/rdc26.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

CERTIFICAÇÃO Selo Vegano. *Sociedade Vegetariana Brasileira*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.selovegano.com.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

CONHEÇA a doença celíaca em 3 cliques. *Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.fenacelbra.com.br/fenacelbra/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

DIA Mundial do Vegetarianismo: 8% da população brasileira afirma ser adepta do estilo. *IBOPE*, 01 out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/dia->

mundial-do-vegetarianismo-8-da-populacao-brasileira-afirma-ser-adepta-ao-estilo.aspx>. Acesso em: 02 jun. 2016.

EUROPEAN Vegetarian Union Label. Disponível em: <<http://www.euroveg.eu/>> e em: <<http://v-label.eu/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FELIPE, Sônia T. *Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos*. Revista Páginas de Filosofia. v. 1, n. 1, jan./jul. 2009, p. 5. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/864/1168>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FRIENDS OF THE EARTH EUROPE. *Meat Atlas: Facts and figures about the animals we eat*. Jan. 2014. Disponível em: <https://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee_hbf_meatatlas_jan2014.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

LIVESTOCK a major threat to environment: Remedies urgently needed. *Food and Agriculture Organization of the United Nations*, Roma, 29 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.fao.org/newsroom/en/news/2006/1000448/index.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ÍNDIA. *Ministry of Health and Family Welfare*. Food Safety and Standards (Packing and Labeling) Regulations, 2011. Disponível em: <[http://www.fssai.gov.in/Portals/0/Pdf/Food%20Safety%20and%20standards%20\(Packaging%20and%20Labelling\)%20regulation,%202011.pdf](http://www.fssai.gov.in/Portals/0/Pdf/Food%20Safety%20and%20standards%20(Packaging%20and%20Labelling)%20regulation,%202011.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

MATOSO, Vanessa de Azevedo. *A publicidade de alimentos: uma análise acerca da informação prestada ao consumidor*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.



SÃO PAULO. *Projeto de Lei Estadual nº 479, de 17 de junho de 2009*. Regulamenta o direito à informação, assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), no âmbito do Estado de São Paulo, relativamente aos rótulos dos produtos e componentes dos produtos que contenham animal ou que tenham sido produzidos a partir de métodos que utilizem animal, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=874931>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: SVB, 2012.

_____. *Virei vegetariano, e agora?* 1. ed. São Paulo: Alaúde, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

THE HINDU TIMES. *6 months imprisonment to papad makers, sellers*. Arquivo da Web. Disponível em: <<http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-national/tp-tamilnadu/6-months-imprisonment-to-papad-maker-sellers/article2593551.ece>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

255

USE of Terms “Vegetarian” and “Vegan” in Food Labeling: Guidance. *Food Standards Agency Northern Ireland*. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.food.gov.uk/northern-ireland/niregulation/niguidancenotes/veg-term-guidance>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

VARELLA, Dráuzio. *Intolerância à Lactose*. Arquivo da Web. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/l/intolerancia-a-lactose/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

Submissão: 21/06/2016

Aceito para Publicação: 01/02/2017



UM CAMINHO PARA A PERDA DE COMPETITIVIDADE: A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO BRASIL

A PATH TOWARDS COMPETITIVE FAILURE: THE DISREGARD OF THE TAXPAYING CAPACITY IN BRAZIL

André Felipe Canuto Coelho*

Ana Carolina Nunes Furtado**

RESUMO: O princípio da capacidade contributiva deriva do princípio da capacidade econômica insculpido no art. 145, § 1º da Constituição Federal e consiste em uma concepção econômica e de justiça social: o pagamento de tributos de acordo com as possibilidades econômicas dos indivíduos. Trata-se de um dos temas mais estudados pela doutrina, mas sem um consenso em torno de todas as suas repercussões. Nesse sentido, o trabalho objetiva a conceituação mais atual do princípio da capacidade contributiva e a delimitação da sua aplicabilidade e eficácia dentro do direito brasileiro. Nesse escopo, dados coletados apontaram para uma não observância deste princípio. Embora haja uma carga tributária alta no Brasil, seus tributos são majoritariamente indiretos, fazendo com que o ônus da carga seja mais sentida pelos economicamente vulneráveis e gere ainda mais desigualdades econômicas e sociais no país.

ABSTRACT: The principle of tax capacity comes from the principle of economic capacity that is carved out in the art. 145, §1º of the Brazilian Constitution and it consists of an economic and social conception that links the tax contribution to the economic potential of individuals. This theme has been widely studied by the doctrine to provide a tax system increasingly based on equality. Within this context, this work aims at the most current conception of the tax capacity principle and at the limits of its applicability and effectiveness in the Brazilian law. The data collected indicate a non-observance of this principle. Although there is a high tax burden in Brazil, its taxes are mostly indirect, so the tax burden on the poorest is great, generating more economic and social inequalities in the country.

257

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Tributos Indiretos. Capacidade Contributiva. Desigualdade.

KEYWORDS: Taxation. Indirect Taxes. Tax Capacity. Inequality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Capacidade Contributiva: À Procura de uma Conceituação. 2 Capacidade Contributiva: Impondo Limites ao Estado. 3 Aplicação E Eficácia do Princípio da Capacidade Contributiva no Brasil. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As normas e princípios reguladores do Sistema Tributário Nacional estão expostos na Constituição da República Federativa do Brasil. Existem com a finalidade de proteger o cidadão contra os abusos do poder do Estado, garantindo segurança e estabilidade nas relações jurídicas tributárias. Entre esses preceitos, está o princípio da capacidade contributiva que, de acordo com Nogueira (1999, p. 12), é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária.

* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco.

** Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco.

A origem da capacidade contributiva remonta à Idade Antiga, entre os anos 4.000 a.C. e 476 a.C., quando floresce a civilização egípcia. Neste contexto, a tributação se aplicava indiretamente sobre a venda de bens ou diretamente sobre a atividade produtiva. Era comum em períodos de baixa das águas do rio Nilo a diminuição dos percentuais de impostos sobre a agricultura, caracterizando, portanto, a aplicação rudimentar desse princípio (ADAMS, 2001, p.7).

No Brasil, a capacidade contributiva teve sua primeira aparição já na Constituição do Império de 1824 (COÊLHO, 1999, p. 275), sob a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Os textos constitucionais que se seguiram, no entanto, não mais o previam expressamente, limitando-se, apenas, a dispor acerca do direito à igualdade. Este princípio só voltou a ser positivado na Carta dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

Na reforma tributária realizada mediante a Emenda Constitucional nº 18/1965, foi ele novamente excluído do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente devido ao contexto político vivido no país. Ocorreu o mesmo nas Constituições de 1967 e 1969 que se seguiram. Por fim, reaparece expressamente no diploma vigente, em reedição do art. 202 da Constituição de 1946, cujo embrião já constava na Carta de 1824, em seu art. 179, §15.

A importância deste estudo reside na busca, seguindo uma tendência internacional, de respostas aos anseios por um sistema tributário mais igualitário, uma vez que a população tende a não ser tributada de forma equitativa, sobretudo pela propensão nacional à tributação indireta. Questiona-se, por outro lado, o grau de influência da tributação sobre o desenvolvimento nacional, uma vez que ao absorver recursos da sociedade, o Estado pode promover não apenas melhores condições econômicas, como também sociais. Verifica-se aqui se o nosso direito tributário, tais quais os modernos ordenamentos tributários de democracias já consolidadas (NABAIS, 1997), vem cumprindo um papel não restrito à função de obtenção de recursos para a sobrevivência do Estado, mas igualmente de instrumento de distribuição de riqueza.

Não obstante o interesse contínuo da doutrina sobre essa temática, seus contornos ainda não se apresentam bem definidos, provocando dúvidas quanto ao campo de irradiação dos seus efeitos práticos.

Do exposto, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o conceito atual da capacidade contributiva e seus limites, a fim de determinar a aplicação e a eficácia deste princípio no direito brasileiro.

1 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: À PROCURA DE UMA CONCEITUAÇÃO

O princípio da capacidade contributiva advém do princípio da capacidade econômica presente no art. 145, § 1º da Constituição Federal, cujo enunciado expõe que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica dos indivíduos.

Embora tais princípios guardem uma forte relação entre si, não são idênticos. De acordo com Martins (1990, p. 285) a capacidade contributiva é “a capacidade do contribuinte relacionada com a imposição específica ou global, sendo, portanto, dimensão econômica particular de sua vinculação ao poder tributante, nos termos da lei”. Enquanto a capacidade econômica seria “a exteriorização da potencialidade econômica de alguém, independente de sua vinculação ao referido poder” (MARTINS, 1990, p. 285). Por conseguinte, é correto afirmar que a capacidade contributiva pressupõe a econômica, mas não se confunde com ela.

Esta conclusão não é verdadeira universalmente. Na Espanha, os termos são tratados como sinônimos na Constituição, pois, segundo Zilveti (2004, p. 251), o constituinte ao se referir à capacidade econômica queria se reportar à condição do contribuinte de pagar tributos.

Uma característica de destaque no dispositivo constitucional brasileiro é a sua vinculação aos impostos. Objetivava o legislador a solidariedade social, pois estes tributos, ao incidirem em alguma forma de manifestação de riqueza operada pelo contribuinte, demonstrariam a capacidade individual de colaborar financeiramente para o bem de todos (ROCHA, 2015, p. 48).

Malgrado a intenção do legislador originário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que nada impede sua aplicação a outras espécies tributárias. Destarte, possui ampla aplicação, de forma pacífica, para os tributos de caráter não contraprestacionais, ou seja, aqueles que não necessitam de uma contraprestação estatal para a sua cobrança, como é o caso das contribuições especiais (art. 149 da CF) e os empréstimos compulsórios (art. 148 da CF).

Para entender mais profundamente o significado do princípio, ainda é preciso depreender a acepção dada aos termos “sempre que possível” e “caráter pessoal” presentes no art. 145, § 1º da Constituição Federal. Estes também são alvo de muitas divergências doutrinárias.

Quanto ao termo “sempre que possível”, parte da doutrina considera-o desnecessário. Nos passos de Costa (2003, p. 87-88): “o legislador e o intérprete do direito deverão sempre atuar dentro do possível, pois o Direito não incide sobre o impossível, tornando assim desnecessária a expressão”.

Carrazza (1999, p. 74-75), por sua vez, pontua que o “sempre que possível” deve ser interpretado de forma que se a regra matriz do imposto, traçada na Constituição, permitir, será obrigatória a obediência ao princípio da capacidade contributiva. Na verdade, o autor explica que, quando o legislador ordinário tiver opções, deverá imprimir caráter pessoal ao tributo, escalonando-o segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Para Martins (1990, p. 76-78), a melhor forma de compreender é a que considera a expressão “sempre que possível” dizendo respeito apenas ao caráter pessoal dos impostos, não se aplicando à capacidade econômica. Consoante o autor, a outra interpretação implicaria a anulação completa do princípio.

Em relação ao trecho “caráter pessoal”, salienta Costa (2003, p. 88) que a “personalização dos impostos está condicionada à viabilidade jurídica de ser considerada a situação individual do sujeito passivo numa dada hipótese de incidência tributária”.

É fundamental salientar que a capacidade contributiva ganha destaque no direito tributário, porquanto é um dos princípios meios pelos quais o legislador e o operador do direito colocam em prática um dos pilares da democracia, que é o princípio da igualdade, constante no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A igualdade manifesta-se sob dois aspectos, formal e material, representando, respectivamente, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Explica Sicca (2004, p. 217) que existe uma tradicional distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, a primeira assumindo o aspecto formal da racionalização da atividade de subsunção das leis a todas as pessoas sem consideração de suas qualidades e a segunda acepção dirigida preponderantemente ao legislador, para que este não possa criar distinções entre cidadãos situados na mesma condição.

O princípio da capacidade contributiva é, pois, uma expressão da igualdade em sentido material, ou seja, aquela que passa a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais. Esta se expressa em sentido tributário no art. 150, II, da Constituição Federal, uma vez que fixa tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes, proibida qualquer

distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Portanto, segundo Coêlho (1999, p. 269), se todos são iguais perante a lei, segundo o princípio da igualdade, e os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais de maneira desigual como reza o princípio da isonomia; no âmbito do direito tributário os membros da sociedade devem colaborar para a manutenção do Estado de acordo com sua capacidade. Por outro ângulo, estas premissas visam também à proteção do direito à propriedade, pois também garantem que o Estado não confisque, ou seja, não se aproprie além das possibilidades do contribuinte.

Destarte, através de uma interpretação sistemática da constituição, pode-se deduzir que o princípio da capacidade contributiva é uma garantia fundamental de aplicação imediata, uma vez que deriva diretamente dos princípios da igualdade e da isonomia, possuindo caráter protetivo e subjetivo, visando a resguardar o contribuinte contra as cobranças arbitrárias do Estado, garantindo-lhe uma vida digna (COÊLHO, 1999, p. 266).

261

2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: IMPONDO LIMITES AO ESTADO

Em decorrência do princípio da capacidade contributiva, admite-se a existência de dois limites à tributação, quais sejam, a preservação do mínimo vital, que se impõe como limite mínimo do tributo, e a vedação ao confisco, seu limite máximo.

De acordo com Hack (2014, p. 86), “a preservação do mínimo vital refere-se à proteção da faixa de renda ou riqueza do contribuinte em que não existe capacidade contributiva”. Aqui só poderá ser cobrado tributo de quem pode contribuir. Quem não dispõe de condições mínimas de vida não devem ser obrigados ao seu pagamento.

Explica-se tal limite porque o Estado tem obrigação de prover todo cidadão de suas necessidades mínimas, abaixo das quais o homem deixa de ter uma vida digna, como determinado pela Constituição Federal. Porém o Estado não possui meios ilimitados, como são os desejos humanos, para prover todas as necessidades e, sendo assim, deve proteger o mínimo necessário para que os cidadãos tenham esta vida digna.

Convém destacar que a Constituição Federal não apresenta disposição expressa sobre a proteção ao mínimo existencial, como na Carta da República de 1946. Pode-se, porém, inferir de seus artigos, que é vedado ao Estado fazer uso de medidas que mitiguem ou atentem



contra a dignidade humana (art. 1º, inc. III), bem como aumentem a pobreza e evitem a promoção do bem de todos (art. 3º, incs. III e IV), tal como a tributação do mínimo existencial.

Nesse escopo, explicita Conti (1997, p. 53) que “é inconstitucional a tributação exercida sobre determinada manifestação de capacidade econômica de um contribuinte que o atinja naqueles recursos que destinaria às suas necessidades básicas, imprescindíveis à garantia de sua sobrevivência”.

Entretantes, a proteção do mínimo existencial vai além dos limites constitucionais, sendo considerada pré-constitucional, por estar ancorada na ética e se fundamentar na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana (TORRES, 2009, p. 13).

A ideia de mínimo existencial também foi associada à vantagem econômica. Esta relação é bastante antiga como se pode comprovar por sua menção no Livro Décimo Terceiro da obra o Espírito das Leis do Barão de Montesquieu (2000, p. 222-225). Propugna o autor pela proteção do mínimo vital ao afirmar que, em províncias dominadas com dificuldades de subsistência e com prevalência de escravidão de glebas, dever-se-ia isentar provisoriamente a localidade de pagar os tributos, uma vez que entre a subsistência e os impostos, os contribuintes escolheriam aquela. Seria melhor esperar a recuperação da condição de pagar do povo para que se pudesse garantir a tributação do monarca em ocasião futura.

Cabe observar ainda que nos tributos incidentes sobre o consumo, o limite do mínimo existencial deveria ser acolhido a fim de propiciar a isenção dos bens essenciais à subsistência humana.

No outro extremo dos limites à tributação, tem-se o princípio da vedação ao confisco, expressamente determinado pela Constituição em seu art. 150, inciso IV. Nesse diapasão, explica o Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do voto do Ministro Celso de Melo:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo) (BRASIL, 2006). *[sic]*

Em outro modo, se a carga tributária for tão elevada que sua incidência sujeite o contribuinte à transferência de renda e de bens para o Estado, prejudicando sua própria capacidade de subsistir ou, até mesmo, de investir, é caracterizado o confisco (MARTINS, 1990, p. 53-54).

Cumprir destacar ainda que, mesmo que a carga tributária não prejudique a capacidade de subsistir do contribuinte, sendo ela desmedida e/ou injustificada, estar-se-á diante de uma hipótese de confisco.

Este princípio tutela não só a capacidade econômica dos contribuintes, mas também o direito à propriedade privada e os demais direitos e garantias fundamentais, impedindo que o Estado tome posse indiscriminadamente dos bens dos cidadãos.

Porém, embora presente no texto constitucional, a delimitação da conduta confiscatória em caráter prático ainda é um problema a ser enfrentado. A subjetividade da significação do que viria a ser “confisco” afronta, de plano, qualquer racionalidade científica. A matéria afigura-se insusceptível de determinação objetiva, daí porque os referidos limites jamais poderão ser estatuídos de modo cartesiano (CARVALHO, 2014, p. 159).

O que se pode fazer, como leciona Coêlho (1999, p. 282), é fixar padrões de tributação que sejam suportáveis, de acordo com a cultura e as condições de cada povo em particular, tendo o cuidado de se levar em conta as conjunturas adversas que estejam se passando, se for o caso.

3 APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO BRASIL

Inicialmente, é importante repisar que a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, embora tenha sido atribuída apenas aos impostos no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, teve ele seu emprego estendido, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela maioria dos doutrinadores, aos demais tributos por decorrer diretamente do princípio da igualdade e por constituir limitação ao confisco (CARVALHO, 2014, p. 170).

Conti (1997, p. 65) procura explicar melhor o campo de atuação da capacidade contributiva a respeito dos tributos, afirmando que, em relação aos impostos é perfeitamente

aplicável, já em relação aos demais tributos, seria utilizado de forma restrita, respeitando-se, apenas, os limites da vedação da tributação do mínimo existencial e o não confisco.

Por conseguinte, quanto aos impostos, são submetidos diretamente ao princípio da capacidade contributiva os ditos pessoais, levando em conta mais diretamente, condições individuais do contribuinte como idade, estado civil, grau de parentesco, domicílio, filhos, vulto da renda ou patrimônio, existência de dívidas passivas etc. (MORAES, 1996, p.438).

Existe grande debate doutrinário respeitante à aplicação desse princípio aos impostos reais. Alguns autores, como Baleeiro (2010, p. 746), acreditam que “no dilema entre a justiça e a produtividade, o legislador contemporâneo inclina-se para soluções transacionais, introduzindo certa dose de personalização em impostos outros havidos como de natureza real”.

No julgamento do RE 153.771, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal tinha firmado posição no sentido de não ser aplicável o princípio da capacidade contributiva aos impostos reais como o IPTU, discutido na ocasião, não sendo viável, por conseguinte, a adoção da técnica da progressividade fiscal a estes tributos.

À época, entendia-se que a expressão “sempre que possível”, presente no §1º do art. 145 da Constituição Federal, relacionar-se-ia diretamente à expressão “caráter pessoal”, também contida no dispositivo, de forma a vincular o uso da capacidade contributiva apenas aos impostos cuja natureza e estrutura pudessem ser compatibilizadas com o caráter pessoal. Desta forma, como a progressividade fiscal, aquela cuja alíquota cresce em função do crescimento da base de cálculo, é intimamente atrelada à capacidade contributiva, não poderia ela ser aplicada aos tributos reais (DUTRA, 2010, p. 111-112).

Porém, este pensamento parece tender a mudanças, uma vez que no julgamento da RE 562.045 de 2013, o mesmo tribunal decidiu que a progressividade em impostos reais não é incompatível com a Constituição Federal, nem fere o princípio da capacidade contributiva.

Importa ressaltar que, segundo alguns autores, como Becker (1998, p. 500) e Tipke e Yamashita (2002, p. 62), o princípio em comento está relacionado também à norma de finalidade fiscal, ou seja, pode interferir diretamente na atividade arrecadatória do Estado, ainda que o legislador acredite que este princípio siga apenas finalidades extrafiscais de interferência no domínio econômico, para buscar um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.

Quanto aos impostos diretos e indiretos, a divergência doutrinária surge na análise dos impostos indiretos, uma vez que sofrem o fenômeno da repercussão econômica que consiste no ônus da cadeia tributária recair apenas sobre a figura do contribuinte de fato. Dentro dessa cadeia, é difícil determinar objetivamente quem será este contribuinte, fazendo com que não se possa definir ao certo a sua capacidade contributiva.

Conseqüentemente, na leitura de parte da doutrina, não há possibilidade de aplicação da capacidade contributiva aos impostos indiretos, de forma que, neles, o princípio da igualdade efetiva-se apenas mediante o princípio da seletividade (BOHN, MARQUES E MARQUES, 2014). Outros, como Lacombe (1991, p. 158), acreditam que:

Não se diga que os impropriamente chamados impostos indiretos não podem estar sujeitos a tal princípio. Tal afirmação é errônea, visto que a classificação dos impostos em diretos e indiretos não tem qualquer amparo científico, e além disso tais impostos hoje, podem ser graduados conforme o grau de essencialidade do produto. A constituição, no par. 3º, I, do art. 153, determina que o imposto sobre produtos industrializados seja seletivo (vale dizer, tenha a alíquota variável) em função da essencialidade do produto. Da mesma forma, o inc. III, do par. 2º, do art. 155, admite que o ICMS seja também seletivo. *[sic]*

265

No que pertine à aplicação do princípio da capacidade contributiva sobre as taxas, existe grande divergência doutrinária. Alguns autores acreditam que não é cabível, posto que são tributos contraprestacionais, ou seja, necessitam de uma contraprestação estatal para a sua cobrança sem levar em consideração características pessoais do contribuinte. Em que pese os posicionamentos contrários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o princípio da capacidade contributiva amolda-se a esta espécie de tributo, como são exemplos as decisões do AgR no RE nº 216259/CE, do AgR no RE nº 191417/PE e do RE nº 232393/SP.

Sobre as contribuições, que por muitas vezes possuem fatos geradores de taxas, o STF pronunciou-se a respeito, trazendo no excerto do voto condutor do Min. Ricardo Lewandowski, quando do julgamento do RE 573675 de março de 2009:

[...] a despeito do art. 45, §1º, da Constituição Federal, que alude à capacidade contributiva, fazer referência apenas aos impostos, não há negar que ele consubstancia uma limitação ao poder de imposição fiscal que informa todo o sistema tributário. [...] Todavia, o princípio em tela, como regra, encontra guarida, como no caso das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, alíneas “b” e “c”, devidas pelo empregador (BRASIL, 2009).

Quanto às contribuições de melhoria, parte da doutrina defende a aplicação do princípio a estas, pois o incremento do valor do imóvel representa um aumento de riqueza patrimonial, que seria o índice de capacidade contributiva (ZILVETI, 2004, p. 284-285). Costa (2003, p. 57), contrariamente, alega que apesar da valorização do imóvel representar riqueza, esta teria sido proporcionada pelo poder público e que, por isso, seria alheia à capacidade contributiva do sujeito passivo.

Tendo sido explanado o campo de atuação do princípio da capacidade contributiva e suas inúmeras divergências, é importante definir, neste momento, se este princípio possui aplicabilidade imediata em nosso ordenamento jurídico nacional.

Assim, procurando dar-lhe maior eficácia, a doutrina atribui ao princípio uma característica de norma constitucional programática ou ainda de norma de eficácia plena. Quando considerada programática, não é vista como mero postulado de caráter limitado e sem qualquer efeito vinculante, outrossim como um dispositivo dotado de real eficácia jurídica (DUTRA, 2010, p. 89).

Dessarte, entendendo-se que tal norma é possuidora de eficácia, o que varia, de fato, é a forma de sua aplicação: para quem defende que a norma é programática, constitui-se em um programa de governo; para os adeptos da concepção da eficácia plena, a capacidade contributiva é percebida como de aplicabilidade imediata.

Outros autores, minoritariamente, defendem que este princípio seria norma de eficácia contida, posto que requisitaria a atuação do legislador e teria eficácia plena até que este expedisse norma delineando os direitos subjetivos dos cidadãos, como é o caso de Pacheco (1989, p.305-307).

Porém, em linha com a maioria dos autores, partir-se-á, neste trabalho, da pressuposição de ser a capacidade contributiva princípio autoexecutável, ou seja, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata, uma vez que deriva diretamente do princípio da isonomia. Diante disso, cabe ponderar que, embora tenha havido a sua inclusão em sede constitucional e o Poder Judiciário tenha trabalhado a fim de ampliar o seu espectro para os demais tributos, são incipientes as medidas que garantem a sua efetiva aplicabilidade imediata, vez que não há, seja na jurisprudência ou de forma positivada, a imposição de sanções pelo seu descumprimento, tão pouco mecanismos de controle social visando ao seu uso.



Este fato faz com que a sua aplicação seja tida como opcional pelos governantes, caracterizando o descumprimento do dever de legalidade por parte destes, a falta de planejamento tributário e o aumento da carga tributária de forma uniforme entre as diversas camadas sociais, prejudicando os economicamente vulneráveis.

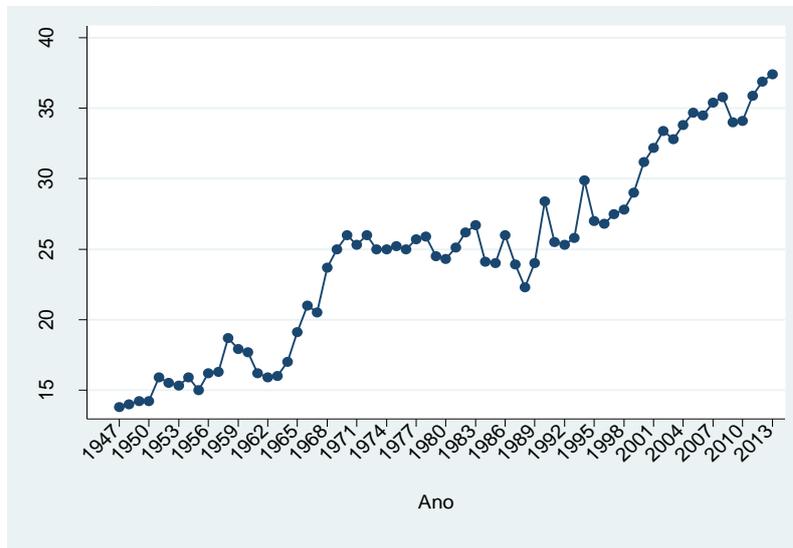
Essa reflexão é importante na medida em que se constata que a capacidade contributiva é critério fundamental de concretização da isonomia e da justiça em matéria tributária, fatores elementares para o desenvolvimento nacional, porquanto mediante os tributos o Estado atua na economia e na sociedade, seja quando da sua arrecadação, na medida em que promove um recolhimento consciente onde os indivíduos de melhores condições financeiras contribuam mais, seja na utilização dos recursos arrecadados de forma racional e promovendo o bem-estar social.

Tal pensamento é corroborado pelos estudos de Corbacho et al. (2012, p. 73-80), Varsano (2002, p. 231-250), Costa e Souza (2008, p. 1-15), Sarak (2011, p. 253-267), entre outros, que ressaltam que é nos tributos que o Estado obtém uma fonte geradora de recursos para promover direitos e serviços públicos focados na possibilidade de atendimento máximo das necessidades da população.

Uma investigação detalhada da carga tributária nacional aponta para seu aumento considerável no período de 1947 a 2013, como se pode constatar na Figura 1 que apresenta a porcentagem da arrecadação de tributos em relação ao Produto Interno Bruto. Percebe-se ali uma tendência ao crescimento da carga tributária brasileira, passando de menos de 15% no final da década de quarenta para algo próximo de 35% nos últimos anos.

Figura 1

A carga tributária brasileira num contexto histórico



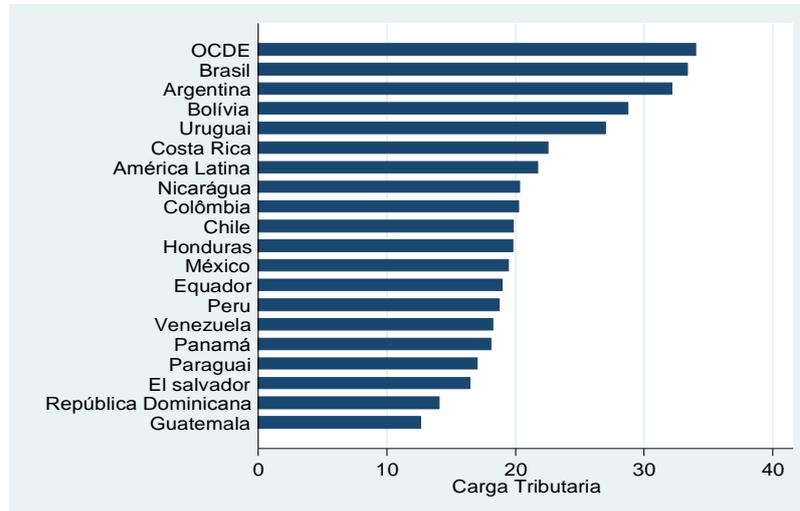
Fonte: AFONSO, J. R. R.; ARAÚJO, E. C. Institutions for macro stability in Brazil: inflation targets and fiscal responsibility. Iriba Working Paper 7. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2501394>. Acesso em: 21/06/2016. Elaboração própria.

268

Em comparação aos países da América Latina e Caribe, é nítida a representatividade dos tributos na renda nacional brasileira como se depreende da Figura 2. Destaca-se ali que, no ano de 2014, o Brasil situava-se no mesmo patamar da carga tributária dos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), cuja maioria de seus membros é composta por economias com um elevado PIB per capita e Índice de Desenvolvimento Humano e são considerados países desenvolvidos.

Figura 2

Total das receitas fiscais em porcentagem do PIB em 2014

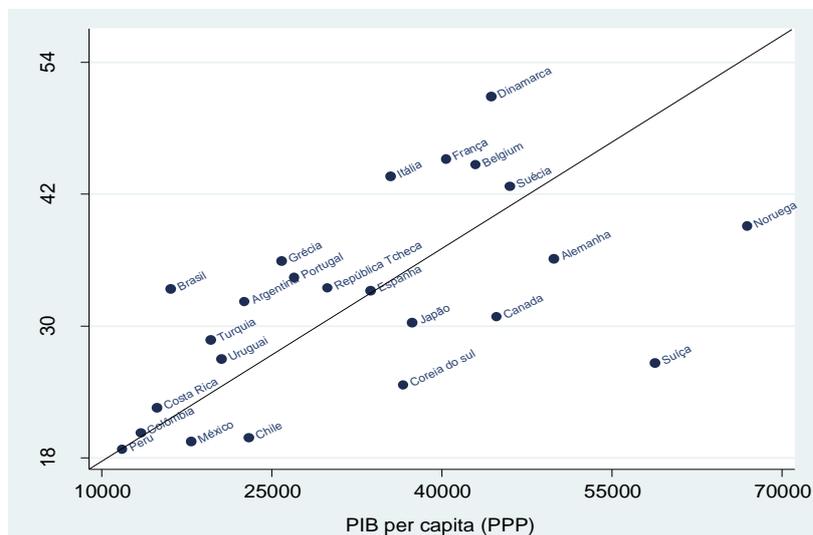


FONTE: OCDE. OECD.Stat, (database). Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acessado em 20/06/2016. Elaboração própria.

Na figura 3 averigua-se com mais detalhes a relação entre carga tributária e PIB per capita mensurada pela paridade do poder de compra (PPC)¹. De sua análise, sobressai que a carga tributária no Brasil está acima daquela auferida em países com PIB *per capita* próximo ao seu, como Turquia, Uruguai, Costa Rica e Argentina. Aproxima-se o Brasil, em verdade, da arrecadação de países como Canadá, Alemanha e Espanha, com rendas *per capita* bem mais elevadas.

¹ A paridade do poder de compra (PPC) - em inglês, *purchasing power parity* (PPP) - é um método alternativo à taxa de câmbio. Muito útil para comparações internacionais, mede quanto uma determinada moeda poderia comprar se não fosse influenciada pelas razões de mercado ou de política econômica que determinam a taxa de câmbio. Leva em conta, por exemplo, diferenças de rendimentos e de custo de vida.

Figura 3
Carga tributária x PIB *per capita* PPP em 2014

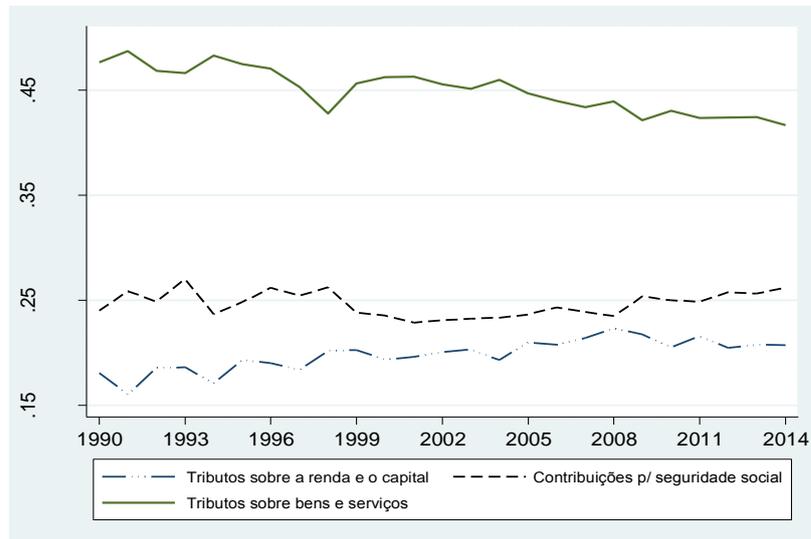


FONTE: OCDE. OECD.Stat, (database). Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acessado em 20/06/2016. Elaboração própria.

270

No entanto, embora apresente uma elevada carga tributária, o Brasil ainda conserva uma estrutura tributária baseada em tributos indiretos, que não levam em conta a capacidade de renda de seus habitantes, como demonstra a Figura 4. Situa-se nosso país em divergência aos países desenvolvidos, os quais dispõem de montantes semelhantes de recursos tributários em termos do PIB, mas que planejam de forma racional a obtenção de recursos pela via mais direta.

Figura 4
Estrutura tributária do Brasil - 1990/2014
Entradas com porcentagem de ingressos tributários totais

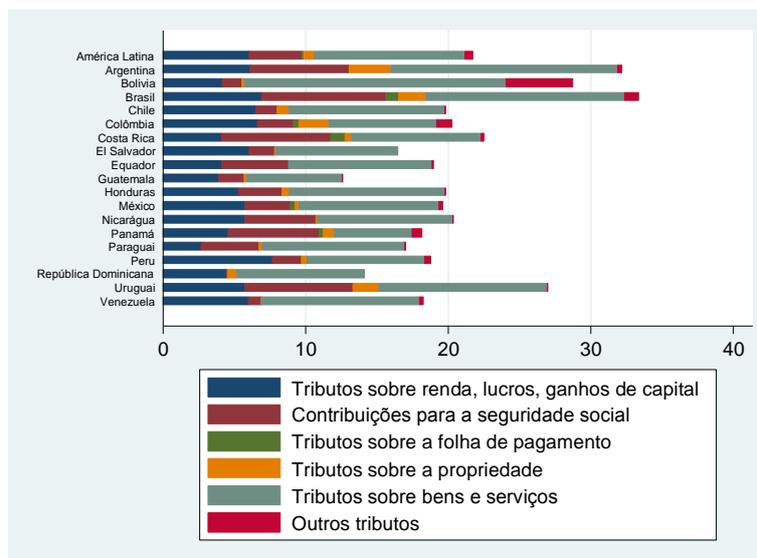


Fonte: OCDE. OECD.Stat, (database). Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acessado em 20/06/2016. Elaboração própria.

271

O Brasil segue a tendência dos demais países da América Latina e Caribe, apresentando um padrão tributário baseado em arrecadações sobre o consumo de bens e serviços, como pode ser notado esquematicamente na figura 5. Esta estrutura inviabiliza a aplicação do princípio da capacidade contributiva dado que, pela própria natureza dos tributos, não se pode levar em conta a aptidão econômica do contribuinte. Por outro lado, os países desenvolvidos, que apresentam uma parcela muito maior da arrecadação advinda dos tributos sobre a renda, buscam com mais rigor a efetividade do princípio citado.

Figura 5
Entradas de tributos das principais categorias em
porcentagem de entradas das entradas tributárias totais –
2014



Fonte: OCDE. OECD.Stat, (database). Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acessado em 20/06/2016. Elaboração própria.

272

Em 2014, os tributos com base renda no Brasil representaram em torno de 6% do Produto Interno Bruto – PIB, muito inferior à média dos países da OCDE, cuja representatividade foi de 11,7%. Este padrão também ocorre com os tributos sobre propriedade que apresentam valores de 1,3% do PIB no Brasil, contra 1,9% nos países da OCDE. No entanto, a situação se inverte quando se trata da base bens e serviços: enquanto no Brasil esses tributos representam 17,7% do PIB, naqueles países em média, representam 11,5% do total auferido (BRASIL, 2015, p. 10-13).

Isso ocorre porque a base da tributação brasileira vigente ainda é, em essência, aquela construída em 1964 e 1967, que prestigiou a desconcentração dos recursos públicos em favor dos estados e municípios, tornando-os sujeitos ativos da relação tributária. Embora a Constituição de 1988 tenha alterado os tributos, seja eliminando alguns tipos, seja modificando as características de outros, manteve a antiga estrutura. Ao longo dos anos, esta também sofreu distorções devido a alterações legislativas que tornaram a tributação mais especializada e complexa além de aumentar a utilização de tributos cumulativos como fonte



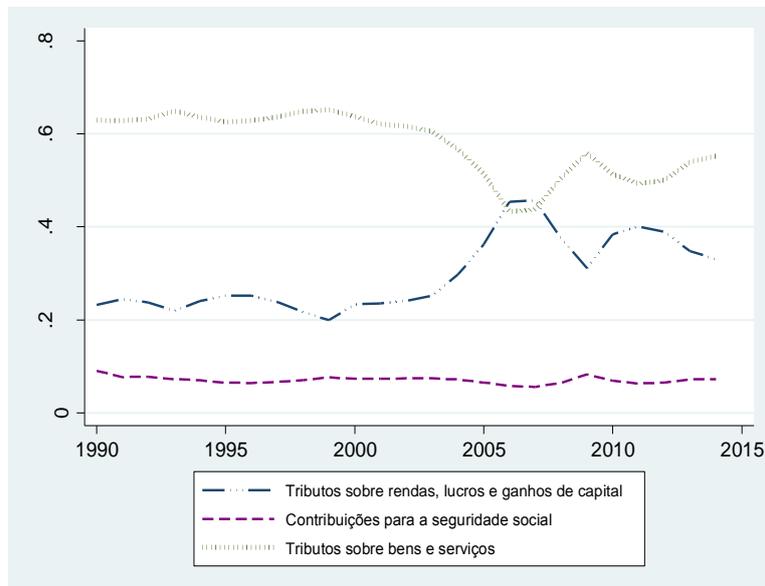
de financiamento do setor público, principalmente para a seguridade social. Tais mudanças foram motivadas principalmente pela necessidade de adaptação às novas condições econômicas nacionais, como explica Varsano (2002, p. 231-233):

Datam também dos anos 90 duas importantes mudanças macroeconômicas. A primeira foi que a economia brasileira passou por um processo de abertura comercial, que incluiu, além de redução das tarifas e das barreiras não-tarifárias, a integração regional, com a formação do Mercosul. Na segunda, logrou-se, em 1994, por meio do Plano Real, a estabilização da economia. Esses dois fatos criaram um novo ambiente econômico em que a competitividade do setor produtivo nacional é a questão-chave para o desenvolvimento do país. Isto exige reformulação da tributação, de modo a ajustá-la às novas circunstâncias.

Apesar de possuir uma estrutura tributária envelhecida, não é impossível que um país com uma carga tributária relativamente elevada adapte o seu sistema tributário a fim de obter maior equidade e resultados econômicos satisfatórios. Na América Latina, países como o Chile vem revertendo essa realidade. Desde a década de setenta, este país vem mantendo uma política de redução de tarifas e de eliminação de barreiras comerciais internacionais que juntamente com o fortalecimento das instituições, um ambiente macroeconômico estável, um bom funcionamento dos mercados financeiros e a adoção de tecnologias aplicadas aos negócios proporcionaram um crescimento econômico considerável (WORLD ECONOMIC FORUM, 2015, p. 31). Na figura 6 é mostrada a estrutura tributária do Chile, que vem se desenhando com tendências próximas às visualizadas em países mais competitivos.

273

Figura 6
Estrutura tributária do Chile - 1990/2014
Entradas com porcentagem de ingressos tributários totais



Fonte: OCDE. OECD.Stat, (database). Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acesso em: 20/06/2016. Elaboração própria.

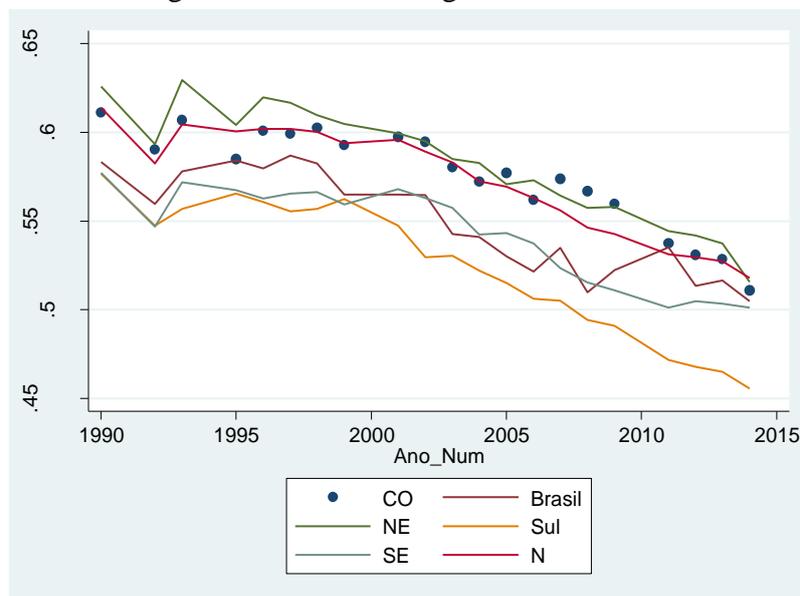
274

Os dados apresentados sobre o Brasil evidenciam um considerável aumento da arrecadação tributária, que entre 1990 e 2014 aumentou em cerca de 50%. Poder-se-ia esperar também uma significativa melhora em alguns índices de desenvolvimento econômico e social. Em um deles, o índice de Gini, que mede a concentração de renda, o resultado é decepcionante. Para o período de 1990 a 2014, há uma diminuição pouco significativa da desigualdade principalmente nas regiões Nordeste e Centro-Oeste. De acordo com dados do IBGE (2014, p. 153), em 2013, enquanto o índice de Gini para o Brasil era de 0,501, nessas duas regiões do país os coeficientes observados foram de, respectivamente, 0,509 e 0,519, muito diversos da média nacional, como mostra a Figura 7, embora tenha sofrido uma queda em comparação ao ano de 2012, quando apresentaram valores de 0,516 e 0,524 respectivamente, estes números ainda refletem o desnível entre as regiões brasileiras, principalmente em comparação com a Região Sul, cujo índice é de 0,466, o menor do país (IBGE, 2013, p. 174). Isso demonstra o uso ineficiente dos recursos gerados pela tributação

para promoção do desenvolvimento regional e redução da desigualdade, meta presente no próprio texto constitucional.

Figura 7

Índice de Gini da distribuição de rendimento mensal das pessoas de 15 anos ou mais de idade, com rendimento, segundo as Grandes Regiões – 1990/2014



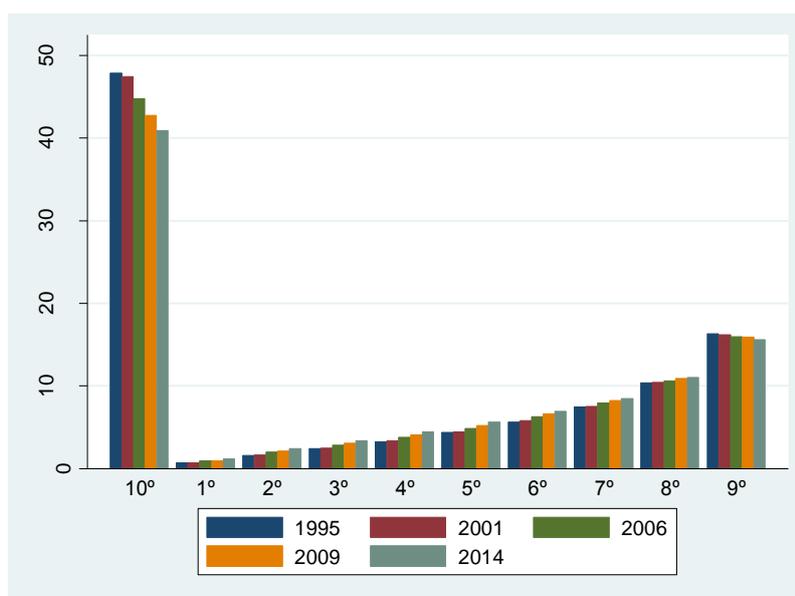
Fonte: IPEA, IDEADATA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/>. Acesso em: 20/06/2016. Elaboração própria.

É necessário ressaltar neste momento que ainda é duvidoso afirmar, em um mundo de intensa mobilidade do capital, que a tributação possa ter um impacto direto de redistribuição significativo. Porém, não se pode olvidar que não sendo regressiva, ela asseguraria, ao menos, maior equidade social, isto é, não oneraria relativamente mais os pobres que os ricos. Isto assegurado, é possível, “com os recursos arrecadados, financiar políticas governamentais bem concebidas, focalizadas e executadas, que beneficiem principalmente os mais pobres, assegurando o cumprimento do papel redistributivo do governo”, o que é especialmente importante em um contexto de globalização econômica (VARSANO, 2002, p. 234).

A desigualdade na distribuição de renda fica ainda mais evidente quando se analisam os décimos da distribuição de rendimentos familiar per capita. Numa sociedade perfeitamente igualitária, cada décimo (10% das pessoas com rendimentos) teria 10% da soma desses rendimentos nacionais. Em 2014, as pessoas com os 10% menores rendimentos concentravam

apenas 1,2% da renda total. Na comparação 1995 a 2014, do 1º ao 8º décimos houve ganhos em relação aos dois últimos décimos, com destaque para o 2º décimo cuja participação cresceu 31,6% no período. No décimo com maior rendimento familiar per capita, a participação na renda total decresceu 9,8%. Ainda assim, esses movimentos não foram suficientes para alterar substancialmente o quadro de desigualdades na distribuição de rendimentos, conforme mostra a figura 8. O décimo mais rico concentrou durante todo o período analisado mais de 40% da totalidade da renda per capita (IBGE, 2014, p. 153).

Figura 8
Distribuição percentual do rendimento familiar per capita, por
décimos de rendimento - Brasil – 2004/2014



Fonte: IPEA, IDEADATA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/>.
Acessado em 20/06/2016. Elaboração própria.

A distribuição de renda e a tributação também estão diretamente relacionadas com o desenvolvimento econômico, uma vez que a má repartição da renda gera um grande quantitativo de pessoas com poucos recursos que não tem condições de contribuir com o crescimento de um país mediante o recolhimento de tributos.

Desta forma, não só pela necessidade econômica de estabilização e futuro crescimento que se deve repensar a utilização mais efetiva do princípio da capacidade contributiva dentro

do Brasil, mas principalmente pela possibilidade de tornar o país mais desenvolvido através do incentivo de liberdades. Nas palavras de Sen (2010, p. 18),

Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência dos serviços públicos e assistência social, como por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais.

Assim, não se deve esquecer o dever do Estado em promover direitos e serviços públicos focados na possibilidade de atendimento máximo das necessidades dentro de sua capacidade de atendimento de forma eficiente. Isso só poderá ser alcançado com uma arrecadação baseada na promoção da igualdade que foque nos recursos provenientes dos indivíduos que possuam maior capacidade de contribuição.

É pertinente notar também que a tributação foi apontada no estudo do Fórum Econômico Mundial de 2013-2014 (WORLD ECONOMIC FORUM, 2015, p. 31), como o segundo maior fator problema para fazer negócios no país, enquanto que na última pesquisa (2015-2016), passou a ser o maior complicador para negócios (WORLD ECONOMIC FORUM, 2016). Tal resultado reflete o aumento do número e da complexidade das regras tributárias pelos diversos entes da federação em um cenário de crise econômica.

Portanto, é perceptível que embora tenha havido a ampliação do espaço fiscal advindo da maior arrecadação, as soluções adotadas pelo Brasil, ademias de sobrecarregar a todos, de forma a não impor critérios de maior ônus aos mais abastados, também não proporcionaram o desenvolvimento econômico.

Isto posto, as evidências dos dados apresentados parecem apontar para a associação entre o baixo desenvolvimento nacional e o aumento da arrecadação, que é feito sem levar em conta a capacidade contributiva da população. A efetivação deste princípio parece ser um dos fatores de promoção de uma maior distribuição de recursos, de forma indireta, nos países mais desenvolvidos.

Configura-se necessário, então, planejar a arrecadação tributária no Brasil de forma consciente e fazendo uso do princípio da capacidade contributiva, posto que o país é dotado de uma população de nível de renda extremamente heterogêneo. A diminuição da tributação indireta sobre os gêneros básicos a fim de assegurar o mínimo existencial e o aumento da

arrecadação dos tributos de caráter pessoal parece ser a solução mais viável e que causaria menos danos às camadas mais pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permite depreender que o princípio da capacidade contributiva advém do princípio da capacidade econômica e se expressa como agente concretizador da igualdade material presente na Constituição brasileira, possuindo uma vasta aplicabilidade sobre os tributos em geral.

Em uma interpretação sistêmica da Carta Maior, caracteriza-se como um verdadeiro direito fundamental e tem demonstrado ser um efetivo balizador da atividade legislativa, impondo limites máximos (vedação ao confisco) e mínimos (preservação do mínimo vital) para a tributação, contribuindo para a formação de um sistema tributário mais equitativo e justo.

Em relação aos dados expostos, pode-se concluir ainda que o Brasil tem apresentado um expressivo aumento da arrecadação tributária nas últimas décadas, porém sem que haja uma melhora significativa do desenvolvimento nacional e das condições de vida da população em termos de uma melhor redistribuição da renda nacional. Isso se deve em grande parte a uma política tributária direcionada aos tributos indiretos, como os impostos sobre bens e serviços e as contribuições sociais, que podem ser majorados sem que haja a sua percepção pela população em geral.

Trata-se de um caminho diferente daquele trilhado pelos países ricos, em que a base da tributação está nos tributos sobre a renda e outros que levam em consideração a capacidade de contribuição dos indivíduos.

Isso ocorre não apenas porque os mais ricos apresentam uma maior base econômica para tributação, mas, principalmente, porque o sistema tributário tem se mostrado um poderoso instrumento governamental para diminuir as desigualdades e promover o desenvolvimento mediante incentivos às liberdades.

Propugna-se aqui que o melhor para o Brasil é encarar com rigor e decisão a reforma do seu sistema tributário a fim de que este se converta em um autêntico instrumento de crescimento e desenvolvimento inclusivo. Isso só será possível com a promoção de reformas estruturantes principalmente quanto à efetividade do princípio da capacidade contributiva.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. For Good and Evil. **The impact of taxes on the course of civilization**. Lanham: Madison Books, 2001.

AFONSO, J. R. R.; ARAÚJO, E. C. **Institutions for macro stability in Brazil: inflation targets and fiscal responsibility**. Iriba Working Paper 7, 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2501394>. Acesso em 21/06/2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8. ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense 2010.

CORBACHO, Ana; CIBILS, Vicente Fretes; LORA, Eduardo (eds.). **Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo**. Washington, DC: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2012.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BOHN, Ana Cecília Elvas; MARQUES, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco; MARQUES, Thiago Henrique Costa. O Princípio da Capacidade Contributiva e a efetivação dos Direitos Fundamentais. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 14, nº 1178, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6763-thiago-henrique-costa-marques>>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551-1/Minas Gerais**. Rel. Min. Celso Melo; julgado em 02.04.03. Diário de Justiça, 20 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 573675 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20030106715/Santa Catarina**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski; julgado em 25/03/2009. Diário da Justiça, 03 abr. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2582137&numeroProcesso=573675&classeProcesso=RE&numeroTema=44>>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Carga Tributária no Brasil 2014**. Análise por tributos e bases de incidência. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, out. 2015. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 14/03/2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Patricia Ayub da; SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Tributação, Política Fiscal e Desenvolvimento Econômico. **III Encontro de Estudos Tributários**. Setembro 2008. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/294.pdf>>. Acesso em: 13/03/2016.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade Contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HACK, Érico. **Princípio da capacidade contributiva: limites e critérios para o tributo**. Rev. SJRJ. Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 83-94, abr. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLIACA – IPEA. **IPEADATA**. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/>. Acesso em: 20/06/2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. Uma análise das condições de vida da população brasileira 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em 30/10/2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. Uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em 13/03/2016.

LACOMBE, Américo M. Igualdade e Capacidade Contributiva. In: **V Congresso Brasileiro de Direito Tributário: Princípios Constitucionais Tributários**. Separata de: Revista de Direito Tributário, 1991.

MARTINS, Ives Gandra. Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, co-edição CEU/Resenha Tributária, São Paulo, n. 4, p. 285-286, 1990.

281

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Primeiro Volume, 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. **OCDE.Stat**. Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RSLACT>. Acesso em: em 20/06/2016.

PACHECO, Ângela M. M. Capacidade Contributiva. **Capacidade Contributiva: Caderno de Pesquisas Tributárias**. São Paulo, n. 14, co-edição Resenha Tributária: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1989.

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Editora GEN, 2015.

SARAK, Denis. Tributação e desenvolvimento. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, São Paulo, v. 14, n. 19, 2011, p. 253-267.



SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SICCA, Gerson dos Santos. Isonomia tributária e capacidade contributiva no Estado contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARSAÑO, Ricardo. Sistema tributário para o desenvolvimento. In: CASTRO, Ana Célia (Org.). **Desenvolvimento em Debate: Painéis do Desenvolvimento Brasileiro-I**. Rio de Janeiro: Mauad: BNDES, 2002. p. 231-250.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report 2015**. Genova: World Economic Forum, 2016. Disponível em: < http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf>. Acesso em: 30/10/2015.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report 2014**. Genova: World Economic Forum, 2015. Disponível em: < http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf>. Acesso em: 30/10/2015.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

Submissão: 13/07/2016

Aceito para Publicação: 29/10/2016



O MECANISMO DE CODEMANDADO NO ACORDO DE ADESÃO DA UNIAO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

THE CO-RESPONDENT MECHANISM ON THE ACCESSION AGREEMENT OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Anair Isabel Schaefer*

RESUMO: O presente artigo analisa o mecanismo de codemandado incluído no Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ainda, analisa os problemas apontados e os ajustes sugeridos sobre o mecanismo de codemandado no Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando da apreciação do Projeto de Adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article analyzes the co-respondent mechanism included in the Draft Agreement to the Accession Project to the European Convention on Human Rights. Still, analyze the problems identified and the adjustments suggested about the corresponsable mechanism in Opinion 2/13 by the Court of Justice of the European Union to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Justiça da União Europeia. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Acordo de Adesão da União Europeia.

KEYWORDS: European Union Court of Justice. European Convention on Human Rights. Accession Agreement of the European Union.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Mecanismo de Codemandado no Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. 2 Mecanismo de Codemandado no Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia: Problemas Apontados e Ajustes Sugeridos. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A União Europeia, na sua formação, em 1950, inicia a integração econômica, não estabelecendo proteção para os direitos fundamentais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos inicia na segunda metade do século XX e progressivamente, os direitos fundamentais, no direito comunitário, passam a ter uma preocupação nas cortes supremas nacionais.

Em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais vem suprir esta lacuna no direito comunitário. Entretanto, ainda esta Carta não tem força jurídica para sua implementação obrigatória. Desta forma, no Tratado de Lisboa, em 2009, na atualização do direito comunitário, inclui entre as alterações, a vinculação jurídica da Carta de Direitos

* Pós-doutoranda na Faculdade da Universidade de São Paulo (USP). Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

Fundamentais. Outra inovação importante para a União Europeia foi a inclusão da atribuição de competência para permitir a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos contribuiu para a proteção dos direitos humanos no âmbito do Direito Comunitário, na medida em que permite a inclusão dos direitos protegidos no âmbito regional à Carta de Nice, de 2000, do direito comunitário, formando um catálogo de direitos fundamentais e humanos.

Distingue-se, portanto, dois momentos na União Europeia, no que pertine à proteção dos direitos humanos: antes e após a adesão.

Na Fase atual (Pré-Adesão), os indivíduos integrantes da União Europeia, estão limitados quanto à proteção dos direitos fundamentais na atuação nacional, na sua relação direta com o Estado-Membro. A proteção jurisdicional no Tribunal Europeu de Direitos Humanos restringe-se à alegação de violação da Convenção por um Estado-Membro que a aderiu expressamente. O Tribunal analisa a atuação do Estado-Membro em relação à aplicação ou violação da Convenção. Não há a possibilidade de demanda contra a União Europeia no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois não é integrante da Convenção. Com a adesão, preenche-se esta lacuna.

A adesão da União Europeia à Corte Europeia requer a assinatura de um Acordo. Para tal desiderato foi efetuado um projeto de Acordo de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O acordo estabelece as condições, os mecanismos e os procedimentos para sua implementação. O mecanismo de codemandado permitirá a inclusão nas demandas junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos de outros Estados, mas, em especial da União Europeia. A inclusão na demanda poderá, ao final, na sentença proferida, responsabilizar a União Europeia, explicitando eventuais ajustes necessários no direito comunitário para que os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos possam ser respeitados e protegidos.

Atualmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia é o competente para analisar o direito comunitário. Por este motivo, o projeto de Acordo, a ser assinado pelos países da União Europeia, requer que, previamente, seja apreciado o texto pelo Tribunal de Justiça da União Europeia de forma a verificar a compatibilidade com o direito comunitário.

O Projeto de Acordo foi efetivado em 2013 e submetido à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, competente para pronunciar-se sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico comunitário. O Tribunal de Justiça, no Parecer 2/13, pronunciou-se pela

incompatibilidade do Acordo de Adesão com o direito comunitário, apontando os problemas encontrados e sugerindo alterações.

O presente estudo tem por escopo analisar, inicialmente, o mecanismo de codemandado previsto no Projeto de Acordo de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial quanto à posição da União Europeia, bem como os procedimentos aplicáveis. Em seguida, analisar a apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, no Parecer 2/13, no que pertine aos problemas apontados e ajustes sugeridos no Projeto de Acordo, em relação ao mecanismo de codemandado.

1 O MECANISMO DE CODEMANDADO NO PROJETO DE ADESÃO DA UNIAO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

O Projeto de Acordo de Adesão à Convenção Europeia para a Proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, de 2013 foi resultado após três anos de negociação entre a União Europeia e o Conselho da Europa, bem como os respectivos Estados-Membros.¹ A permissão para a adesão de um organismo internacional à Convenção Europeia de Direitos Humanos foi permitida no Protocolo 14 da Convenção Europeia. Da mesma forma, também na União Europeia, foi firmado o Protocolo nº 8 para permitir a adesão da União Europeia à Convenção Europeia, em atendimento ao previsto no artigo 6.2 do Tratado da União Europeia. O Protocolo nº 8 tem por escopo preservar a autonomia da União Europeia, prescrevendo os contornos do acordo.²

O Projeto de Acordo possui 12 artigos e se encontra acompanhado de um relatório explicativo (exposição de motivos)³ O Acordo de Adesão requer a ratificação dos 47 Estados-

286

¹ COUNCIL OF EUROPE. *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 2 April 2013. Agora Building, Room G02. Disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2012\)R03_EN_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2012)R03_EN_final.pdf). Acessado em 18 jul.2013.

² MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debater.europa/> Acesso em: 18 dez. 2014

³ COUNCIL OF EUROPE. *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 2 April 2013. Agora Building, Room G02.

Membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme previsto no artigo 218º, nº 6, alínea “a” e nº 8 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, da deliberação unânime do Conselho Europeu, depois de aprovado pelo Parlamento Europeu e pelos Estados Membros, individualmente.

No preâmbulo estão apresentados os “considerandos”, isto é, os motivos que levaram os Estados-Membros a apresentarem o Acordo de Adesão: o respeito na União Europeia pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, o reforço à coerência na proteção dos direitos humanos na Europa, com a adesão da União Europeia à Convenção, o direito de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos de apresentar os atos, as medidas ou as omissões da União Europeia para o controle externo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; a necessidade de ajustes no sistema da Convenção Europeia para adequar-se às peculiaridades da ordem jurídica da União Europeia (sistema *sui generis*). O artigo terceiro disciplina o mecanismo de codemandado, objeto principal do presente trabalho.⁴

O mecanismo de codemandado constitui uma “nova fórmula” que “foi talhado para facilitar, aliás, *evitar*, a tarefa de determinar e delimitar a divisão de competências entre a União e os Estados membros no que toca à implementação e cumprimento do direito da União.”⁵ Este mecanismo pretende atender Protocolo nº 8, cujo artigo 1º, alínea “b”, no qual estabelece que o Acordo de Adesão deve incluir os “mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados membros e/ou a União, conforme o caso”. Desta forma, “o âmbito de aplicação deste mecanismo encontra-se limitado às situações que envolvem a União e os Estados membros pelo que, as outras partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos não podem recorrer ao mesmo”.⁶

O acordo distingue as situações às quais se aplica o mecanismo do codemandado: (i) a União é codemandada e um ou mais Estados membros são os principais demandados; (ii) um ou mais Estados membros são codemandados e a União é a principal demandada;⁷ (iii) A

Disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2012\)R03_EN_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2012)R03_EN_final.pdf).
Acessado em 18 jul.2013.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ MONIZ, Graça. Obra citada.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ Idem, *ibidem*.

União pode ser demandada, junto com um ou mais Estados e um ou mais Estados serem codemandados; iv) a União é codemandada com mais de um Estado e um ou mais Estados membros são os principais demandados.

A disciplina do mecanismo de codemandado⁸ está prevista no artigo terceiro do Projeto de Adesão, no qual permite o ingresso na lide por um membro que poderá ser atingido pela decisão. Trata-se de um novo mecanismo que está sendo introduzido para permitir que a União Europeia e os Estados-Membros possam ingressar na lide como codemandados, conforme explica o Relatório sobre o Projeto de Adesão.⁹ O artigo terceiro, parágrafo primeiro, altera a redação do artigo 36 da Convenção que disciplina a intervenção de terceiros para acrescentar o mecanismo de codemandado, incluindo um parágrafo quarto.

Segundo o Relatório que acompanha o Projeto de Acordo, são vários os motivos pelos quais foi incluído o mecanismo de codemandado. O escopo central visa adaptar a situação específica do ordenamento jurídico da União Europeia, de forma a envolver a União Europeia na demanda, ou outros Estados-Membros que poderão ser afetados pela decisão.¹⁰

Deve-se ao fato de que no sistema jurídico da União Europeia, os atos das suas instituições podem ser implementados por seus Estados-Membros bem como pelas instituições, órgãos, organismos ou agências da União Europeia. Com a adesão da União

⁸ Utiliza-se a expressão “mecanismo de codemandado”, conforme as autoras a seguir: DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. 2012. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto_Pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013. MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, n° 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

⁹ COUNCIL OF EUROPE. *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 2 April 2013. Agora Building, Room G02. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2012\)R03_EN_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2012)R03_EN_final.pdf)>. Acessado em 18 jul. 2013.

¹⁰ COUNCIL OF EUROPE. *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 2 April 2013. Agora Building, Room G02. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2012\)R03_EN_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2012)R03_EN_final.pdf)>. Acessado em 18 jul. 2013.

Europeia evita-se a situação em que um ato jurídico é promulgado por um Estado e implementado por outro.¹¹

Segundo Catia Sofia Martins Duarte, a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos demonstra sua intenção de sujeitar-se a um controle externo de proteção dos direitos humanos, conforme aplicado às democracias europeias:¹²

Carregada de valor simbólico e político, através da adesão, a UE emitiu um sinal claro de que pretendia sujeitar o seu sistema de proteção de direitos humanos a um controle externo, igual ao que é aplicado a todas as democracias europeias, sujeitando-se, também, ao mesmo tipo de padrão de respeito pelos direitos humanos que exige a qualquer Estado que se pretenda tornar membro da UE e também a Estados terceiros com quem negocie acordos bilaterais, aumentando assim a sua credibilidade no panorama internacional.

A preocupação da União Europeia, ao submeter-se a um controle externo, é possibilitar a manutenção das características de independência e preservação de seu sistema jurídico comunitário¹³. Esta prerrogativa está prevista no artigo 2º do Protocolo nº 8 da União Europeia. Ainda, o artigo terceiro veda a criação de dispositivos que afetem jurisdição exclusiva da União Europeia, quanto à interpretação ou aplicação do direito originário, conforme disposto no artigo 344 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

O mecanismo de codemandado permite a inclusão da União Europeia na demanda quando um Estado-Membro da Convenção Europeia, condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e integrante do direito comunitário, possa ter dificuldade de implementar a decisão. Desta forma, a inclusão da União Europeia permite uma adequação, para que o Estado-Membro possa, ao final implementar a decisão proferida¹⁴:

Três situações distintas podem ser aplicadas no mecanismo de codemandado: a) contra um ou mais Estados-Membros; b) contra a União Europeia; c) separadamente contra a União Europeia e um ou mais Estados-Membros.

¹¹ DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em 20 jul. 2013.

¹² Idem, ibidem.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em 20 jul. 2013.

Ressalte-se que o demandante (Petitionário/Autor), ao formular uma petição inicial (demanda) contra diversos Estados-Membros da Convenção Europeia, deverá esgotar as vias de recurso internos de cada um dos Estados envolvidos. Desta forma, respeitadas todas as condições de admissibilidade, os demandados serão partes no processo, não cabendo recusa.

No mecanismo de codemandado, o demandante não precisa esgotar as instâncias internas quanto ao codemandado. Ao aceitar a posição de codemandado, passa a responder como Parte (e não apenas como terceiro), vinculando-se à decisão. Graça Moniz apresenta como vantagem a desnecessidade de esgotamento das instâncias internas no mecanismo de codemandado, uma vez que em determinadas situações poderá não existir qualquer recurso:¹⁵

Pensemos, por exemplo, no Tratado de Lisboa. Neste não se prevê nenhum meio específico para impugnar medidas da União alegadamente atentatórias dos direitos fundamentais e, de igual modo, nos casos em que disposições de *direito comunitário primário* são impugnadas, não, há, normalmente, um recurso legal específico nos ordenamentos. Ou seja, e em conclusão, o requerente pode, nestas situações, interpellar *ab initio* a União e o Estado membro.

Por outro lado, ao assumir voluntariamente a posição de codemandado, poderá acarretar uma responsabilização, sem que possua a competência efetiva para cumprir a sentença proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.¹⁶

Cátia Sofia Martins Duarte considera que terá pouca aplicação este dispositivo, em virtude do caráter voluntário do mecanismo de codemandado, incluído para atendimento ao Protocolo nº 8 da União Europeia, tendo como fundamento a preservação da divisão das competências e atribuições entre as instituições da União, bem como à jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à interpretação e aplicação dos Tratados¹⁷:

A natureza voluntária do mecanismo de co-demandado é a característica que mais se evidencia e que mais controvérsia cria. Com efeito, quer a UE quer os EM terão de requerer, isto é, manifestar vontade de intervir ao lado do demandado principal num processo perante o TEDH.

¹⁵ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debater.europa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

¹⁶ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debater.europa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

¹⁷ DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. 2012. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em 20 jul. 2013

Nem o Tribunal de Estrasburgo nem o demandado gozam da faculdade de exigir a intervenção de um co-demandado. Tudo dependerá do interesse deste último em agir e poder contestar o pedido formulado perante o TEDH, juntamente com o demandado.

[...]

A decisão final no sentido de se atribuir natureza voluntária ao mecanismo teve em consideração os limites estabelecidos pelo Protocolo nº8 no que respeita à preservação da divisão das competências e atribuições entre as instituições da União, bem como à jurisdição exclusiva do TJEU em relação à interpretação e aplicação dos Tratados. De outra forma exigir a presença quer de um EM quer da UE iria colocar o Tribunal de Estrasburgo numa posição de poder delimitar as competências entre as duas entidades, isto é, determinar quem detém dentro do ordenamento jurídico comunitário a competência pela implementação dos actos jurídicos.

No Relatório que apresenta o Projeto, em seu item 33, explica que no mecanismo, o codemandado terá a condição de parte no caso. Se o Tribunal declarar que ocorreu uma violação da Convenção, o codemandado será vinculado pelas obrigações nos termos do artigo 46 da Convenção.

Na análise do mecanismo de codemandado previsto no Projeto de Acordo de Adesão, bem como no disposto no Protocolo 8 da União Europeia, a questão principal diz respeito à manutenção das características do direito comunitário, em especial quanto à aplicação e interpretação do direito originário, competência exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Uma alternativa para a preservação de competência da União Europeia pode ser a inclusão de redação na Convenção Europeia de Direitos Humanos (mediante Protocolo), mencionando expressamente a manutenção das características do direito comunitário, tal qual consta a ressalva no Protocolo 8 da União Europeia. A inclusão no texto da Convenção permitirá a manutenção da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia frente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A possibilidade de incluir um Membro como codemandado, disposto no parágrafo quarto do artigo 36 da Convenção, prevê que a admissibilidade de um pedido deve ser avaliada sem levar em conta a participação do codemandado no processo. Esta disposição assegura assim que o pedido não será considerado inadmissível, como resultado da participação do codemandado, especialmente no que diz respeito ao esgotamento dos recursos internos, na acepção do artigo 35, parágrafo primeiro, da Convenção. Além disso, os candidatos à codemandado poderão apresentar considerações ao Tribunal, em cada caso, antes de uma decisão sobre a inclusão de um Membro da Convenção como codemandado.

Distingue-se o mecanismo de codemandado da intervenção de terceiros.¹⁸ A introdução do mecanismo de codemandado não exclui a possibilidade de ingressar como terceiro. Quando não reunidas as condições para ingressar como codemandado, poderá ingressar como terceiro. Esta prerrogativa pode ser vislumbrada quando a demanda for contra um Estado signatário de outros acordos internacionais, tais como o "Schengen", "Dublin" e do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, quando relativas às obrigações deles decorrentes.

Na intervenção, o terceiro tem a oportunidade de apresentar observações por escrito e participar da audiência em um caso antes do Tribunal. Contudo, o terceiro não será parte no caso e não estará vinculado ao julgamento. Ressalte-se que o terceiro, poderá ser qualquer dos Membros que aderiram à Convenção (Estado-Nação ou a União Europeia). Codemandado somente poderá ser a União Europeia ou os Estados-Membros da União Europeia, pela peculiaridade do direito comunitário. O codemandado torna-se uma parte no caso e será, portanto, obrigado pelo julgamento.

A União poderá ser codemandada quando

um Estado membro executou uma obrigação decorrente ou do *direito comunitário primário* ou da *legislação da União* após o que se seguiu um litígio perante o tribunal nacional competente no qual se discutiu a conformidade dessa medida nacional (que aplicou e executou o comando comunitário) com a Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁹.

Nesta hipótese, a violação dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos decorre de duas fontes: a) obrigação da própria União, que for incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos; b) da forma como o Estado Membro adotou para implementar e executar a obrigação da União Europeia.²⁰

Ressalte-se que os Estados-Membros, signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, podem ser demandados quando violarem os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que decorrente das normas previstas pelo direito comunitário. O mecanismo de codemandado permitirá que a União Europeia ingresse na

¹⁸ O relatório ainda se manifesta sobre as situações em que o mecanismo de codemandado podem ser aplicadas (arts. 36 a 40). Ainda, distingue a intervenção de terceiros do mecanismo de codemandado, em seu item 39 e 40.

¹⁹ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁰ Idem, ibidem.

demanda no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando o ordenamento jurídico comunitário for contrário aos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.²¹

O ingresso na modalidade de codemandado poderá ser realizado de duas formas: a) mediante convite do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; b) voluntariamente, quando tiver interesse no resultado da demanda.

Caberá ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidir sobre a posição de codemandado. O codemandado será considerado parte, estando submetido aos efeitos da sentença.

A inclusão no Projeto de Adesão do mecanismo de codemandado permitirá a responsabilização da União Europeia, competente para efetivar as modificações e adequações necessárias no direito comunitário, de forma a proteger e garantir os direitos humanos, previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em consonância com os direitos fundamentais, previstos na Carta de Nice.

293

2 MECANISMO DE CODEMANDADO NO PARECER 2/13 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: PROBLEMAS APONTADOS E AJUSTES SUGERIDOS

O Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou o Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em virtude de sua competência exclusiva sobre o direito comunitário. Desta forma, o Tribunal de Justiça apreciou sobre a compatibilidade do projeto com o ordenamento da União Europeia.

O pedido de parecer foi encaminhado pela Comissão Europeia para o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 04 de julho de 2013, sob o questionamento: “O projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, [assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, a seguir ‘CEDH’] é compatível com os Tratados?”²²

Na apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o Projeto de Adesão no Parecer 2/13, especificamente quanto ao mecanismo de codemandado, este manifestou-se no

²¹ Idem, ibidem.

²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf. > Acesso em 18 març. 2015. p.60-62.

mérito, item “c”, nos parágrafos 215 a 234. Inicia a manifestação, explicando o escopo do mecanismo de codemandado, nos parágrafos 215 e 216 do Parecer.²³

215. Como resulta do nº 39 do Projeto de Relatório Explicativo, o mecanismo do corresponsável foi introduzido para «evitar qualquer lacuna no sistema da [CEDH] quanto à participação, à responsabilidade e à oponibilidade», que, tendo em conta as características específicas da União, poderia resultar da sua adesão a esta Convenção.

216. Além disso, este mecanismo tem também por finalidade assegurar que, em conformidade com o que é exigido no artigo 1º, alínea b), do Protocolo nº8 UE, os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.

Quanto à finalidade do mecanismo de codemandado, o Tribunal considerou a necessidade de assegurar as características específicas do direito comunitário. Ressaltou no Parecer que o “convite” efetuado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para integrar a demanda (codemandado), pressupõe a análise sobre o direito comunitário. Sobre este aspecto, aponta como problemas a necessidade do eventual Estado-Membro dever demonstrar que reúne as condições para requerer o ingresso como codemandado, o que resultaria no exame do direito comunitário.²⁴

Outro problema apontado, diz respeito à eventual decisão do Tribunal de Direitos Humanos considerar uma parte responsável, restando, também, como consequência, a responsabilização do codemandado. Justifica que esta vinculação poderá acarretar problema quando em eventual decisão, a reponsabilização atingir Estado que apresentou reservas a determinado artigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ainda, a responsabilização entre a União e os Estados-Membros poderá acarretar a invasão de competência, ainda que resultante de acordo dos codemandados.²⁵

A redação do Projeto de Acordo, no que pertine ao mecanismo de codemandado, permitirá ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos apreciar as normas do direito comunitário, inclusive sobre a repartição de competências entre esta e os seus Estados-Membros, bem como os critérios de imputação dos atos ou omissões destes. Se, sob este aspecto, a Corte Europeia proferir uma decisão definitiva, vinculará tanto os Estados-

²³ Idem, p. 60.

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf> Acesso em 18 març. 2015. Parágrafos 218 e 219. p. 60.

²⁵ Idem, parágrafos 221 e seguintes. p. 60-62.

Membros como a União. Esta competência atribuída à Corte Europeia poderá prejudicar a repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros. Ademais, fundamenta que poderá a Corte pronunciar-se sobre questão prévia, de competência do Tribunal de Justiça da União Europeia.²⁶ Salienta Francesco Cherubini, em primeiro lugar, que, para este efeito, a questão de saber se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a mesma questão de direito que é objeto do processo no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²⁷

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao decidir sobre direito comunitário, equivaleria a atribuir-lhe competência para interpretar a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Contudo, o processo deveria ser estruturado de tal forma que, em qualquer demanda pendente no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deveria ser comunicada à União uma informação completa e sistemática, com vista a permitir à instituição competente da União apreciar se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a questão. Se negativa, desencadear a aplicação do processo de apreciação prévia.²⁸

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça observa que o projeto de acordo exclui a possibilidade de o Tribunal de Justiça ser chamado a pronunciar-se sobre uma questão de interpretação do direito derivado através deste processo. Tal limitação do âmbito deste processo apenas às questões de validade infringe as competências da União e as atribuições do Tribunal de Justiça.²⁹

No parágrafo 235, final do item c, do Parecer 2/13, o Tribunal de Justiça da União Europeia conclui que o mecanismo de codemandado previsto no Acordo de Adesão não preserva as características da União Europeia.³⁰

Ao final do Parecer 2/13, no parágrafo 258, o Tribunal de Justiça, ao fazer a síntese dos problemas apontados, inclui o mecanismo de codemandado entre os que necessitam de ajustes, declarando não ser o Projeto de Acordo compatível com o direito comunitário:³¹

²⁶ CHERUBINI, Francesco. *In mérito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'EU*; qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. In: Osservatorio Costituzionale. Maggio 2015. Ver também: MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, n° 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf. > Acesso em 18 març. 2015. p. 62.

Consequentemente, o Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) emite o seguinte parecer: **O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.**

As considerações e conclusões do Parecer 2/13 poderão dificultar a adesão da União Europeia à Convenção Europeia.

A alternativa de inclusão na Convenção Europeia sobre disposição expressa de respeito da observância das finalidades do Acordo em assegurar a preservação das características específicas do direito da União, permitiria uma apreciação prévia do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre eventual violação do direito comunitário em relação aos direitos protegidos e garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ainda, no Projeto de Adesão, pode-se incluir como alternativa, a exigência de esgotamento de instâncias internas no que se refere ao direito comunitário, quando acarretar a posição da União Europeia como codemandada, e ao final como responsável pelo cumprimento da decisão.

A exigência de uma manifestação prévia do Tribunal de Justiça poderia evitar, inclusive, eventual demanda no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Eventual violação trazida à apreciação do Tribunal de Justiça, de forma prévia, permitiria que uma decisão contra a União Europeia propiciaria a efetiva adequação dos normativos do direito comunitário, de forma a proteger os direitos e garantias previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Desta forma, os nacionais de países signatários da União Europeia poderiam ter seus direitos protegidos, em consonância com o disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como nos direitos fundamentais da Carta de Nice, evitando-se, de forma preventiva, uma multiplicidade de demandas junto à Corte Europeia de Direitos Humanos.

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf. > Acesso em 18 març. 2015. p. 68.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou o mecanismo de codemandado incluído no Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O mecanismo pretende preencher, juntamente com outras alterações incluídas na União Europeia, uma lacuna, atualmente existente no direito comunitário quanto à proteção dos direitos humanos.

O mecanismo pretende, em síntese, permitir que a união Europeia ingresse na demanda promovida na Corte Europeia de Direitos Humanos, na qualidade de codemandado. Esta inclusão permitirá que, em virtude da decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a União Europeia promova alterações ou adequações no direito comunitário. Considerando que as decisões normativas do direito comunitário atingem todos os seus Estados-Membros, mediante a decisão, permitirá assegurar a proteção dos direitos humanos nos Estado Signatários.

Efetuada um Projeto de Acordo, este foi submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia, competente para analisar se está em consonância com o direito comunitário.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante o Parecer 2/13, analisou o Projeto de Adesão, inclusive o mecanismo de codemandado. Problemas foram apontados em diversos aspectos do projeto para a devida adequação ao direito comunitário. Os problemas apontados e ajustes sugeridos podem ser reanalisados, mediante a apresentação de novo parecer, após a União Europeia efetivar as adequações requeridas para a compatibilização com o direito comunitário.

Diante das conclusões apresentadas e, dos ajustes recomendados no Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, que detém a competência exclusiva para examinar e interpretar o direito comunitário (originário), pode-se considerar que sem as devidas adequações, não ocorrerá a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Pode-se vislumbrar alguns ajustes possíveis, que aqui se traz a título de sugestão. Uma alteração na Convenção Europeia de Direitos Humanos, no que pertine à adesão da União Europeia, preservando as características do direito comunitário. Outra alteração, esta no Projeto de Adesão da União Europeia, requerendo o esgotamento dos recursos internos quando a União Europeia é codemandada.

A exigência de uma manifestação prévia do Tribunal de Justiça poderia evitar, inclusive, eventual demanda no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Eventual violação

trazida à apreciação do Tribunal de Justiça, de forma prévia, permitiria que uma decisão contra a União Europeia propiciaria a efetiva adequação dos normativos do direito comunitário, de forma a proteger os direitos e garantias previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Desta forma, os nacionais de países signatários da União Europeia poderiam ter seus direitos protegidos, em consonância com o disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como nos direitos fundamentais da Carta de Nice, evitando-se, de forma preventiva, uma multiplicidade de demandas junto à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Diante da análise do mecanismo de codemandado efetivado pelo Tribunal de Justiça, bem como a efetivação de ajustes propostos, pode-se vislumbrar, no futuro, uma adequação por parte da União Europeia no Projeto de Acordo, bem como eventual alteração na Convenção Europeia quanto à adesão da União Europeia, permitindo o fortalecimento dos direitos humanos e fundamentais no direito comunitário.

REFERÊNCIAS

CHERUBINI, Francesco. *In mérito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'EU*; qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. In: Osservatorio Costituzionale. Maggio 2015.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Carta dos Direitos Fundamentais. Jornal Oficial das Comunidade Europeias. (2000/C 364/01). 18.12.2000. Disponível em: <
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acessado em 20 jan. 2002.

COUNCIL OF EUROPE. *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*: Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 2 April 2013. Agora Building, Room G02. Disponível em: <
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2012\)R03_EN_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2012)R03_EN_final.pdf)>. Acessado em 18 jul.2013.

DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-



demandado”. 2012. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em 20 jul. 2013

MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf. > Acesso em 18 març. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa nº 180/14*. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015.

299

Submissão: 01/08/2016

Aceito para Publicação: 03/01/2017



FEMINISMO, VIOLÊNCIA E PODER: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DA TRAJETÓRIA E DOS DOCUMENTOS QUE CULMINARAM NA LEI MARIA DA PENHA E NO FEMINICÍDIO

FEMINISM, VIOLENCE AND POWER: AN HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE TRAJECTORY AND THE DOCUMENTS WHICH CULMINATED IN THE MARIA DA PENHA LAW AND THE FEMICIDE

Cristian Kiefer da Silva*

Débora Totini Seabra**

Luiz Antônio Soares Júnior***

RESUMO: O presente trabalho procura demonstrar que a Lei Maria da Penha e o Femicídio são resultado da contestação a um processo histórico sexista através de movimentos sociais denominados de *ondas do feminismo* os quais culminariam na elaboração de documentos (inter)nacionais dentre os quais as leis que aqui serão tratadas. Eis que, historicamente, a sociedade se organizou numa estrutura patriarcal fundamentada na natureza humana, sobretudo na perspectiva de dominação e poderio dos homens sobre as mulheres o que levaria a uma sujeição da mulher ao marido e ao próprio aparelho estatal. Para demonstrar tal perspectiva, serão estudados, inicialmente, os aspectos históricos justamente com as ondas do feminismo, analisando a produção documental de feministas como Olympe de Gouges. Igualmente, serão objeto de estudo Mary Wollstonecraft, Virgínia Woolf, dentre outras que receberam o nome de *tricoteuses*. Paralelamente, serão abordadas convenções como a Convenção para o Direito das Mulheres de 1848, a Convenção de Seneca Falls, disposições do Código Civil brasileiro de 1916, do Código Comercial brasileiro de 1850, as Ordenações Filipinas, o Estatuto da Mulher Casada e de convenções mais recentes, tais como a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher, a Convenção sobre os direitos políticos da Mulher, a CEDAW, e a Convenção Interamericanas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher. Por fim, passar-se-á à análise da fragmentação da ideia de poder e violência, bem como da Lei Maria da Penha e do Femicídio, destacando os seus aspectos mais relevantes.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismo. Femicídio. Lei Maria da Penha. Violência. Poder.

ABSTRACT: The present paper seeks to demonstrate that the Maria da Penha Law and the Femicide are the result of the challenge to a historical sexist process through social movements denominated waves of feminism that culminate in the elaboration of (inter) national documents among which the laws that here will be explored. Historically, society has organized itself into a patriarchal structure based on human nature, especially in the perspective of domination and power between men and women, which led to the subjection of women to their husbands and to the state apparatus. In order to demonstrate this perspective, it will be firstly studied the historical aspects precisely with the waves of feminism, analyzing the documentary production of feminists like Olympe de Gouges. It will also be mentioned Mary Wollstonecraft, Virginia Woolf, among others who were called *tricoteuses*. At the same time, it will be studied conventions such as the Convention on the Rights of Women of 1848, the Seneca Falls Convention, and, in depth, provisions of the Brazilian Civil Code of 1916, the Brazilian Commercial Code of 1850, the Philippine Statute of Married Women and more recent conventions such as the Inter-American Convention on the Granting of Civil Rights to Women, the Convention on the Political Rights of Women, CEDAW, and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women. Finally, the analysis of the fragmentation of the idea of power and violence will be analyzed as well as the Maria da Penha Law and the Femicide Law, highlighting its most relevant aspects.

KEYWORDS: Feminism. Femicide. Maria da Penha Law. Violence. Power.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As Ondas do Feminismo. 2 Os Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres

* Pós-Doutorando e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), da Faculdade Estácio de Sá, Minas Gerais, e do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB), Minas Gerais. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário UNA, do Centro Universitário Newton Paiva e Minas Gerais e da Faculdade de Minas (Faminas-BH), Minas Gerais.

** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

*** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

e da Igualdade de Gênero. 2.1 A Carta das Nações Unidas; Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos Civis à Mulher; e a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher. 2.2 A Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher e a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (CEDAW). 2.3 A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher – Convenção De Belém Do Pará. 3 A Fragmentação da Ideia de Poder e Violência: Lei Maria da Penha (Lei Nº 11.340 De 2006) e Femicídio (Lei 13.104/2015). Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Historicamente, a sociedade se consolidou numa estrutura patriarcal, isto é, uma estrutura social instrumentalizada pela verticalização impositiva de ideias, conceitos e costumes, desencadeando atos que vão desde criações subjetivas ou estatais, seja desde elaborações artísticas até elaborações legislativas ou atividades ou demais ações cotidianas, nas quais o gênero masculino se sobrepôs, ilusória ou faticamente sobre o feminino. A estrutura patriarcal é de natureza sexista, baseada na dominação e no poderio dos homens sobre as mulheres, ou seja, um mundo do gênero masculino por excelência. Na sociedade patriarcal, há uma pátria que se consta como se fosse (e de fato o era) a própria família amplificada, cujas figuras masculinas se destacavam. Essa dominação ou concepção sexista gerou resultados sociais nem sempre positivos.

Não é difícil se verificar que a submissão das mulheres em relação aos maridos e aos demais patriarcas, como sogros e avôs, gerou uma submissão aos homens em geral. Mas o que se nota, também, com os avanços das relações sociais, é que esse processo levou à submissão das mulheres ao próprio aparelho estatal. Assim, pode-se dizer que a mulher, portanto, é submissa; sujeita e sujeitada ao aparelho Estatal.

Entretanto, essa sujeição não era simplesmente aceita por todas. Houve vários descontentamentos que culminaram em marcos históricos denominados de *Ondas do Feminismo* e que originaram vários documentos (inter)nacionais, uns com valores legais e outros com total ausência de juridicidade, mas que de qualquer modo contribuíram para uma relevante mudança social-hierárquica.

Neste trabalho, procurou-se analisar, primeiramente, a influência da sociedade patriarcal sobre as mulheres (e a ideia de poder sobre elas); como essa influência gerou um movimento de indignação que culminou no movimento feminista; de que maneira tais movimentos contribuíram para a promoção de Direitos das Mulheres e igualdade de gênero chegando-se ao marco da Lei Maria da Penha e do Femicídio, analisando a questão do poder, da dominação e da violência que perpassa essa trajetória.

1 AS ONDAS DO FEMINISMO

A busca pela ruptura dessa ação-compreensão se deu através do Feminismo, que se divide, historicamente, em três *Ondas* que se iniciam na época do Iluminismo e perpassam alguns séculos, até chegarem ao século XX no mundo ocidental. A *primeira onda* tem as suas raízes datadas do final do século XVIII, sendo inspirada, portanto, pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, perpassando o século XIX e chegando ao século XX quando do direito ao voto. Essa onda vai questionar o que havia de mais presente na sociedade da época. Logo, a estrutura patriarcal, e, assim, a estrutura sexista da sociedade e, conseqüentemente, o fundamento na natureza. E se há esse questionamento, o que se busca é a igualdade, sobretudo, de participação no espaço público.

Como marco da primeira onda, tem-se, dentre outras feministas, Olympe de Gouges (1748-1793) que, lançando a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã de forma bem radical, objetiva dar uma resposta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que pode ser extraído de suas próprias palavras:

As mães, as filhas, as irmãs, representantes da nação, reivindicam constituir-se em Assembléia Nacional. Considerando que a ignorância, o esquecimento, ou o desprezo da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governantes, resolverem expor em uma Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis, e sagrados da mulher, a fim de que esta Declaração, constantemente, apresente todos os membros do corpo social seu chamamento, sem cessar, sobre seus direitos e seus deveres, a fim de que os atos do poder das mulheres e aqueles do poder dos homens, podendo ser a cada instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações das cidadãs, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, estejam voltados à manutenção da Constituição, dos bons costumes e à felicidade de todos. Em consequência, o sexo superior tanto na beleza quanto na coragem, em meio aos sofrimentos maternos, reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser superior, os Direitos seguintes da Mulher e da Cidadã. (GOUGES, 1791)

A célebre feminista dá continuidade ao seu pensamento colocando em xeque tanto o autoritarismo quanto a superioridade masculina logo no artigo 1º da referida declaração ao afirmar que *“a mulher nasce e vive igual ao homem em direitos. As distinções sociais não podem ser fundadas a não ser no bem comum”* (GOUGES, 1791). Além disso, o artigo 4º da referida declaração feminista merece destaque por afirmar que os direitos naturais da mulher não devem ser tolhidos pela injusta tirania do gênero masculino. Em suas palavras:

Artigo 4º A liberdade e a justiça consistem em devolver tudo o que pertence a outrem; assim, os exercícios dos direitos naturais da mulher não encontra outros limites senão na tirania perpétua que o homem lhe opõe; estes limites devem ser reformados pelas leis da natureza e da razão. (GOUGES, 1791)

Gouges também declara a igualdade entre homens e mulheres na esfera pública por meio dos artigos 6º, 7º, 10º e 13º da Convenção, o que só viria a ser obtido muitos anos depois, como será abordado em breve. São eles:

Artigo 6º A lei deve ser a expressão da vontade geral; todas as Cidadãs e Cidadãos devem contribuir pessoalmente ou através de seus representantes; à sua formação: todas as cidadãs e todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, devem ser igualmente admissíveis a todas as dignidade, lugares e empregos públicos, segundo suas capacidades e sem outras distinções, a não ser aquelas decorrentes de suas virtudes e de seus talentos.

Artigo 7º Não cabe exceção a nenhuma mulher; ela será acusada, presa e detida nos casos determinados pela Lei. As mulheres obedecem tanto quanto os homens a esta lei rigorosa. [...]

Artigo 10 Ninguém deve ser hostilizado por suas opiniões, mesmo as fundamentais; a mulher tem o direito de subir ao cadafalso; ela deve igualmente ter o direito de subir à Tribuna; contanto que suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela Lei. [...]

Artigo 13 Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração, as contribuições da mulher e do homem são iguais; ela participa de todos os trabalhos enfadonhos, de todas as tarefas penosas; ela deve, portanto, ter a mesma participação na distribuição dos lugares, dos empregos, dos encargos, das dignidades e da indústria. [...]

Artigo 15 A massa das mulheres integrada, pela contribuição, à massa dos homens, tem o direito de exigir a todo agente público prestação de contas de sua administração. (GOUGES, 1791)

Ciente da importância de seus ideais, a feminista conclui o texto da Convenção exortando as mulheres ao reconhecimento de seus direitos, de sua liberdade e de sua igualdade perante o gênero masculino. Assim adverte:

Mulher, desperta-te; a força da razão se faz escutar em todo o universo; reconhece teus direitos. O poderoso império da natureza não está mais envolto de preconceitos, de fanatismo, de superstição e de mentiras. A bandeira da verdade dissipou todas as nuvens da tolice e da usurpação. O homem escravo multiplicou suas forças e teve necessidade de recorrer às tuas, para romper os seus ferros. Tornando-se livre, tornou-se injusto em relação a sua companheira. (GOUGES, 1791)

Por essas ideias, tão à frente de seu tempo, Olympe de Gouges tem papel de destaque em grande parte do mundo, como bem anota a historiadora Louise Audino Tilly:

Assisti recentemente a um seminário no qual um historiador das mulheres apresentava uma brilhante interpretação dos escritos polêmicos de Olympe de Gouges e da recepção que tiveram (sem falar da que teve a autora) durante a Revolução Francesa. Um historiador da Revolução, velho e rude, levanta-se no momento das questões e pergunta, com sua entonação fanhosa do leste dos Estados Unidos: "Agora que eu sei que as mulheres participaram da Revolução, que diferença isto faz?". (TILLY, 1994, p.1)

Olympe faleceu em Paris, ou seja, no berço dos ideais de igualdade formal consistente na máxima de que todos são iguais perante a lei, submetendo todos ao Império da Lei e do Direito, sem discriminações; em razão de seus pensamentos.

No século XVIII, não se pode esquecer a participação das *tricoteuses*, mulheres que assistiam aos debates políticos, nas galerias, não podendo neles opinar. Para tanto, ficavam a tricotar como se o assunto ali nada lhes dissesse respeito, mas que, no fundo, estavam a participar das manifestações públicas, sobretudo, nas sessões da Assembleia Constituinte da Revolução Francesa. Há um desdobramento de todos os movimentos evidenciados até agora que se inspiraram nos ideais do Iluminismo. E, assim, outra forma de participação indireta se dava por meio da influência textual, como vimos em relação à Olympe de Gouges. Destacando-se também a inglesa Mary Wollstonecraft, que viveu entre os anos de 1759 - 1797. (GONÇALVES, 2006). Mary Wollstonecraft publicou a obra "Reivindicações dos direitos da Mulher" em 1792, sendo essa obra traduzida para o português, por Nísia Floresta, pela primeira vez, em 1833, num momento que o Brasil ainda era monárquico e escravocrata.

Entre os anos de 1882-1941, destacou-se Virgínia Woolf, um dos nomes mais importantes da literatura inglesa, para quem os efeitos da educação e da liberdade foram decisivos para o avanço no número crescente de mulheres notáveis, sobretudo no século XIX, em comparação com os séculos anteriores à sua época. (GONÇALVES, 2006). Virgínia destaca que os cuidados com a família e as tarefas reprodutivas haviam tomado tempo e força às mulheres, principalmente no espaço público, logo, haver-se-ia que ir além ao acesso da mulher à educação formal devendo-se conceder liberdade para que a sua particularidade pudesse ser trabalhada embora fosse notória a dificuldade de tornar seus pontos de vista (re)conhecidos (GONÇALVES, 2006).

Há que se destacar, também, movimentos, como convenções, realizadas no período da primeira onda. Dentre eles destaca-se a 1ª Convenção para o Direito das Mulheres realizada em Nova Iorque nos dias 19 e 20 de julho de 1848, marco do feminismo no Ocidente que nasce da insatisfação feminina oriunda da não participação na Convenção Mundial contra a

Escravidão de 1840 ao terem sido tratadas como meras espectadoras; e tem, como principais participantes, as americanas Elizabeth Cady Stanton e Lucretia Mott (GONÇALVES, 2006). Elizabeth Cady Stanton e Lucretia Mott realizaram a Convenção de Seneca Falls, denominada de Convenção para o Direito das Mulheres de Seneca Falls; tal convenção discutiu as condições sociais, civis e religiosas das mulheres. Cady Stanton, anos depois, se tornaria a presidente da Associação Nacional pelo Sufrágio Feminino nos Estados Unidos da América (GONÇALVES, 2006). Daquela Convenção participaram como signatários 68 mulheres e 32 homens.

É importante destacar que ao longo do século XIX houve uma releitura do medo que as mulheres tinham do sexo oposto, sobretudo com o desenvolvimento do comércio e da atividade industrial, seja ao se inserirem no labor ou administração de lojas familiares, ou pequenas empresas artesanais, ou em outras lojas, embora em escalões inferiores (GONÇALVES, 2006). Será explanado, logo a seguir, como a legislação se comportou nesse período de mudanças.

A *Segunda Onda*, por sua vez, surge na segunda metade do século XX, entre os anos de 1960 e 1970. A mulher já tinha conquistado o direito ao voto no Brasil e em grande parte do mundo, mas ainda reivindicava a igualdade, o fim da discriminação, bem como sua participação na política (GONÇALVES, 2006).

Na década de 1960 no Brasil, a mulher era considerada incapaz em certos atos da vida civil. Hoje todo ser nasce sujeito de direitos, uma pessoa jurídica é sujeito de direitos, bem como quem está ainda no ventre é considerado detentor de direitos. Mas há pessoas que embora sejam sujeitos de direitos, ou seja, tenham a capacidade de direito, não possuem a capacidade de fato. O recém-nascido, o deficiente mental e a pessoa esclerosada, por exemplo, têm a capacidade de direito, mas não podem exercer atos da vida civil. Isto porque, quando se é absolutamente incapaz, se é limitado pela lei ou pelo judiciário no exercício da vida civil. E a mulher, naquele contexto, era considerada incapaz relativamente a determinados atos da vida civil.

Por determinação legal, exigia-se que as profissões deveriam ser exercidas com a autorização dos maridos. E até a atual Constituição (CRFB/88), a mulher casada necessitava de autorização do marido para trabalhar, embora tal autorização fosse presumida. Nesse sentido, são os trechos destacados de legislações brasileiras dos séculos XIX e XX que evidenciavam a maior participação da mulher no cenário público além do privado:

Código Civil de 1916:

Artigo 240 A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único- A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido.

Artigo 241 Se o regime de bens não for o da comunhão universal, o marido recobrará da mulher as despesas, que com a defesa dos bens e direitos particulares desta houver feito.

Artigo 242 A mulher não pode, sem autorização do marido:

I- praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher;

II- alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens;

III- alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

IV- contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.

Artigo 243 A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.

Artigo 244 Esta autorização é revogável a todo o tempo, respeitadas os direitos de terceiros e os efeitos necessários dos atos iniciados.

Artigo 245 A autorização marital pode suprir-se judicialmente:

I- nos casos do art. 242, I a III;

II- nos casos do art. 242, IV, se o marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos.

Parágrafo único- O suprimento judicial da autorização valida os atos da mulher, mas não obriga os bens próprios do marido. (BRASIL, 1916)

Código Comercial de 1850:

Artigo 28 A autorização para comerciar dada pelo marido à mulher pode ser revogada por sentença ou escritura pública; mas a revogação só surtirá efeito relativamente a terceiro depois que for inscrita no Registro do Comércio, e tiver sido publicada por editais e nos periódicos do lugar, e comunicada por cartas a todas as pessoas com quem a mulher tiver a esse tempo transações comerciais. (BRASIL, 1850)

Segundo o disposto no Código Civil, eram, de 2002 até 2015, absolutamente incapazes os menores impúberes (que detêm idade inferior a dezesseis anos); as pessoas que, em decorrência de enfermidade ou deficiência mental, não possuíssem discernimento necessário para a prática de atos da vida civil e aqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir a sua vontade ” (BRASIL, 2002). Por sua vez, eram incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos” (BRASIL, 2002).

Desde 2015, “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” Lado outro, “são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico” e “III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002) além dos pródigos.

As mulheres, à época, eram consideradas incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los, não podendo exercer determinados atos da vida civil, senão vejamos:

Código Civil de 1916:

Artigo 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (BRASIL, 1916)

O Código Civil de 1916 definia, portanto, a mulher casada como incapaz de praticar certos atos da vida civil e previa que ela necessitava de autorização por parte do marido para que pudesse exercer as atividades como as de ter uma profissão ou a de receber uma herança. Sabe-se que o referido Código Civil fora precedido pelas Ordenações Portuguesas, que, ainda durante o Império, mesmo com a Proclamação da Independência do Brasil, teria vigência seja em parte pelas próprias leis portuguesas (em geral) precedentes, seja, sobretudo, pelas Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas, que foram sancionadas durante o reinado de Filipe II da Espanha e Filipe I de Portugal, e passaram a ser aplicadas no Brasil, continham em seu teor traços de fundamentação na natureza humana, sobretudo na perspectiva de dominação e *poderio* entre homens e mulheres, como se verifica da *não imputação de pena* ao marido caso este aplicasse *castigos corporais* à mulher e aos filhos. Uma compreensão de vida que se assemelhava muito ao Direito Romano, berço de nossa cultura jurídica, que desprovia a mulher da capacidade jurídica, não permitindo, por exemplo, que participasse da vida religiosa se não tivesse a autorização do pai ou do marido. Por outro lado, percebia-se nas Ordenações Filipinas certa preocupação para com as mulheres tal como disponibiliza a Universidade de Coimbra:

Título XXII [...] Defendemos que nenhum homem case com alguma mulher virgem, ou viúva honesta, que não passar de vinte e cinco anos, que esteja em poder de seu pai ou de sua mãe, ou avô, vivendo com eles em sua casa, ou estando em poder de

alguma pessoa, com quem viver [...] sem consentimento de cada uma das pessoas supramencionadas.¹ (PORTUGAL, 2017)

O Código Civil de 1916 viria a manter o sexo masculino como o apto para a chefia da sociedade conjugal; limitando a capacidade da mulher a determinados atos da vida, seja impedindo-a de praticar determinados atos, ou colocando-a em situação de submissão. Teresa Marques argumenta no seguinte sentido:

A despeito de interpretações correntes ainda verem o Código Civil de 1916 como um avanço na modernização das relações privadas, o resultado final da lei esteve longe de ser satisfatório e representou um verdadeiro obstáculo para a afirmação das mulheres, particularmente as casadas, como cidadãs autônomas, capazes de valer a sua vontade e de acionar a Justiça para defender seus direitos. (MARQUES, 2004, p.141)

Para tanto, toma como referência o entendimento constante de Rui Barbosa, durante o projeto do Código de 1916:

Barbosa se ateu a outros pontos do projeto, deixando praticamente intactos os dispositivos que interditavam a mulher casada de exercer alguns direitos e a mantinham na condição de pessoa relativamente incapaz. (MARQUES, 2004, p.141)

309

Havia, portanto, um conservadorismo, derivado do próprio projeto, e, como evidente, muito anterior a ele. Exemplo é visto no caso da emancipação, em que somente o pai poderia concedê-la, salvo se este já fosse falecido, caso em que a mãe poderia concedê-la. Outro exemplo, encontramos no art. 186 daquele Código:

Código Civil de 1916:

Artigo 186 Discordando eles entre si [leia-se, os cônjuges], prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.

Parágrafo único. Sendo, porém, ilegítimos os pais, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno. (BRASIL, 1916)

Havia, portanto a subsidiariedade do poder parental da mulher. Em relação à capacidade civil da mulher, sua situação só veio a mudar em 1962 quando entrou em vigor o Estatuto da Mulher Casada que conferiu à mulher casada a capacidade civil numa dimensão maior que se aproxima muito da concepção que temos com o atual Código Civil. O marido deixou de ser chefe absoluto. Houve compartilhamento do pátrio-poder. E passou-se a permitir, até mesmo, que ela pudesse requisitar a guarda do filho em caso de separação.

¹ Redigido livremente para a Língua Portuguesa Brasileira atual. O original pode ser consultado no site da referida Faculdade que se encontra nas referências deste trabalho.

É no final da segunda onda somente, em 1988, ou seja, vinte e seis anos após o Estatuto da Mulher Casada, que se tem reconhecido formalmente o Direito à Igualdade, ou seja, disposto em lei, e é com essa Constituição que se parece ter perdido, no Brasil, o espírito do movimento feminista, embora ainda haja reflexos de seus pensamentos e ideais.

Em entrevista conferida a Dolores Orosco, Maria Elisa Cevasco, Doutora em Letras, e professora de Estudos Culturais da USP, exclama que o feminismo foi derrotado. Destaca o paralelo entre o movimento da queima de sutiãs e os atuais, em suas palavras:

Os fundamentos daquela época (1968, na “queima dos sutiãs”) pressupunham um mundo diferente. Um dos slogans do feminismo americano era “seja realista, exija o impossível”, ou seja, a reivindicação era por uma mudança radical. O feminismo só seria possível em uma outra sociedade, regida por valores humanos e não mercadológicos, como temos hoje. O movimento teve uma série de conquistas, mas ficou muito aquém do que poderia ter sido. Não estou dizendo que foi em vão. Hoje, violência doméstica é considerada crime, por exemplo. (grifos nossos) (OROSCO, 2008)

Há uma notória participação das mulheres entre aqueles movimentos que, muitas vezes, foram contidos pelo aparelho estatal e os atuais, mas, a partir de 1990, surgem desdobramentos desse movimento: os movimentos de direitos sexuais e reprodutivos; as chamadas relações de gênero; e com eles a *Terceira Onda*.

310

2 OS PRINCIPAIS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES E DA IGUALDADE DE GÊNERO

Há vários documentos para a promoção dos direitos da mulher e da igualdade de gênero, são eles: poemas, canções, textos de obras literárias a serem publicadas, excertos, dentre outros. São objeto de estudo do presente trabalho os documentos internacionais, sobretudo aqueles oriundos de atuações de organismos internacionais, como as Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

2.1 A Carta das Nações Unidas; Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos Civis à Mulher; e a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher

O olhar mundial certamente nunca mais foi o mesmo após as duas Grandes Guerras. A ONU – Organização das Nações Unidas, através da Carta das Nações Unidas, afirmou o

desejo de se: “[...] *preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]*” (BRASIL, 1945, grifos nossos). Esta mesma Carta, tinha por anseio a: “[...] *igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos [...]*” (BRASIL, 1945, grifos nossos).

Dignidade e valor de ser humano passaram a caminhar lado-a-lado à igualdade de direitos entre homens e mulheres, ainda que, naquele momento, 21 (vinte e um) dos 51 (cinquenta e um) Estados-membros desta organização não concedessem às mulheres o direito de voto igual aos homens e nem permitissem que ocupassem cargos públicos, tal como apontam Bandeira e Almeida (2015).

Os direitos humanos passam a ser entendidos como inalienáveis e universais na medida em que “*o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*” (BRASIL, 1945, grifos nossos) deve ser concretizado. Diante disso, surgiram Convenções específicas aos anseios da ONU e de seus Estados.

Assinada em Bogotá, em 02 de maio de 1948, a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher foi aprovada, pelo Decreto Legislativo número 74, de 19 de dezembro de 1951, e promulgada no Brasil por meio do Decreto 31.643 de 23 de outubro de 1952 durante o governo de Getúlio Vargas. Portanto, o Brasil somente passou a conceder direitos civis à mulher, de modo a ser tal convenção executada e cumprida inteiramente como nela se encontrava disposto em seu conteúdo em outubro de 1945, sendo que a Convenção ocorreu em data anterior em São Francisco. Assim, promulgou-se “a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o [...] Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.”, de modo que esta Convenção já buscava concretizar os anseios das feministas.

Observa-se, entretanto, que não foi utilizado o termo *conceder*, mas sim *outorgar*, o que parece que era entendimento de que não se tratava de um favor a ser realizado pelo Estado aderente, mas sim, uma obrigação de grande relevo que fora aderida. Vejamos: “*Artigo*

1º Os Estados Americanos convém em outorgar à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem” (BRASIL, 1952, grifos nossos).

2.2 A Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher e a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (CEDAW)

Não muito tempo depois, através da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de Nova York, em 31 de março de 1953, aprovada pelo Brasil em 20 de novembro de 1955, através do Decreto Legislativo número 123, e promulgada no Brasil por meio do Decreto 52.476 em 12 de setembro de 1963 durante o governo de João Goulart, determinou-se o voto universal, em igualdades de condições entre homens e mulheres, sua elegibilidade nos organismos públicos, sua ocupação nos postos públicos e o exercício de funções públicas, entendendo-se que “[...] *as mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição*” (BRASIL, 1963), sendo “[...] *em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição*” (BRASIL, 1963), podendo “*ocupar todos os postos públicos e [...] exercer todas as funções públicas estabelecidas em virtude da legislação, nacional sem nenhuma restrição*” (BRASIL, 1963).

312

Essa Convenção vai, portanto, além do item 3.1, visando garantir à mulher, sem qualquer escusa (a não ser que feita as reservas) por parte do Estado aderente, do direito ao voto em par de igualdades em relação aos homens, bem como a torna passível de ser eleita não só no âmbito do legislativo, mediante o procedimento eleitoral nacional, bem como no âmbito do judiciário e executivo, para as demais eleições não realizadas diretamente por voto popular, o que só vem a somar à possibilidade de poder ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas, nas circunstâncias em que especifica a Convenção.

A Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (CEDAW) conta com uma peculiaridade: foi realizada em 18 de dezembro de 1979, e assinada pelo Brasil, com reservas, antes de sua entrada em vigor em 1981. Também viria a ser ratificada com reservas através do Decreto nº 89.460 de 20 de Março de 1984, durante o governo de João Figueiredo, até que ocorresse a suspensão das reservas em 1994 e a sua promulgação através do decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, sem reservas, durante o

governo Fernando Henrique Cardoso. Basicamente, tratava no compromisso dos países participantes em combater as diversas formas de discriminação contra as mulheres. São seus principais pontos: a eliminação da discriminação contra a mulher e consequente asseguarção da igualdade em suas Constituições nacionais, ou legislações equivalentes, ainda que seja necessária a adoção de medidas de aceleração de obtenção dessa igualdade (ações afirmativas), sobretudo de oportunidade e tratamento.

Outra particularidade desta Convenção foi a sua ocorrência anos após a comemoração do Ano Internacional da Mulher, datada de 1975, ano que também sediou a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher. Segundo Piovesan (2010), esta Convenção foi a que mais recebeu reservas por parte dos Estados aderentes dentre os tratados de direitos humanos, sobretudo quando se confere ao marido e a mulher os mesmos direitos em relação aos filhos, aos bens, em fim, à família. A mesma autora destaca ainda que Bangladesh e Egito fizeram reservas de ordem religiosa, o que também teria sido feito por outros países, sob o fundamento de que o Comitê estava a praticar *“imperialismo cultural e intolerância religiosa”* quando das medidas relativas à família. O que se pode notar como característica geral, é que esta convenção visa 1) assegurar a igualdade e, assim, 2) eliminar toda forma de discriminação, seja através de medidas compensatórias ou demais dispositivos legais.

313

2.3 A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher – Convenção De Belém Do Pará

Esta convenção foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada por meio do decreto nº 1.973, em 1º de agosto de 1996. Destaca-se por definir a violência contra a mulher, apontando, assim como a CEDAW, direitos a serem respeitados e garantidos, com os devidos ônus estatais, ou seja, os deveres dos Estados participantes, bem como buscando criar mecanismos de proteção no cenário interamericano. São seus principais pontos: a definição do termo “violência contra a mulher” abrangendo não somente as condutas de agressões físicas, mas também psicológicas. Observa-se aqui, grande semelhança à Lei Maria da Penha e ao Femicídio, como será abordado em momento oportuno. Destacam-se os crimes de estupro, maus-tratos e abuso sexual, todos já previstos no Código Penal Brasileiro.

Ficou-se claramente definido que entende-se “[...] *por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada*” (OEA, 1994).

A compreensão de que a violência contra a mulher pode se dar tanto no ambiente doméstico quanto fora dele, na comunidade, por pessoas que nele tenham vivido ou não; ainda que seja tolerada ou perpetrada pelo próprio Estado (e aqui incluem-se evidentemente os seus agentes), uma vez que:

A violência contra a mulher [que] abrange a violência física, sexual e psicológica [pode ocorrer] no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual [...]. (OEA, 1994)

Além disso, pode ocorrer na comunidade e ser:

[...] cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local [...]. (OEA, 1994)

Ademais, seus direitos fundamentais, sua dignidade deve ser respeitada, uma vez que *“toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.”* (OEA, 1994).

A garantia de que a mulher é sujeito de direitos humanos possuindo capacidade de fato e de direito para obtê-los e exercê-los sejam estes derivados de instrumentos regionais ou internacionais, também foi ressaltada, de modo que *“toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos”* (OEA, 1994).

No mesmo sentido, observa-se que *“toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos”* (OEA, 1994). E coloca uma ressalva: *“Os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos”* (OEA, 1994).

Neste momento, faz-se oportuno contextualizar a situação que originou a Lei Maria da Penha, associando-a a esta convenção, sendo certo que no ano de 1998, o CEJIL – Centro para a Justiça e o Direito Internacional, e Maria da Penha Maia Fernandes peticionaram contra o Estado Brasileiro junto à OEA – Organização dos Estados Americanos, especificamente na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão de casos de violência doméstica que ela havia sofrido por mais de uma vez ao ponto de ter sua vida colocada em risco durante esses casos (CEJIL, 2017), tendo-se, em 2001, essa Organização responsabilizado o Estado Brasileiro. (CIDH, 2001).

Tendo em vista a morosidade, inclusive, no processo Maria da Penha vs. Estado brasileiro, os Estados-parte assumiram a obrigação de possibilitar o *“direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos”* (OEA, 1994). Contudo, além de assegurar direitos, esta Convenção impõe deveres aos Estados. E assim, permite: *“o direito à denúncia ou queixa relativos ao não cumprimento por parte do Estado da adoção de políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”* (OEA, 1994).

315

Além disso, os Estados-partes assumem o compromisso de incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres todas as informações que digam respeito às medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, bem como para prestar assistência à mesma tendo essa sido afetada por uma ou mais modalidades de violência.

Abre-se espaço, também, para que os Estados-partes possam relatar as dificuldades que observarem na aplicação das medidas e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher (art.10). O que constituiu um verdadeiro avanço, conforme consta do XIII Relatório Brasileiro da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. (BRASIL, 2010).

3 A FRAGMENTAÇÃO DA IDEIA DE PODER E VIOLÊNCIA: LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340 DE 2006) E FEMINICÍDIO (LEI 13.104/2015)

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 2002, no Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, define a violência como:

Uso da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. (KRUG, 2002, p. 5)

A partir dessa definição pode-se perceber que a violência é um fenômeno difuso e complexo e a inclusão da palavra *poder* amplia ainda mais a natureza do ato de violência gerando uma grave confusão ao associar os dois conceitos, e que pode afetar o entendimento e a maneira de lidar e agir perante situações violentas. Relacionada diretamente a essa definição, está a determinação cultural da violência que, de acordo com o Relatório supracitado, é um fator que não pode ser descartado pela sociedade. Tal fato é corroborado no seguinte trecho:

A cultura, que se reflete nas normas e nos valores herdados da sociedade, ajuda a determinar como as pessoas respondem a um ambiente em mudança. Os fatores culturais podem afetar a quantidade de violência em uma sociedade - por exemplo, ao endossar a violência como um método normal de resolver conflitos e ao ensinar os jovens a adotarem normas e valores que apoiam o comportamento violento. (KRUG, 2002, p. 38)

316

Isto é, os antecedentes culturais e as crenças difundidas na vida e educação de certos indivíduos são determinantes para seu posicionamento perante uma situação de violência, um exemplo elucidativo é o resquício machista que ainda inspira comportamentos violentos, mesmo que, a princípio, inofensivos, como brincadeiras patriarcais e bordões sexistas. Existe uma verticalização de comportamentos que faz com que o agressor não perceba que está agredindo exatamente por estarem impregnados em seu pensamento traços culturais que tornam a agressão machista, por exemplo, normal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a violência está determinada, entre outros aspectos, pela cultura.

Dentre todos os tipos de violência contra a mulher destaca-se a violência doméstica. Esse tipo de violência é duplamente cruel, pois de um lado se caracteriza como uma violência de gênero e de outro se materializa no ambiente que deveria ser antes de tudo um lugar seguro e acolhedor. A violência no lar torna esse ambiente um local de perigo contínuo e, por ser o local reservado da família, dá margem a diversos tipos de violência, especialmente a verbal, reforçando o machismo e evidenciando a convivência da sociedade para com a violência dentro do lar. A título ilustrativo temos os seguintes bordões: “Toda mulher deve lutar por seus direitos, desde que não atrapalhe os serviços da casa”, ou “mulher é que nem pernilongo. Só sossega com um tapa”, “lugar de mulher é no fogão”, dentre outros.

A ideia de poder e propriedade que o agressor tem sobre sua vítima deriva da ideia do pátrio-poder e, como a vítima é por vezes manipulada, a agressão tende a ser silenciosa cabendo, quase que na totalidade dos casos, apenas a essa vítima denunciar, embora o “poder” violento as tenha feito, num primeiro momento, silenciar. Nesse sentido, afirmam com propriedade Rovinski e Cruz:

A violência conjugal, por ocorrer em âmbito familiar, tende a ser silenciada por suas vítimas e velada aos olhos da sociedade, circunstâncias que tendem a ocultar a magnitude do problema, facilitando desta forma, distorções sobre a verdadeira realidade do conflito e as estatísticas sobre o mesmo. [...] A ideologia de que a mulher é propriedade do homem, serve para negar-lhe a oportunidade de perceber sua própria vitimização sexual. (ROVINSKI; CRUZ, 2009, p. 110).

Ante o exposto é nítido perceber que o conceito de violência é cotidianamente relacionado ao conceito de poder. O conceito de violência doméstica e familiar, art. 5º (inciso I) da Lei Maria da Penha, é definido segundo Cunha (2016) mediante uma norma penal em branco imprópria heterovitelina. Vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015) I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. (BRASIL, 2006)

Parece haver uma associação direta entre o poder do agressor sobre a vítima e a prática da violência para reafirmar esse poder de cunho dominador. Sobre o tema em tela vale recorrer ao pensamento de Hannah Arendt que analisou detidamente a contraposição existente entre *violência e poder*.

Hannah Arendt iniciou suas reflexões acerca da Violência e do Poder em 1968, contexto de experiências políticas cruciais a exemplo da crescente participação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, a união entre estudantes e trabalhadores ocorrida em maio daquele ano em Paris que resultou em uma greve a nível nacional, o recrudescimento da ditadura militar no Brasil devido ao Ato Institucional n. 5 (AI-5), o desgaste das democracias,

o aumento do progresso tecnológico, o temor de uma guerra nuclear. O que merece destaque nesse período é a forte intromissão da violência na política exemplificada essencialmente pelas operações militares da época. Por uma perspectiva mais abrangente pode-se afirmar que foi um século marcado por guerras e revoluções em que a violência era o denominador comum.

Os estudiosos da época enxergavam na violência a mais flagrante manifestação de poder - entendido como o domínio do homem sobre homens, que exige a efetividade do comando. Em contraponto, Hannah Arendt define o poder como inerente a qualquer comunidade política e resultante da capacidade humana para agir em conjunto, em consenso quanto a um curso comum de ação. Abria-se aí o caminho para a compreensão de que poder e violência são termos opostos, quando da afirmação absoluta de um tem-se a ausência completa do outro, sendo a desintegração do poder que enseja a violência (ARENDR, 1994, p. 8).

Para a autora, a violência possui sentido apenas quando se caracteriza como uma reação e tem medida, como no caso da legítima defesa. Contudo, ela se corrompe quando se transforma numa estratégia *erga omnes*, isto é, violência como um princípio de ação (ARENDR, 1994, p. 9). Por um longo tempo, violência e poder estiveram imbricados e essa justaposição só foi reforçada por teorias políticas e filosóficas. Nas palavras de Hannah Arendt:

Se nos voltamos para as discussões do fenômeno do poder, rapidamente percebemos existir um consenso entre os teóricos da política, da Esquerda à Direita, no sentido de que a violência é tão-somente a mais flagrante manifestação do poder. ‘Toda política é uma luta pelo poder; a forma básica do poder é a violência’, disse C. Wright Mills, fazendo eco, por assim dizer, à definição de Max Weber, do Estado como ‘o domínio do homem pelo homem baseado nos meios de violência legítima, quer dizer, supostamente legítima’. O consenso é muito estranho, pois equacionar o poder político com a ‘organização dos meios de violência’ só faz sentido se seguirmos a consideração de Marx, para quem o Estado era um instrumento de opressão nas mãos da classe dominante (ARENDR, 1994, p. 31).

À reboque desse pensamento, Hannah Arendt cita Jouvenel que em sua obra basilar “*Du Pouvoir*” afirma que “*Um homem sente-se mais homem quando se impõe e faz dos outros um instrumento de sua vontade, o que lhe dá um prazer incomparável*” (ARENDR, 1994, p.32). Se assim fosse, a expressão maior de poder seria aquela que emerge do cano de uma arma, pelo contrário, afirma Hannah Arendt, essas noções de poder e violência derivam

da concepção de poder absoluto que regiam as formas de governo dos Estados-nação. Para proceder à sua distinção Hannah Arendt define o *poder* da seguinte forma:

O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. (ARENDR, 1994, p. 36).

De acordo com essa definição, o poder se descola da violência por ser a habilidade humana de estabelecer pactos e não de coagir o outro a fazer o que se quer somente por possuir forças violentas para obrigá-lo. A violência então assume um caráter essencialmente instrumental dependendo de justificação pelo fim que almeja, ao passo que o poder é a própria condição que capacita um grupo de pessoas a pensar e agir em termos das categorias de meios e fins. Resta fragmentada assim a compreensão entre violência e poder.

Transportando essa discussão para o âmbito doméstico, pode-se afirmar que nas relações familiares a figura que domina o lar se valendo de violência para reafirmar uma pretensão de poder possui um vício inerente em sua ação, vez que o poder só emerge onde as pessoas se unem e agem em concerto, sendo assim, se essa figura se vale de violência ela aniquila o poder, vez que do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder. (ARENDR, 1994, p. 42).

A *violência*, portanto, se baseia na coerção e se caracteriza por ser um instrumento de imediatismo e prontidão, é o agir sem argumentar, sem o discurso ou sem contar com as consequências. Nesse sentido, pode-se perceber que a violência doméstica se aproxima mais ao conceito de “instrumento” do que de “pactos”, haja vista que majoritariamente é cometida por homens que tentam dominar seu lar através da imposição da força e da coerção, ao invés de estabelecer pactos que trariam para si a posição de autoridade e a condição de poder. A violência, portanto, é inconcebível. O poder como estabelecimento de pactos traz, nesse sentido, o surgimento do homem como um ser político, posto que o homem distingue-se radicalmente das outras espécies animais pela faculdade da razão e da linguagem. Sendo assim, estabelecer pactos e relações de poder é também reafirmar a racionalidade humana.

Dessa forma, é válido destacar que cada diminuição no poder é um convite à violência, e verifica-se que aquele que detém o poder e sente-o escapar de suas mãos dificilmente resiste

à tentação de dominar pela violência. Interessante notar que a dominação do homem sobre a mulher é histórica e se baseia exatamente na relação de tensão entre poder e violência.

Nesse sentido, não é possível constatar nada diferente do que uma sujeição da mulher ao homem por mecanismos de uma violência instrumental que aniquila o poder e qualquer outra forma de estabelecimento de pactos por meio da racionalidade. A violência deixa de ser o último recurso e passa a ser o único recurso de manutenção dessa dominação que não se sustenta em momento algum no poder.

A luta contra a violência doméstica e familiar, no Brasil, tem ganhado cada vez mais repercussão nos dias atuais, embora tenha sido fruto de movimentos feministas, sobretudo, em relação à documentação internacional como abordado em momento oportuno. Nesse diapasão vale citar que a ONU reconheceu a violência contra a mulher como um obstáculo ao desenvolvimento, à paz e aos ideais de igualdade entre os seres humanos, clarificando ainda mais a pertinência da análise em tela (CEPIA/CEDIM, 2000).

Antes de ser criada a Lei Maria da Penha, em 1995 foi criada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Essa lei passou a possibilitar o acordo entre a vítima e o acusado, ou, na ausência deste acordo, passou a possibilitar o acordo entre o Ministério Público e o acusado, havendo-se, assim, uma das medidas despenalizadoras (embora não descriminalizadoras) por parte do Estado, reduzindo-se a aplicação da pena de prisão para crimes entendidos como de menor potencial ofensivo.

Assim, muitos casos que se adequavam ao que hoje entendemos como violência doméstica, acabavam na chamada transação penal, não havendo de fato uma punição ao acusado por meio de pena propriamente dita, embora essa transação só pudesse ser realizada uma única vez, durante determinado período de tempo. Se não ocorresse a transação, por repetição da conduta de menor potencial ofensivo, aplicava-se outras medidas que não a pena de prisão.

Com o advento da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e da Lei 13.104/15 (Feminicídio), foram realizadas modificações profundas no ordenamento jurídico brasileiro, criando-se mecanismos de coibição da violência contra a mulher, modificando-se o resultado anterior dado pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95), ficando vedada a aplicação nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher das penas que podiam ser pagas mediante o fornecimento de cestas básicas em um determinado período e quantidade, bem como das prestações pecuniárias.

A Lei Maria da Penha veio em resposta às manifestações que ocorreram ao longo dos séculos para combater a estrutura patriarcal e sexista da sociedade sedimentada ao longo do tempo e que foi, de certo modo, suprimida por essa modificação legislativa.

A referida lei dissemina os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica ajudando-as a se desvencilharem das relações marcadas pela dominação masculina; cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção àquelas em situação de violência doméstica e familiar com base no fato de que essa violência é uma violação de seus direitos humanos.

Em análise mais detida dessa lei pode-se verificar um rol exemplificativo das formas que a violência doméstica pode se manifestar: “São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II – a violência psicológica [...]”; (BRASIL, 2006), bem como “III – a violência sexual [...]; IV – a violência patrimonial [...]; V – a violência moral [...]”. (BRASIL, 2006).

Por outro lado, o legislador pátrio trouxe uma inovação importante ao ordenamento jurídico penal no que tange à proteção da mulher: “**FEMINICÍDIO: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...]** (BRASIL, 1940).

Como ilustra o título do capítulo supracitado, o delito feminicídio foi introduzido no Código Penal brasileiro, Decreto-Lei 2.848/1940, através da Lei 13.104/15 e nada mais é, para Gonçalves e Lenza (2016) do que a forma qualificada (qualificadora de caráter subjetivo) do crime de homicídio. Eis que, para o enquadramento delituoso, há a necessidade de a vítima ser do sexo feminino e que o delito seja motivado justamente–pelo fato da ser do sexo feminino.

Mas o que seriam, por exemplo, crimes praticados em razão do sexo? O Código Penal atual tenta esclarecer tal questão ao salientar em seu artigo 121, § 2º- A, “que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher” e, aqui, encontramos o paralelo entre o Feminicídio e a Lei Maria da Penha que visam a coibir, portanto, a violência doméstica e familiar contra a mulher². Os supracitados autores argumentam que é necessário que a agressão tenha, entretanto, tido como fator determinante o gênero feminino, ao contrário da

² Qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Lei Maria da Penha, por exemplo, em que basta que seja a vítima a esposa, a companheira, a filha.

É recorrente, na mídia, que o marido por exemplo mate a mulher em decorrência da não aceitação da manutenção de relações sexuais; do cumprimento de suas ordens (estilo patriarcais); ou, em decorrência do pedido de divórcio (GONÇALVES e LENZA, 2016, valem-se desse exemplo). Outro exemplo que os mesmos autores utilizam, é o da filha que é assassinada por sair de casa usando saia curta.

Existem alguns crimes de homicídio contra a mulher que não se enquadrarão no conceito de Femicídio, entretanto. Exemplo prático é o do homem que, visando a obtenção do seguro de vida da mulher a mata. Estaríamos diante de outro delito, e não desta qualificadora: seria o homicídio qualificado pelo motivo torpe. (GONÇALVES; LENZA, 2016). Para NUCCI (2016), *torpe* seria o repugnante, ignóbil, que provoca repulsa à sociedade. Exemplo seria eliminar a vida de outrem em razão de se pretender dominar o comércio de drogas de determinado local. Mas, também, o homicídio cometido por mercenário. Logo, marca-se ainda a presença do machismo e do sexismo.

Ainda para NUCCI (2016), homicídio é eliminar o ser humano, a vida do homem como ser humano, tendo diversas normas sido elaboradas ao longo do tempo a fim de conferir maior proteção ao gênero feminino diante da opressão enfrentada diante do ser humano masculino, sendo que, no Brasil ainda se verifica a subjugação da mulher no nível cultural em paralelo a costumes e tradições.

Menosprezar a mulher, por outro lado, é também conduta que se tipifica no crime de feminicídio. E neste caso, não se faz necessário que a mulher seja próxima ao ambiente familiar. Basta que ela seja mulher, podendo, portanto, ser até mesmo desconhecida (GONÇALVES; LENZA, 2016). Exemplo claro, é o da compreensão de que a mulher não poderia ocupar funções tipicamente masculinas e que portanto, vira motivo para o assassinato. Dessa forma, poderíamos—estender o Femicídio aos travestis, aos bissexuais, ou homossexuais? Para Gonçalves e Lenza (2016) essa não parece ter sido a intenção do legislador, uma vez que, segundo tais autores, tais casos deveriam se enquadrar como sendo de homicídio qualificado pelo motivo torpe, qual seja, o preconceito.

O mesmo questionamento deve ser feito com relação ao transexual. Segundo CUNHA (2016), há dois posicionamentos: o primeiro de que o transexual geneticamente não é mulher. Essa é uma posição conservadora e que, assim, descarta qualquer proteção judicial neste tipo

penal. Já para a segunda corrente, moderna, havendo mudança por meio cirúrgico de modo irreversível, (há, na jurisprudência, inclusive a possibilidade de retificação do registro civil e, assim) tais fatos devem repercutir em todos os âmbitos da vida, dentre os quais se incluiriam o âmbito penal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já, inclusive, aplicou a Lei Maria da Penha não apenas para o sexo feminino, mas também, para transexuais e travestis.

Da Aplicabilidade da Lei Maria da Penha [...] Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. [Habeas Corpus Criminal 1.0000.09.513119-9/000- TJMG] (BRASIL, 2010)

Para CUNHA (2016), a mulher que deve ser considerada para efeitos de aplicação da Lei é aquela que assim seja considerada juridicamente. Importante salientar que a Lei 8.930/1994 foi responsável por acrescentar o homicídio qualificado ao rol de crimes hediondos. Como a Lei 13.104/2015 acrescentou o feminicídio, essa qualificadora também passa a funcionar como sendo crime hediondo, devendo-se, segundo Lima (2016), respeitar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, entretanto. As qualificadoras em questão, segundo Nucci (2016), geram pena de reclusão de 12 a 30 anos.

O termo “alguém”, do art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940) diz respeito ao ser humano, sem distinção entre sexos. Logo, pouco importa sua condição, posição social e até mesmo idade, segundo Nucci (2016). Essa intenção, de se criar, portanto, uma qualificadora, visou dar à mulher, por ser do sexo feminino, maior proteção. Assim, Nucci (2016) argumenta que a mulher é parte hipossuficiente no relacionamento doméstico ou familiar, em razão de sua inferioridade física, subjugação cultural (patriarcalismo), dependência financeira, e redução à condição de serviçal do homem. Desse modo, necessário enfatizar que feminicídio é matar o mais fraco, para Nucci (2016) no caso, a mulher, por *razões* da *condição* de sexo feminino.

Como bem nota este autor, o ser humano do sexo masculino mata porque se sente mais forte (e pode de fato sê-lo como nota o autor). Mas o motivo não é ser mais forte. O mesmo questionamento deve ser feito com relação ao relacionamento gay. Ora, para Nucci (2016), num relacionamento homossexual o agente pode ser sim outra mulher (que também vai



agredir a parte mais fraca, como regra, da relação). Cunha (2016), argumenta no mesmo sentido, alertando que o feminicídio ocorre num contexto de relação de *poder e submissão*, que vem a ser praticada seja por homem ou por mulher *sobre* mulher *vulnerável*.

Entretanto, não fará, evidentemente, por ser do sexo feminino (leia-se, segundo CUNHA 2016, violência de gênero quanto ao sexo), mas pelos mesmos motivos anteriormente elencados: o relacionamento deteriorou-se, há ciúmes, dentre outros. Para Nucci (2016) o Feminicídio é nada mais do que a outra face, o fiel espelho, da Lei Maria da Penha. Muito debateu-se socialmente sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha. Contudo, chegou-se, juridicamente, à conclusão de que ela não é inconstitucional, posto que há que se tratar desigualmente os desiguais.

HABEAS CORPUS. [...] CRIME DE AMEAÇA. LEI MARIA DA PEN[H]A. [...].
 1. Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é possível a caracterização de violência doméstica e familiar nas relações entre filhas e mãe, desde que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente. 2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram a existência da relação de vulnerabilidade a que estava sendo submetida a mãe em relação às filhas agressoras, circunstância que justifica a incidência da Lei Maria da Penha. 3. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. 4. Habeas corpus não conhecido. [Habeas Corpus HC 277561 / AL – STJ] (BRASIL, 2014).

APELAÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANTIVA - COERÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. [...]. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. [Apelação Criminal 1.0672.07.246006-2/001 – TJMG]. (BRASIL, 2008)

[...] O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. [...] O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. [...] O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. **Decisão** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012. [ADC 19 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 09/02/2012 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno] (BRASIL, 2012)

E se a mulher não estiver em condição de inferioridade? Exemplo seria de legítima defesa de um homem em relação a uma mulher. Se esta, para Nucci, não se encontrava em situação de inferioridade (sob nenhum aspecto) não há que se falar em feminicídio. (NUCCI, 2016). Mas se o homem mantém a posse de uma arma em casa para poder ameaçar a mulher? Nessa hipótese, ela estaria em condição de inferioridade. Eis que segundo Gonçalves, Baltazar Júnior; Lenza (2016), a pessoa, ainda que possua arma registrada, pode ter o registro suspenso pelo juiz, caso pratique ato de violência familiar ou doméstica contra *mulher*, devendo, o juiz comunicar sua decisão à autoridade cabível. Medida que pode ser cautelar, inclusive, antes da condenação, possível, portanto. Se mantiver a arma consigo, em casa, incorrerá no crime do art. 12 do Estatuto, segundo tal dispositivo.

De fato, a mulher tutelada por ambas as leis passou a ter à sua disposição maior amparo, seja para a sua proteção; seja para denunciar os atos criminosos de que vêm sofrendo; seja para recorrer à prisão preventiva do agressor na fase de inquérito policial. Essa mulher também passou a contar com medidas protetivas de urgência, tais como o afastamento do agressor do lar; a proibição de aproximação do agressor em relação à ofendida, de seus familiares ou testemunhas, inclusive; e a alteração da lei de execuções penais para permitir a determinação judicial de comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Sendo assim, a atuação conjunta das entidades federativas é um ponto forte da Lei que transfere a elas tanto autoridade quanto responsabilidade a para agir no que concerne a todos os assuntos que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurando demonstrar que historicamente a sociedade originariamente se organizou numa estrutura patriarcal que se baseava em argumentos e condutas de natureza humana, e se valia de sua visão de *dominação e poderio* entre homens e mulheres, percebemos que o positivismo histórico elegeu os homens como únicos protagonistas. Em grande parte da História, verificou-se uma sujeição da mulher inicialmente ao genitor, seguindo-se ao marido,

mas verificando-se também, em concomitância, sua subordinação aos demais membros do sexo masculino de sua árvore genealógica, e, em consequência, ao aparelho Estatal.

Em muitos momentos verifica-se uma inércia legislativa por parte daqueles homens que ocupavam os cargos que poderiam permitir o acesso à vida ampla, justa e igualitária por mulheres que em verdade já eram cidadãs de determinado Estado. E que, por assim ser, deveriam ser tratadas em situação de igualdade, nem que para tanto, fossem adotados traços de desigualdades legislativas.

Contudo, paulatinamente, essa ideia de dominação e poderio cunhada em dispositivos sociais foi se fragmentando. O Direito em si passou a obrigar uma mudança na conduta social, entrando, inclusive, no cenário da intimidade humana que é o próprio lar de cada um de nós. Nota-se que nos séculos precedentes, muitas mulheres tomaram a administração de modestas lojas familiares, ou gerenciaram pequenas empresas artesanais. E, posteriormente, incorporaram-se às “modernas profissões”, embora em escalões inferiores.

Contudo, tais mulheres tiveram que romper com os laços originais (sobretudo, a concepção genealógica de sua família) e, para tanto, realizaram movimentos que mais tarde viriam a ser conhecidos como *ondas do movimento feminista*. A verticalização impositiva de ideias que partiam daquele que detinham o pátrio poder, os conceitos, os costumes que regeram e ainda regiam gerações; as músicas e toda e qualquer forma de arte, passaram a ser questionados e enfrentados. E o Direito não ficaria ileso. Visualizou-se uma série de documentos, alguns com efeitos jurídicos, outros desprovidos de qualquer grau de coação; uns internos, outros internacionais; que contribuiriam, originariam ou finalizariam movimentos que, em afinco, primavam e lutavam pelos ideais de uma igualdade social desigual.

Aquelas mulheres que, de início, tiveram uma ocupação majoritária em indústrias têxteis dentro do ramo fabril, e que também trabalhavam em escritórios como datilógrafas ou secretárias, passaram a ocupar outros escalões sociais. Contudo, muitas destas mulheres que trabalharam originariamente descendiam de famílias aristocratas empobrecidas, ou eram filhas de artesãos ou derivantes do êxodo rural. Isto não impossibilitaria a mudança da classe que mais perto estava daquela concepção distorcida do que era o *poder*.

A ideia de *poder* continha um enorme afinco do imaginário masculino, o qual era o gênero que pensava e era reconhecido pela sociedade como pensante, acabou sendo fragmentada por Hanna Arendt durante o século das Grandes Guerras. Das mulheres oprimidas, das meras *tricoteseuses*, das que colocavam as suas ideias em papéis, chegou-se às

mulheres que foram às ruas, e, muito além delas, passaram a expor as suas ideias e se tornaram influenciadoras de pensamentos. É no novo século, que, pela primeira vez, contudo, as relações baseadas em afeto doméstico são tratadas com afinco por uma lei no Brasil - a Lei Maria da Penha; de modo a se observar, aqui, a preocupação com a concepção material que tem hoje a nossa Constituição e pela qual suas leis infraconstitucionais devem seguir.

A igualdade material possibilita a discriminação para obter-se a igualdade, tratando-se de modo não igual aqueles que não são iguais nem que para tanto tenha que se agir numa desigualdade legal. Vê-se que na igualdade formal há uma preocupação com o geral, embora não somente com este; mas na igualdade material há a preocupação com grupos que, ao longo da história, figuraram em situação de desvantagem. Nesse sentido, combate-se a ideia de violência doméstica contra a mulher como um fenômeno cultural, arraigado na sociedade e fruto dela, bem como a concepção de domínio do homem sobre a mulher (e nas novas concepções de afetividade) numa relação de violência e não de poder.

O poder é legítimo por se pautar na habilidade humana de fazer pactos e agir em concerto; a violência, por sua vez, é a ausência total de diálogo, isto é, da habilidade de estabelecer pactos. E, hoje, o mundo *exige* estabelecimento de *diálogos* do contrário se infringe leis, burla-se princípios, e se tem uma conduta que também não é mais moral em socialmente aceitável. Vê-se que àqueles papéis dos então grupos vulneráveis é dado um posicionamento modificativo, que corrompe a subordinação da mulher, a sociedade patriarcal, o posicionamento predominantemente masculino nos principais alicerces do Brasil, dentre os quais os jurídicos, políticos, e até mesmo filosóficos.

Desse modo, a partir 2006, são punidas todas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre as quais se destacam a violência física, que é aquela que ofende a integridade ou saúde corporal da mulher; e a violência psicológica, que é aquela derivada de uma conduta que gera dano na parte emocional da mulher, seja ou não com a diminuição de sua autoestima, com ou sem perturbação ao seu pleno desenvolvimento. Também se enquadram nesse tipo de violência psicológica o que o texto legal chama de degradação, bem como o controle de suas ações e comportamentos, crenças e decisões.

É uma proteção legal que conta, ainda, com dispositivos do Código Penal Brasileiro, que vão desde os crimes contra a honra, até o dispositivo de proteção à inviolabilidade corporal, como regra geral, dentre os quais se agrupam crimes como o de estupro. Tais crimes contra a honra, que aqui fazemos referência, são assim entendidos: Calúnia: que é imputar



falsamente a uma pessoa fato definido como crime, e cuja pena vai de seis meses a dois anos de detenção e multa; Injúria: que se consiste em ofender a dignidade ou o decoro de outrem, e cuja pena vai da detenção de um a seis meses, ou multa; e Difamação: entendida como o ato de se imputar fato ofensivo a reputação de outrem, cuja pena vai de três meses a um ano de detenção e multa. A Lei Maria da Penha ainda abarca a compreensão de violência patrimonial, bem como a violência moral, na qual se compreende as condutas configuradoras de calúnia, difamação ou injúria, que tratamos acima.

Aquela própria inércia do legislador e do Estado, bem como a ineficiência do Código Penal Brasileiro em combater a violência doméstica e familiar, arraigada por novas determinações da Lei dos Juizados Especiais; bem como o silêncio legislativo; foi rompido quando da criação da Lei Maria da Penha (que gerou novas interpretações a antigas leis, inclusive), de modo que não há mais espaço para a confusão de ideais entre poder e violência, bem como para atitudes de coação e imposição de ideias que historicamente são fragmentáveis.

Por fim, faz-se imprescindível reforçar a ideia de que o crime pode ser combatido, quando da utilização verdadeira e eficaz do diálogo como meio de solução dos conflitos existentes no âmbito familiar, bem como por meio da difusão de princípios e valores socialmente justos, obtidos da educação familiar, ou, a partir da atuação estatal que promova ações concertadas com o fim de estabelecer pactos e reafirmar a racionalidade humana.

328

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501-517, Ago 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200501&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 Fev. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p501>.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. 96p. ISBN 8500331933 p. 30-32

BRASIL. **XIII REM - Relatório Brasil - português.doc.** (18-06-2010) Disponível em <<http://www.spm.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/mercosul/xiii-rem-relatorio-brasil-portugues.doc/view>> Acesso em 04 fev 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 02 fev 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de Setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984 (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm> Acesso em: 02 fev 2017.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm> Acesso em: 04 fev 2017.

BRASIL. **Decreto nº 31.643, de 23 de Outubro de 1952.** Promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, assinado em Bogotá, a 2 de maio de 1948. (1952). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-31643-23-outubro-1952-322462-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 02 fev 2017.

BRASIL. **Decreto nº 52.476, de 12 de Setembro de 1963.** Promulga a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotado por ocasião da VII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. (1963). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52476-12-setembro-1963-392489-norma-pe.html>> Acesso em: 02 fev 2017.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. (1850). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm> Acesso em: 01 fev 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (1916). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.html> Acesso em 05 dez 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. (1995). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em 30 jan 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 30 jan 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (2006). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 31 jan 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0672.07.246006-2/001 Relator: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 maio 2008. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F09DDA40E08E36A4CB9E7817DB4EC707.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.07.246006-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em 06 fev 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal 1.0000.09.513119-9/000. Relator: Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 mar. 2010. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar2>> Acesso em 04 fev 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70071505192 Relator: Des. Victor Luiz Barcellos Lima. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2016. Disponível em <[330](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=lei+maria+da+penha+inconstitucionalidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+> Acesso em 04 fev 2017.></p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus HC 277561 / AL Relator: Ministro JORGE MUSSI (1138). **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 nov. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hc+277561&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>> Acesso em 04 fev 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abr. 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5719497>> Acesso em 06 fev 2017.

CEPIA/CEDIM. **Violência contra a mulher**: Um guia de defesa, orientação e apoio. 2000. Disponível em: <<http://www.cepia.org.br/doc/cartilha2000.pdf>> Acesso em: 01 fev 2017.

CEJIL. **Maria da Penha**: A tireless struggle to reverse the pattern of impunity in cases of domestic violence against women in Brazil. Disponível em: < <https://cejil.org/en/maria-da-penha> > Acesso em: 04 fev 2017.

CIDH. **Report nº 54/01 – Case 12.051 – Maria da Penha – Brazil**. (April 16, 2001) Disponível em: < <http://www.cidh.org/women/brazil12.051.htm> > Acesso em: 04 fev 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (art. 121 ao 361). Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. 944p. ISBN 978 8544205669

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2014. 1341 p. ISBN 9788520351031.

GONÇALVES, Andréa Lisly. **História e Gênero**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. 154 p. ISBN 8575261924.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LENZA, Pedro (Coord.). **Legislação Penal Especial**. 2. São Paulo. Saraiva, 2016. (Coleção Esquemático). ISBN 9788547200039

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito penal esquematizado**: Parte Especial – de acordo com as Leis n. 13.104/2015 e 13.142/2015. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502638204



GOUGES, Olympe de. **Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. (1791)**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm>> Acesso em: 02 fev 2017.

KRUG E. G. et al., eds. **World report on violence and health** (Relatório Mundial sobre a violência e a saúde). Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/65818661/Relatorio-Mundial-sobre-violencia-e-saude>> Acesso em: 02 fev 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial comentada: volume único. Conforme novo CPC. 4 ed. Ver., atual. e ampl. Salvador: Jus PODIVM, 2016. 976 p. ISBN: 9788544206713**

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. A mulher casada no Código Civil de 1916. Ou, mais do mesmo. (2004). Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/viewArticle/6027>> Acesso em: 02 fev 2017.

332

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira de. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962. Ou como são feitas as leis. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 463-488, jan. 2008. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200008/8756>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6954-7

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher - "Convenção De Belém Do Pará"**. (1994). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>> Acesso em: 02 fev 2017.

OROSCO, Dolores. **'O feminismo foi derrotado'**, disse professora da USP. (08 de Março de 2008). Disponível em: <<http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/news/view/184>> Acesso em: 02 fev 2017.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas *on-line***. (Universidade de Coimbra). Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 02 fev 2017.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, maio 2012. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000100003>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (orgs.). **Psicologia Jurídica – Perspectivas Teóricas e Processos de Intervenção**. São Paulo: Vetor Editora, 2009.

TILLY, Louise A. **Gênero, história das mulheres e história social**. (1994). Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=51008&opt =4>> Acesso em: 01 fev 2017.

333

VERAS, Gabriella Galdino; CUNHA, Maria Luísa Nunes da. **A Lei Maria da Penha sob uma perspectiva do direito feminista**. (Padê: Est. em Filos., Raça, Gên.e Dir. Hum., Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-16, jan./jun. 2010). Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/pade/article/view/1083/990>> Acesso em: 01 fev 2017.

Submissão: 27/07/2016
 Aceito para Publicação: 16/02/2017



FUNDAMENTOS DOS CONCEITOS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E DE INTERPRETAÇÃO EM CARLOS MAXIMILIANO

FUNDAMENTALS OF THE CONCEPTS OF LEGAL HERMENEUTICS AND INTERPRETATION IN CARLOS MAXIMILIANO

Pablo Castro Miozzo*

RESUMO: O presente trabalho se ocupa do pensamento de Carlos Maximiliano acerca da hermenêutica jurídica e da interpretação, procurando investigar as bases a partir das quais ele se alicerça. Num primeiro momento, será investigada a obra de Francisco de Paula Baptista, com a qual Maximiliano dialoga criticamente, procurando-se estabelecer as pressupostos teórico-filosóficos do conceito de interpretação daquele autor. Num segundo momento, serão apresentadas concepções de Maximiliano em si, bem como as teorias que parecem estar na base de seu pensamento e que sustentam a sua crítica ao conceito de interpretação de Paula Baptista, em especial a hermenêutica de Schleiermacher e a metodologia jurídica de Savigny.

ABSTRACT: This work paper lay emphasis on the thinking of Carlos Maximiliano about legal hermeneutics and interpretation, seeking to investigate the bases from which it is founded. At first, it will investigate the work of Francisco de Paula Baptista, with whom Maximiliano critically dialogues, seeking to establish the theoretical and philosophical assumptions of the concept of interpretation of the former author. Secondly, the very conception of Maximiliano will be presented, as well as the theories that seem to be on the basis of his thinking, and at the same time supports its criticism against the concept of interpretation of Paula Baptista, especially the hermeneutics from Schleiermacher and the legal methodology from Savigny.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Interpretação do Direito. "In claris non fit interpretatio".

KEYWORDS: Legal Hermeneutics. Interpretation of Law. "In claris non fit interpretatio".

SUMÁRIO: Introdução¹ Os Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Francisco de Paula Baptista. 2 Os Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos Maximiliano. 3 O Conceito de Interpretação na Hermenêutica Geral de Schleiermacher e na Metodologia Absoluta de Savigny. 3.1 Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher. 3.2 Friedrich Carl von Savigny. 4 O Papel do Intérprete e o Conceito de Aplicação do Direito em Carlos Maximiliano. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Carlos Maximiliano (1873-1960) possui uma obra clássica no Brasil sobre hermenêutica jurídica, intitulada "Hermenêutica e Aplicação do Direito". Trata-se de texto publicado em 1924, que expressa extrema erudição e atualidade em termos do debate que se desenvolvia então, tanto no Brasil quanto na Europa, em especial na Alemanha, França, Suíça e Inglaterra, bem como ainda na tradição americana.

O que se pretende com a presente investigação é realizar uma reconstrução dos fundamentos dos conceitos de hermenêutica e de interpretação que estão na base do pensamento do autor. Maximiliano dialoga de forma crítica com a obra do jurista brasileiro Francisco de Paula Baptista (1811-1882). Os modelos de hermenêutica e de interpretação

* Doutorando em Direito pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), Alemanha. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

presentes em Francisco de Paula Baptista e Carlos Maximiliano se assemelham em vários aspectos no que tange às suas especificidades, divergem frontalmente, no entanto, em seu fundamento central, sendo lícito dizer que são corolários de dois paradigmas¹ filosóficos e hermenêutico-jurídicos distintos.

É possível afirmar que o modelo hermenêutico de Paula Baptista foi influenciado pela assim designada “hermenêutica iluminista”, enquanto que Maximiliano adota alguns dos fundamentos da “hermenêutica romântica”, cujos principais representantes são Schleiermacher (1768-1834), no âmbito da filosofia, e Savigny (1779-1861), no âmbito do Direito. Parte-se aqui do pressuposto de que compreender este choque de paradigmas que está por trás dos modelos de Paula Baptista e Carlos Maximiliano pode lançar luzes para uma compreensão adequada da proposta deste último.

A metodologia empregada será basicamente a revisão bibliográfica, com foco na análise do discurso de Maximiliano em sua obra principal, dando-se destaque para os momentos em que ele articula os conceitos de hermenêutica e de interpretação, que são chave para o presente trabalho.

370

1 OS CONCEITOS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E DE INTERPRETAÇÃO EM FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA²

Francisco de Paula Baptista publicou, pela primeira vez, na década de sessenta do século XIX, um compêndio de hermenêutica jurídica que fora adotado como livro oficial para o ensino desta disciplina nas faculdades de Direito do então Império do Brasil (COSTA, 1984, p. 86). Trata-se de uma obra concisa, porém profunda, escrita na forma de aforismos. Interessa aqui, sobretudo, não dar conta de seu conteúdo na íntegra, mas tão somente sondar os conceitos de hermenêutica e de interpretação do Direito nela presentes, a fim de

¹ O termo aqui é tomado a partir do pensamento de Thomas Kuhn como “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1970, p. IV, tradução livre). Segundo o autor, “[...] Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse compromisso e o aparente consenso que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma determinada tradição de pesquisa” (KUHN, 1970, p. 11, tradução livre).

² Francisco de Paula Baptista foi um jurista, político e professor brasileiro. Foi Deputado Geral entre 1850 e 1853. Tornou-se professor da Faculdade de Direito de Recife em 1835, tendo lecionado por 46 anos. Foi um dos mais importantes juristas do século XIX no país, destacando-se, entre outras, na área do Direito Processual, na qual foi precursor de doutrinas modernas. O seu primeiro texto sobre hermenêutica jurídica foi publicada em 1860 como parte do livro “Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial”, de 1855. Trabalha-se aqui com a edição de 1872, revista e ampliada, republicada em 1984. (PAULA BAPTISTA, 1984).

compreender em que medida o pensamento de Carlos Maximiliano com eles dialoga e deles diverge.

Paula Baptista refere no §1º de seu Compêndio que “Hermenêutica jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis”. Em seguida, no §2º, aduz que a importância desta disciplina deriva do interesse público de que “as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador”. Já com relação ao conceito de interpretação e a quando ela tem lugar, afirma no §3º:

Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosos com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.³ (PAULA BAPTISTA, 1984, p. 3-4).

Na linha do exposto, é possível afirmar que o pensamento de Paula Baptista era corolário da assim designada “hermenêutica iluminista”. No âmbito da filosofia, Gadamer faz menção ao fato de que, no iluminismo,

[...] compreender e interpretar não são a mesma coisa [...] fica claro que uma passagem que necessita de interpretação é, por princípio, um caso excepcional, e que, em geral, as passagens podem ser entendidas imediatamente, quando conhecemos o assunto de que tratam, seja porque a passagem nos recorda essa coisa, ou porque apenas pela passagem obtemos acesso ao seu conhecimento (GADAMER, 2004, p. 252).

Para a hermenêutica jurídica iluminista a interpretação só tinha lugar diante de textos obscuros, não claros ou de difícil compreensão. Tal imagem acerca da interpretação corresponde, na visão de Stephan Meder, à antiga regra *In claris non fit interpretatio* (doutrina do *Sens-clair* na França ou do *Clair meaning* ou *Plain meaning* no direito anglo-americano (MEDER, 2004, p. 17 e ss.)).

Um dos pressupostos fundamentais da hermenêutica jurídica iluminista, motivo pelo qual se diz que Paula Baptista pode ser visto como seu representante no Brasil, era o de que o intérprete, como regra, é capaz de compreender aquilo que foi desejado pelo autor do texto e que, as situações em que mal-entendidos ou pontos duvidosos ocorrem, são a exceção

³ Segue o autor referindo acerca dos casos em que a interpretação se faz necessária: §25: “A necessidade de interpretar uma lei pode nascer: 1º) de defeitos em sua redação, resultando daí a obscuridade e equívoco em seu sentido; 2º) da colisão habitual e inevitável com que são escritas todas as leis, nascendo daí dúvidas não em seu sentido direto, mas em sua conformidade ou não-conformidade com os diversos casos correntes, cumprindo, então, salvar incoerências e contradições virtuais de seu espírito com suas palavras; 3) de seu silêncio” (PAULA BAPTISTA, 1984, p. 28).

(MEDER, 2004. p. 20). Em outras palavras, a interpretação possui um caráter excepcional e se faz necessária somente diante de mal-entendidos.

2 OS CONCEITOS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E DE INTERPRETAÇÃO EM CARLOS MAXIMILIANO⁴

Logo no prefácio à primeira edição da obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”⁵, Maximiliano pontua que sua intenção era escrever uma obra baseada na doutrina vigente acerca da interpretação que, na sua opinião, era desconhecida ou intencionalmente ignorada pelos autores brasileiros. Maximiliano dirigiu-se criticamente ao livro de Paula Baptista, sob alegação de que o seu texto se manteve preso ao tradicionalismo (MAXIMILIANO, 1961, p. 65)⁶ e que estava atrasado com relação ao debate travado na Europa do século XIX e início do XX, em especial o pensamento de Savigny (1779-1861) e as escolas que lhe sucederam.

Digno de nota é o fato, por óbvio conhecido de Maximiliano, de que algumas das doutrinas por ele citadas, como o Movimento pelo Direito livre⁷, por exemplo, se consolidaram no Velho Continente depois da morte de Paula Baptista. Em razão do exposto, é possível e necessário separar, de um lado, a crítica que Maximiliano faz a Paula Baptista por negar os influxos da Escola Histórica e, de outro, a tentativa que aquele autor faz de apresentar as novas tendências do pensamento hermenêutico até 1924 e seus ulteriores desenvolvimentos nas edições posteriores. O mesmo vale para a eventuais críticas apressadas que possam ser feitas a Maximiliano com base na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, já que quando da publicação de “Verdade e Método” o jusfilósofo brasileiro já havia falecido.

O seguinte trecho da obra de Paula Baptista, que faz expressa menção ao brocardo “*In claris*”, parece dar razão em parte a Maximiliano quanto à filiação teórica daquele autor:

⁴ Carlos Maximiliano Pereira dos Santos foi Advogado, de 1898 a 1914 e de 1918 a 1934; Deputado Federal, de 1911 a 1914 e 1919 a 1923; Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores entre 1914 e 1918; Consultor Geral da República entre 1932 e 1934; Deputado da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934; Procurador Geral da República, de 1934 a 1936; Ministro da Corte Suprema, nomeado em 1936 e aposentado em 1941.

⁵ A primeira edição é de 1924. A obra está atualmente na 20ª edição, publicada em 2011. Trabalha-se aqui com a 7ª edição, primeira edição *post mortem*, publicada em 1961.

⁶ Por “dogmática” tradicional entende Maximiliano a escolástica, ou seja, “[...] sistema primitivo de Hermenêutica, ao que se obstina em jungir o Direito aos textos rígidos e aplicá-lo hoje de acordo com a vontade, verificada ou presumida, de um legislador há muito sepultado” (MAXIMILIANO, 1961. p. 65).

⁷ Sobre o Movimento para o Direito livre, seus precursores e seu desenvolvimento, ver (RIEBSCHLÄGER, 1968).

Interpretatio cessat in claris (Cepahl concil 132 n. 2) *Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio* (L. Continuus, 137, § *cum ita*, 2, ff., *de verb. Oblig.*) Savigny (Tratado de direito romano, v.1) censura os que limitam a interpretação aos casos acidentais de obscuridade nas leis; diz que ela acompanha a aplicação de todas as leis à vida real [...] e a define “reconstrução do pensamento contido na lei”. Uma semelhante doutrina tão vaga e absoluta, pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito. Ou existem motivos para duvidar do sentido de uma lei, ou não existem. No primeiro caso, cabe interpretação, pela qual fixamos o verdadeiro sentido da lei, e a extensão do seu pensamento; no segundo, cabe apenas observar o seu preceito literal. No primeiro caso, há sempre uma questão de direito a decidir; no segundo, porém, poderá haver, quando muito, alguma questão de fato, cuja decisão dependa de apreciação da prova. É verdade que a todo escrito acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento do seu autor; mas daí se não segue que em todo o escrito se dê a necessidade de tornar esta condição efetiva pelo ato positivo da interpretação; pelo que, se a Savigny pareceu singular o caber a interpretação somente nos casos acidentais de obscuridade nas leis, a mim parece mais que extraordinário o não poder haver uma só lei, sequer, clara e precisa em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, de modo que não seja preciso interpretá-la (PAULA BAPTISTA, 1984, p. 5).

Para Maximiliano, “A Hermenêutica Jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 1961. p. 13). A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação, podendo ser designada como “[...] a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 1961. p. 14). Este seria seu objeto.

A interpretação é de certa forma subordinada à hermenêutica, que lhe aponta o caminho. Vê-se aí seu objetivo. Esta subordinação da interpretação, para Maximiliano, se dá *a)* a uma ciência geral, que ele considera ser a ciência do Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; *b)* e a uma ciência especial, que é a hermenêutica. Percebe-se que o autor considera a hermenêutica uma parte especial da ciência jurídica e a interpretação o objeto da hermenêutica (MAXIMILIANO, 1961, p. 13).⁸

A interpretação tem por objeto a lei em sentido amplo. Seu objetivo seria “explicar, esclarecer; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém” (MAXIMILIANO, 1961, p. 23).

⁸ Não resta claro no texto o conceito de ciência do Direito. Nota-se, entretanto, que para o autor ela, a ciência do Direito, é a grande área do conhecimento no interior da qual a hermenêutica, interpretação e aplicação são pensadas. Para ele, “A Ciência do Direito não é só elemento **relativamente** criador, apto a suprir lacunas dos textos; mas também um fator de coordenação e de exegese; auxilia a eliminar contradições aparentes e atingir, através da letra rígida, ao ideal jurídico dos contemporâneos [...] A ciência antecede a jurisprudência; é a primeira a inspirar soluções para os casos duvidosos” (MAXIMILIANO, 1961, p. 244). (Grifo do autor). Sobre o papel criativo da ciência do Direito, de forma precursora, (SAVIGNY, 1878, p. 47-48).

Maximiliano faz uma distinção entre *interpretação em sentido amplo*, que é realizada pela ciência do Direito e que se ocupa deste como um todo; e a *interpretação em sentido restrito*, da qual se ocupa a hermenêutica (MAXIMILIANO, 1961, p. 23). Para o autor, como a hermenêutica é um capítulo especial da ciência do Direito, esta não é objeto daquela, mas o contrário. A interpretação, igualmente, possui um caráter prático, que se destina a “[...] revelar o sentido apropriado para a vida real; e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, 1961, p. 24).

Em sentido oposto a Paula Baptista, Maximiliano se opõe à busca da vontade do legislador como critério interpretativo. Para ele, “a lei é mais sábia que o legislador” (MAXIMILIANO, 1961, p. 46). De outra sorte, ainda em oposição a Paula Baptista, a interpretação não tem lugar apenas acidentalmente:

[...] os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal [...] Obscuras ou claras, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação” (MAXIMILIANO, 1961, p. 54).

374

Segue o autor questionando e pontuando: “[...]. Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar saber o sentido, isto é, **interpretar**” (MAXIMILIANO, 1961, p. 24.). (Grifo do autor). É lícito afirmar que, neste particular, Maximiliano comunga do conceito de interpretação desenvolvido a partir da Escola Histórica de Savigny, no Direito, e da hermenêutica romântica de Schleiermacher, na filosofia, embora não tenha feito referência expressa a este último em seu texto.⁹

3 O CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO NA HERMENÊUTICA GERAL DE SCHLEIERMACHER E NA METODOLOGIA ABSOLUTA DE SAVIGNY

3.1 Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher

No âmbito da filosofia, a partir de problemas da filologia e da teologia, Friedrich Schleiermacher pode ser considerado como precursor da “hermenêutica moderna”, que, a

⁹ O fato de Maximiliano não dialogar diretamente com Schleiermacher não exclui a importância de se apresentar o pensamento deste último, na medida em que sua hermenêutica é fruto de um ambiente teórico-filosófico compartilhado por Savigny, este último sim, influência direta de Maximiliano. Sobre as aproximações teóricas e influências recíprocas entre Schleiermacher e Savigny e entre este e outros autores a ele contemporâneos, ver, por todos, (MEDER, 2004, *Passim*).

partir dele, adquiriu um caráter geral (SCHLEIERMACHER, 1999. p. 68) ou universal (GADAMER, 2004, p. 254), em contraposição à tradição existente até o início do século XVIII, na qual existiam apenas “hermenêuticas regionais” (RICOEUR, 2008. p. 24), isto é, que lidavam com problemas específicos de suas disciplinas, quais sejam, a hermenêutica filológica, a teológica e a jurídica.

Schleiermacher parte de um pressuposto contrário ao da “hermenêutica iluminista”. Ou seja, para ele, o *mal-entendido* pode ocorrer em qualquer situação, não podendo ser tomado como exceção. Deve sim ser tomado como regra para conceber a forma através da qual a compreensão se dá. A compreensão, por sua vez, é vista como um reconstruir (SCHLEIERMACHER, 2005, p. 115).

Trata-se de uma proposta de “universalização do mal-entendido” que coloca a hermenêutica na base de todo o compreender e que, ademais, entende o compreender e o interpretar como um processo unitário (GADAMER, 2004, p. 407). Isso significa que a interpretação não se faz necessária somente quando a compreensão falha.

A hermenêutica é pensada como “arte da compreensão” (SCHLEIERMACHER, 2005, p. 91). Antes de Schleiermacher, ela era caracterizada por um conjunto de regras para interpretação, com caráter compendial, sem um fundamento filosófico que lhes conferisse justificação. Procurou o autor justamente oferecer esta base (SCHLEIERMACHER, 1999, p. 25).¹⁰ Isto não significa, entretanto, que as hermenêuticas regionais deixem de existir, mas que podem ser pensadas a partir de fundamentos teóricos comuns. Segundo ele,

A práxis não rigorosa na arte baseia-se na ideia de que a compreensão se dá por si e expressa a meta de modo negativo: os mal-entendidos devem ser evitados. [...]. *A práxis mais rigorosa* baseia-se na ideia de que a não compreensão se dá por si e que a compreensão precisa ser querida e buscada sob todos os aspectos” (SCHLEIERMACHER, 2005, p. 112-113). (Grifou-se).

Metodologicamente o autor trabalha com a relação linguagem-sujeito. Assim, toda a compreensão para ele constitui-se em dois momentos: “[...] compreender o discurso enquanto extraído da linguagem e compreendê-lo enquanto fato naquele que pensa”

¹⁰ Segundo Bleicher, “As duas tradições que Schleiermacher retoma no desenvolvimento de sua hermenêutica são a filosófica transcendental e o romantismo. Daqui fez provir uma forma de questionar as condições de possibilidade da interpretação válida e uma concepção do processo de compreensão. Esta é agora perspectivada como uma reformulação e uma reconstrução criativas” (BLEICHER, 2002. p. 27). No mesmo sentido Ricoeur, acerca do caráter romântico e crítico da hermenêutica de Schleiermacher (RICOEUR, 2008, p. 27). Sobre o conceito de romantismo filosófico, ver (FERRATER MORA, 2001. p. 2050).

(SCHLEIERMACHER, 2005, p. 95). Quanto ao primeiro aspecto, fala Schleiermacher em “compreensão gramatical”; em “compreensão técnica (ou psicológica)” quanto ao segundo (SCHLEIERMACHER, 1999, *Passim*). A compreensão é vislumbrada como exposição do pensamento, consiste em uma arte de “[...] compreender o discurso, primeiramente tão bem e, depois, melhor do que o seu autor” (SCHLEIERMACHER, 2005, p. 115).

3.2 Friedrich Carl von Savigny

No âmbito do Direito, a partir do início do século XIX, Savigny procurou desenvolver uma proposta de ciência renovada, autônoma, consciente de seus próprios métodos, de caráter objetivo e sistemática. Tal empreendimento começa a ser esboçado em 1802/1803 em suas “lições de Marburgo”, onde trabalhou como docente privado, acerca da “Metodologia Jurídica” (SAVIGNY, 1951) (SAVIGNY, 2001).¹¹

Savigny, logo na introdução de seu trabalho, concebe o *método* como sinônimo de *sistema*. Para construção da ciência do Direito, o autor fala em uma elaboração absoluta e outra voltada aos meios auxiliares. Na elaboração absoluta, pensa em um *sistema puro* como fundamento. Esta “metodologia absoluta” deveria estabelecer normas para relacionar os meios auxiliares com a elaboração absoluta (SAVIGNY, 2001, p. XV-XVII). Em termos estruturais, é possível perceber uma aproximação da proposta savignyana com o projeto de Schleiermacher, cada um em seu âmbito teórico.

O objeto de estudo para sua “metodologia absoluta” parte de uma concepção histórica do Estado como legislador e refere que o “[...] objetivo da ciência jurídica é, por conseguinte, apresentar historicamente as funções legislativas de um Estado” (SAVIGNY, 2001, p. 1).¹² Busca ele o que é comum nas disciplinas jurídicas no momento da elaboração legislativa, ou seja, seus princípios comuns. São eles: a ciência legislativa é histórica; filosófica; histórica e filosófica (SAVIGNY, 2001, p. 2).

O aspecto histórico da ciência e do próprio Direito diz respeito ao estudo do material jurídico historicamente elaborado, ou mais precisamente, determinado pela tradição científica

¹¹ Sobre as lições de Marburgo, ver (KANTOROWICZ, 1933, *Passim*) e (RÜCKERT, 2006, p. 58).

¹² Joachim Rückert refere que o “método” de Savigny desenvolveu uma “nova visão de ciência”, distanciando-se, assim, fortemente da tradição (RÜCKERT, 2006, p. 59). Na mesma linha, pontua Thiago Reis que “Metodologia jurídica significa, no pensamento de Savigny, a identificação dos elementos segundo os quais seja possível a elaboração científica da jurisprudência, i.e., das condições de uma ciência do direito” (REIS, 2013, p. 29).

dos textos e da ciência (WIEACKER, 1967.p. 421). Entra em jogo neste caráter histórico uma análise propriamente histórica e filológica da matéria jurídica. Para Savigny, “[...] Denomina-se saber histórico, todo saber de algo objetivamente dado. Por conseguinte, todo o caráter da ciência legislativa deve ser histórico” (SAVIGNY, 2001, p. 2).¹³ A objetividade exigida pela ciência do Direito diz respeito ao método, bem como à própria abordagem do material jurídico, que deve ser visto como objeto.

A tarefa da ciência é elaborar um conteúdo geral que não esteja sujeito ao caso, ou seja, uma elaboração sistemática da ciência do Direito. Esta tarefa se aproxima da filosofia que, “[...] mediante uma completa dedução, deve indicar todo o conteúdo da tarefa geral. Portanto a jurisprudência é uma tarefa filosófica” (SAVIGNY, 2001, p. 5).¹⁴ Savigny pensa a ideia de sistema, que é tomado como sinônimo de método, no sentido da relação recíproca entre parte e todo.¹⁵

O autor procura demonstrar como é possível realizar uma elaboração puramente exegética (filológica), ou seja, a separação da lei em seus elementos particulares, e uma elaboração puramente sistemática (filosófica) e acredita que a posterior relação entre ambas é espontânea (SAVIGNY, 2001, p. 7). O sistema exerce a função de ordenar o material jurídico.

Neste sentido entra em questão a mencionada metodologia completa e absoluta (SAVIGNY, 2001, p. 7-8), que deveria servir para possibilitar a coordenação entre a parte filológica, a parte histórica (sendo estas partes da interpretação histórica) e o sistema. Nas lições de Marburgo, Savigny dividiu sua abordagem em três seções: a elaboração filológica da ciência do Direito; a elaboração histórica da ciência do Direito e elaboração sistemática da ciência do Direito. Ao se ocupar da elaboração filológica, o autor se debruça sobre um problema que é central na hermenêutica jurídica, qual seja, a questão da interpretação. A interpretação, ao menos nesta fase inicial de seu pensamento, ocupa um capítulo da metodologia, mais especificamente um capítulo da elaboração filológica do material jurídico.

¹³ A Escola histórica perseguia um ideal de investigação histórica, mas sem descurar da razão. (WIEACKER, 1967, p. 429).

¹⁴ No texto original consta a expressão “Jurisprudenz” (SAVIGNY, 1951, p. 16). Importa salientar, que no idioma alemão as expressões “Rechtswissenschaft” (literalmente ciência do Direito) e “Jurisprudenz”, são tomadas geralmente como sinônimas. Portanto Savigny não está aqui a falar de jurisprudência no sentido de atividade prática e/ou do conjunto de decisões reiteradas dos tribunais. Ver, (CREIFELDS, e WEBER, 2011. p. 983 e 662).

¹⁵ Apesar de Savigny não utilizar a expressão “círculo hermenêutico”, é possível fazer um paralelo da sua concepção de sistema com o pensamento de Friedrich Schleiermacher que, no âmbito da sua hermenêutica geral, trabalhou com a relação entre parte e todo como questão central. Sobre o círculo hermenêutico em Schleiermacher, ver (SCHLEIERMACHER, 1999, *Passim*).



Já na obra “Sistema de Direito Romano” (1840), os quatro elementos da interpretação, a saber, o *elemento lógico*, o *gramatical*, o *histórico* e o *sistemático*, aparecem novamente pensados em conjunto, diferentemente do que ocorria na obra inicial, em que, como já ressaltado, exegese e sistema eram elaborados separadamente. Igualmente, há uma preocupação em melhor delinearlos conceitualmente, o que também não ocorria na “Metodologia” em 1802 e 1803:

El *elemento gramatical* de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El *elemento lógico*, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes. El *histórico* tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el *elemento sistemático* tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema. (SAVIGNY, 1878, p. 150) (Grifou-se).

378

À semelhança do que propõe Schleiermacher, Savigny advoga que interpretar, “[...] é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei. [...]. O conceito usual de interpretação (esclarecimento de uma lei obscura) é completamente inútil” (SAVIGNY, 2001, p. 10). E outros termos, para Savigny, a interpretação não possui um caráter apenas acidental. Trata-se de uma operação sempre necessária para o trato científico do material jurídico.

Apesar de ser referido como um dos principais autores da “hermenêutica jurídica clássica”, Savigny não utiliza a expressão “Hermeneutik”. Ocupa-se sim da metodologia do Direito (“Methodologie”, “Methodik”, “Methodenlehre”) e emprega o termo latino “Interpretation”, que é tomado em regra como sinônimo de “Auslegung” (SAVIGNY, 1951, *Passim*).

Poder-se-ia dizer com certas reservas que a metodologia está para a interpretação em Savigny como a hermenêutica está para interpretação em Maximiliano. A diferença residiria talvez no papel da metodologia em Savigny, que estaria também na base da ciência jurídica, diferentemente da hermenêutica em Maximiliano, que é um ramo da ciência jurídica. A distinção entre *interpretação em sentido amplo e restrito* feita por Maximiliano parece apontar nesta direção. O que Maximiliano chama de interpretação feita pela ciência, tendo o

Direito em geral como objeto, não aparece em Savigny como interpretação, que seria a atividade realizada pela metodologia absoluta.

4 O PAPEL DO INTÉRPRETE E O CONCEITO DE APLICAÇÃO DO DIREITO EM CARLOS MAXIMILIANO

Maximiliano reconhece o componente pessoal inarredável do intérprete, que impede que este seja reduzido a um autômato. Ademais, pontua que “Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem” (MAXIMILIANO, 1961, p. 25). É de se frisar o destaque dado por ele tanto para o “problema” da subjetividade quanto para a questão da linguisticidade da interpretação, que são temas caros à hermenêutica filosófica e jurídica e que, por parte dessa, nem sempre receberam ao longo da história o tratamento digno de sua importância. Segundo ele,

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal a representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmá-la, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social (MAXIMILIANO, 1961, p. 83).

Já a *aplicação* também não se confunde com a interpretação e com a hermenêutica, pois “[...] consiste em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado” (MAXIMILIANO, 1961, p. 19).

Maximiliano possui uma concepção de aplicação que pressupõe uma determinação prévia da norma jurídica pela interpretação, que não prescinde da hermenêutica, para analisar o caso concreto e suas circunstâncias para, por derradeiro, adaptar o preceito à hipótese (MAXIMILIANO, 1961, p. 21). Outrossim, a hermenêutica não se ocupa dos fatos, que são objeto exclusivo da aplicação (MAXIMILIANO, 1961, p. 22).

Também no caso da aplicação a subjetividade do aplicador interfere e importa. Segundo o autor, “[...] Não há sistema capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem. O texto é a essência, a matéria-prima, que deve ser plasmada e vivificada pela inteligência [...]” (MAXIMILIANO, 1961, p. 132). Há certo depósito de confiança nos atributos pessoais do julgador.

Esta concepção pode ser vista como fruto do contato do autor com as teorias críticas da interpretação do final do século XIX início do XX como o chamado Movimento para Direito livre. Alerta o autor, no entanto, que o intérprete – no que poderia ser incluído o aplicador – deve sempre desconfiar de si mesmo no intuito de evitar interpretações viciosas ou incorretas (MAXIMILIANO, 1961, p. 137).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas palavras de Hermann Kantorowicz (1877-1940), “é possível medir o significado histórico de uma obra a partir de três critérios, infelizmente em grande medida entre si independentes: mérito, qualidade e sucesso” (KANTOROWICZ, 1933, p. 457, tradução livre). A obra de Maximiliano não deixa a desejar em nenhum deles.

Quanto ao mérito, se vista como fruto de seu tempo, apresenta-se como um instrumental indispensável para compreender o processo de desenvolvimento teórico no Brasil, por dialogar criticamente de forma séria com a tradição brasileira. Por outro lado, proporciona um amplo conhecimento acerca do debate em nível internacional, ao abordar algumas das principais teorias em voga tanto no século XIX quanto no início do século XX que se ocuparam com o problema da hermenêutica jurídica. Tudo isto em um momento histórico em que o acesso ao conhecimento, em especial em língua estrangeira, não era nada fácil.

No que diz respeito à qualidade, embora não se possa dizer que Maximiliano tenha construído um modelo hermenêutico original, próprio, tal fato não apaga seu brilho, na medida em que o autor, além de ter dialogado profundamente com várias tradições, não se furtou à análise crítica e tomou posições claras acerca dos temas mais candentes que envolveram os debates históricos e que, ainda nos dias atuais, permanecem objeto de importantes disputas no âmbito da teoria e da filosofia do Direito.

Talvez isso explique o sucesso e a influência que seu pensamento exerce até hoje no país, sendo notório o fato de que sua obra permanece meritoriamente sendo citada tanto na teoria quanto na prática. De se referir que o livro “Hermenêutica e Aplicação do Direito” permanece sendo reeditado, mesmo após cinco décadas do falecimento do autor. Pensa-se, assim, que os influxos de novas teorias, como a recepção no ambiente jurídico da hermenêutica filosófica ou do que se convencionou chamar de “giro linguístico” da filosofia não tornam supérfluo o seu estudo.

Pelo contrário. A obra de Carlos Maximiliano deve permanecer um referencial teórico se se quiser levar a sério aquilo que Gadamer refere em sua hermenêutica filosófica, ou seja, que a compreensão, no que para ele está incluída a questão da interpretação, é um fenômeno que acontece sempre no interior de uma tradição e é por ela marcada (GADAMER, 1998, p. 13), o que implica a necessidade do diálogo e uma atitude de abertura (GADAMER, 2004, p. 358) do intérprete para o diálogo. Ademais, para se evitar julgamentos apressados e caricaturas, que muitas vezes ofuscam o que há de essencial e inevitavelmente malogram o processo compreensivo.

O livro de Maximiliano, neste sentido, é um belo exemplar daquilo que a tradição pode nos oferecer de positivo, sendo digno de ser qualificado como um clássico do pensamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

BLEICHER, J. 2002. *Hermenêutica Contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 383 p.

COSTA, M. L. 1984. *Apresentação ao livro de Joaquim Ignácio Ramalho*. (In) *Hermenêutica Jurídica*. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, p. 85-88.

CREIFELDS, C. WEBER; K. (Herausgeber). 2011. *Rechtswissenschaft*. (In) *Rechtswörterbuch*. 20. Auflage. München: C.H. Beck, 1573 p.

FERRATER MORA, J. 2001. *Dicionário de Filosofia. Tomo III*. 2. ed. Tradução de Maria Stela Gonçalves et. al. São Paulo: Edições Loyola, 1621 p.

GADAMER, H. G. 1998. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 72 p.

_____. 2004. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 631 p.

KANTOROWICZ, H. 1933. *Savignys Marburger Methodenlehre*. (In) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. Bd 53, Weimar: Hermann Böhlau Verlag, p. 465-471.

KUHN, T. S. 1970 *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Enlarged. Chicago: University of Chicago Press, 212 p.

MAXIMILIANO, C. 1961. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 503 p.

MEDER, S. 2004. *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 269 p.

PAULA BAPTISTA, F. 1984. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. (In) *Hermenêutica Jurídica*. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, p. 1-80.

REIS, T. 2013. *Direito e método na teoria possessória de Savigny*. Porto alegre: Sérgio Fabris, 139 p.

RICOEUR, P. 2008. *Hermenêutica e Ideologias*. Tradução de Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 184 p.

RIEBSCHLÄGER, K. 1968. *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*. Berlin: Duncker & Humblot, 125 p.

RÜCKERT, J. 2006. *Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law*. (In) *Juridica International Law Review*. University of Tartu (1632). XI, p. 55-67.

SAVIGNY, F. K. von. 1951. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K. F. Koehler, 73 p.



_____. 2001. *Metodologia jurídica*. Tradução do alemão para o espanhol de J. J. Santa-Pinter, Tradução para o português Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas, SP: Edicamp, 89 p.

_____. 1878. *Sistema del Derecho Romano actual. Tomo I*. Traducido del alemán por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Górgora y Compañía Editores, 454 p.

SCHLEIERMACHER, F. E. D. 1999. *Hermenêutica. Arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 102 p.

_____. 2005. *Hermenêutica e Crítica*. Volume I. Editado e introduzindo por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Lücke. Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora Unijuí, 280 p.

WIEACKER, F. 1967. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 765 p.

383

Submissão: 01/08/2016

Aceito para Publicação: 13/02/2017

