



Direito, Cidadania e Inclusão Jurídico-Social

ORGANIZADORES:

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Pablo Jimenez

Úrsula Adriane Fraga Amorim



Organizadores:

Carlos José Pacheco
Claudia Maria Gil Silva
Pablo Jimenez
Úrsula Adriane Fraga Amorim

Direito, Cidadania e Inclusão Jurídico-Social

2016



FOA

Presidente

Dauro Peixoto Aragão

Vice-presidente

Jairo Conde Jogaib

Diretor Administrativo - Financeiro

Iram Natividade Pinto

Diretor de Relações Institucionais

José Tarcísio Cavaliere

Superintendente Executivo

Eduardo Guimarães Prado

Superintendência Geral

José Ivo de Souza

Relações Públicas

Maria Amélia Chagas Silva

UniFOA

Reitora

Claudia Yamada Utagawa

Pró-reitor Acadêmico

Carlos José Pacheco

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Marcello Silva e Santos

Pró-reitor de Extensão

Otávio Barreiros Mithidieri

EDITORA FOA

Editor Chefe

Laert dos Santos Andrade

Capa e Editoração

Laert dos Santos Andrade

Revisão

Maria Aparecida Rocha Gouvêa

Conselho Editorial

Adilson Pereira

Dario Aragão Neto

Flávia Lages

Pablo Jiménez Serrano

Conselho Científico

Alice Tacão Wagner

Laert dos Santos Andrade

Maria Aparecida Rocha Gouvea

Maricinéia Pereira Meireles Silva

FICHA CATALOGRÁFICA

Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316

P116d Pacheco, Carlos José.
Direito, cidadania e inclusão jurídico-social. [livro eletrônico] / Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil da Silva; Úrsula Adriane Fraga Amorim. Volta Redonda: FOA, 2016.

205 p. il.

ISBN: 978-85-5964-012-0

1. Direito. 2. Inclusão social. I. Fundação Oswaldo Aranha. II. Centro Universitário de Volta Redonda. III. Título.

CDD – 340

Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA Campus Três Poços

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325
Três Poços, Volta Redonda / RJ / CEP. 27240-560
Tel.: (24) 3340-8400 - FAX: 3340-8404
www.unifoa.edu.br

Editora FOA

www.unifoa.edu.br/editorafoa

SUMÁRIO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	4
DIREITO E CONSCIÊNCIA: ANTICONSCIÊNCIA COMO CRÍTICO FENÔMENO DO VAZIO ("V")	21
INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR ADVINDA DA PRÁTICA DE <i>DUMPING SOCIAL</i>	46
O CASO CHEVRON E A RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO	75
REVISITANDO KANT: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS CONCEITOS DE LIBERDADE, MORAL E DIREITO	102
DEMOCRACIA, CIDADANIA E EDUCAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TUTELA AMBIENTAL	124
ENTRE O DIREITO E A ANTROPOLOGIA: O CASO DO AVENTUREIRO, ILHA GRANDE-RJ	135
REGULAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL	147
ERRO MÉDICO NO JUDICIÁRIO: FALHA TÉCNICA OU DESCONHECIMENTO JURÍDICO?	165
O ETHOS GRECO-ROMANO NA RELAÇÃO DOS SEXOS: UMA REFLEXÃO SOBRE AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA E A QUESTÃO DA JUSTIÇA	188

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves

Mestre em Direito (UNESA), Especialista em Direito do Trabalho (UNESA) e Docente no Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA)

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Doutoranda em Sociologia (IUPERJ), Mestre em Serviço Social (UFRJ), Advogada, Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial (UVA), Especialista em Saúde Pública (UNAERP) e Docente no Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA)

Sumário. Introdução. 1 Reestruturação Filosófica da Ideia de Pessoa Humana. 2. O Direito à concretização do Planejamento Familiar. Conclusão. Referências.

Introdução

Durante muito tempo, foi adotada no Brasil uma política pró-natalista, e, por fatores diversos, passou-se a defender a regulação da fecundidade. Todavia, contemporaneamente, tem-se o entendimento de que as pessoas- além do direito à livre escolha dos padrões de reprodução que lhes convenham, como direito de cidadania- possuem o direito de ter acesso ao conhecimento sobre o planejamento de sua prole.

Tratando especificamente do direito à fertilidade, o presente texto se propõe a analisar questões sobre a elaboração das políticas de planejamento familiar levando-se em consideração que qualquer política concernente ao tema deve ter um foco duplo: de contracepção e de concepção.

Nesse viés, até a década de 80, o debate sobre a reprodução humana no Brasil era totalmente centralizado no natalismo tradicional e no neo malthusianismo. Por isso, o Estado se preocupava em trazer a população informações sobre os métodos anticoncepcionais e a revisão da legislação sobre a fecundidade.¹

A Constituição de 1988, ao reconhecer o direito à saúde como um direito de todos, declarou que o dever de zelar por esse direito é do Estado, cabendo a esse atuar por meio de suas organizações, bem como, da sociedade, encontrando meios para a sua concretização, sob pena de ocasionar o enfraquecimento da sua força normativa.

Sendo assim, a ideia de fornecimento público de saúde, no que tange ao Brasil, necessita ser analisado sob a óptica de um país de modernidade “não realizada” ou “tardia”.² Por isso, não se pode pretender importar ideais de países de grande desenvolvimento para o nosso, sem a reflexão devida acerca da possibilidade de sucesso do modelo que se pretende importar num país como o Brasil. País este em que a história de saúde prestada ao cidadão não surgiu de iniciativas do Estado para atender a demandas da Sociedade; ao contrário; a assistência à saúde no Brasil teve origem na atividade privada e religiosa, por meio de assistência aos enfermos carentes, prestada pelos católicos.

A preocupação do Estado com a saúde do povo se deu por interesse econômico, quando a doença dos trabalhadores brasileiros pobres afetou o mercado com o alto índice de contaminação de pessoas que chegavam ao porto nacional para negociar mercadorias, acarretando prejuízos aos cofres estatais e do empresariado.³

Esse fato dá notícia de que a preocupação com a saúde do povo trabalhador brasileiro não nasceu de política pública do Estado, e, como todo direito se explica pela sua historicidade, como leciona Norberto Bobbio⁴, a história do direito à saúde surgiu da caridade e não de critérios de fixação de justiça social, fato que reflete o tratamento do tema ainda hoje.

A verdade é que o grande marco sobre a saúde no Brasil deu-se com a promulgação da Constituição de 1988, com a declaração expressa e irreversível do di-

1 Site acesso: Ver. Esc.Enf.USP,v.34, n.1,p.37-40, março.2000. Acessado em 07/07/09.

2 STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.13.

3 LUNELLI, Carlos Alberto, Jéferson Marin, **O fornecimento de medicamentos e serviços de saúde: a limitação da responsabilidade do estado e as estratégias de defesa dos municípios**, IEM – Instituto de Estudo Municipais Ltda, p. 6.

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Nova edição, 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2004, p. 35-43.

reito à saúde como direito fundamental, bem como sua vinculação ao direito social. Inclusive, restou expressamente declarado no art. 6º que a saúde é um direito social.

Posteriormente, a Lei 8.080/90 estabeleceu formalmente o atendimento integral a todo cidadão, preventivamente ou profilaticamente, sem a exigência contributiva de outrora, conferindo à saúde, características universais.⁵ Por outro lado, a Constituição de 1988, ao cuidar da ordem social, além de assegurar a todas as pessoas o direito à saúde, estipulou o correlato dever jurídico do Estado, de prestá-la mediante políticas públicas sociais e econômicas.⁶

A partir disso, o direito à saúde é garantia de extrema importância, especialmente, diante do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual consiste em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como consagra o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. A efetivação de tal direito interessa a todos, como valores a serem protegidos, posto que a inobservância destes não vulnera apenas a pessoa, mas a coletividade, que corre o risco de se ver privado do núcleo dos direitos humanos e da cidadania.⁷

Na mesma linha de pensamento, a proposta desse estudo bibliográfico é verificar que, apesar dos avanços da ciência e do fato de que a saúde tem como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, existem muitos obstáculos para a formulação e implementação de políticas públicas de concepção, através do SUS, para mulheres com dificuldades de engravidar.

Sabe-se que o Brasil tem inúmeros desafios a serem superados na questão do planejamento familiar e que já ocorreu um forte movimento de mulheres, no debate nacional sobre o planejamento familiar, "instituindo-se a noção de que a assistência à contracepção deveria compor uma política ampla de saúde reprodutiva, passando a questão reprodutiva a ser vista como decisão ética individual e um direito social".⁸

O avanço atual da ciência médica no que concerne a concepção tem propiciado a casais que jamais teriam condições de engravidar participarem de programas

5 Site acesso: Ver. Esc. Enf. USP,v.34, n.1,p.37-40, março de 2000. Acessado em 07/07/09.

6 LEAL, Rogério Gesta Leal. **A efetivação do direito à saúde** – Por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. IN: LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato (orgs.), **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**, v.6, 2006, p. 1.525.

7 JÚNIOR SOARES, Êvanes Amaro. **Justiça Distributiva e Desigualdade Social: O Paradigma Ecológico-Sistêmico com Elemento da Jurisdição Social**. IN: GARCIA, Emerson (Coord.) **A Efetividade dos Direitos Sociais**, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2004, p. 59.

8 Site acesso: Ver. Esc.Enf.USP,v.34, n.1,p.37-40, março de.2000. Acessado em 07/07/09.

de fertilização. Por óbvio, tais avanços já propiciam a felicidade de incontáveis casais com recursos financeiros, que os possibilitem a inclusão no sistema privado de saúde. Porém, essa oportunidade não alcança, igualmente, todas as classes sociais. Tem-se que admitir que a prestação de serviços básicos ainda são negados aos cidadãos de baixa renda.

Apesar das desigualdades apontadas, não se pode negar que o direito à saúde também inclui o uso de medidas de concepção por meio de medicamentos, cirurgias ou até de procriação artificial. Ou seja, além do fornecimento de medicamentos para propiciar a gravidez, faz-se necessário possibilitar a todos os casais que necessitem em igualdade de condições, o direito de realizar inseminação artificial.

Apesar dessas medidas, não se pode negar que as políticas de planejamento familiar no Brasil são marcadas por retrocesso e avanços, com políticas de controle de natalidade, grande número de mortandade infantil, grande número de esterilização materna, acompanhamento inadequado e inclusive falta de acompanhamento total no que se refere a pré-natal, abortamento etc.

De igual modo, não se pode negar que as políticas públicas no Brasil resultam de luta de classes, que pressionam o Estado a realizar propostas eficazes para o enfrentamento das diversas expressões da questão social. Porém, muito embora essas políticas sejam conquistadas, nem sempre garantem, na prática, a eficácia de seu conteúdo teórico.

Ainda é um desafio almejar a correção de distorções existentes na seara da saúde reprodutiva, com implantação de políticas públicas que tenham como objetivo: medidas de contracepção e de concepção, caso a caso.

1 Reestruturação filosófica da ideia de pessoa humana.

O direito é dinâmico e busca adequação às necessidades da sociedade. Por isso, o termo dignidade da pessoa humana envolve a articulação de valores de liberdade, da igualdade e da fraternidade. Na medida em que as dimensões de cada valor eram assimiladas pela sociedade forjavam-se modelos de Estado que correspondessem a sua característica.

Desse modo, o Estado Liberal era mais preocupado com a não intervenção estatal na seara privada, atrelando-se aos direitos civis e políticos; no Estado Social (Welfare State) demonstra-se maior vinculação às ações interventivas do Es-

tado para garantia da igualdade dos cidadãos, atrelando-se aos direitos econômicos, sociais e culturais; Já o Democrático de Direito era aquele que possuía maior perspectiva de solidariedade, de participação e de justiça social atrelado aos direitos transindividuais.⁹

A constituição brasileira consiste em Estado Democrático de Direito, tendo entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos. E, por isso, no dizer de Marco Aurélio Marraffon,¹⁰ tem uma textura aberta cujos limites para a transformação coincidem com os fins do Estado de Bem-Estar, visando conciliar o projeto capitalista com a chamada justiça social.

Tanto é verdadeira a afirmativa acima, que algumas doutrinas mencionam a Constituição brasileira como um instrumento de transformação e realização de um programa de um Estado Social Democrático, o qual o Estado se depreende daquelas funções únicas de soberania, vindo a ser um Estado realizador e tutor da vida e dos Direitos Sociais.

Pois bem, partindo-se dessa observação, tem-se como entendimento a existência da necessidade de forte vontade política que, atrelada à realidade social, tenha capacidade de gerenciamento econômico e financeiro do Estado, possibilitando o desenvolvimento social e a efetividade dos Direitos Sociais.

Final de contas a realização da concretização constitucional tem como protagonista: o povo - entendido como todos os participantes da sociedade – com direito de participarem das políticas públicas.¹¹

Interessante é perceber que a preocupação com a saúde da mulher, como procriadora da espécie humana, se dá em face da preservação do homem, bem como, a preservação de suas condições de dignidade. Nesse contexto, por óbvio, está incluso o direito ao acesso dos avanços da ciência na engenharia genética.

9 FACHINA, Maria Luciana de Oliveira, Serviço de saúde no âmbito do sistema único de saúde e do código de defesa do consumidor, p. 439, in: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (coord.) **Novos direitos: A essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira**, Curitiba: Juruá Editora, 2007.

10 MARRAFON, Marco Aurélio. **Estado de Bem-Estar, preceitos e programáticos e efetividade da Constituição: uma análise estrutural**. 207. In: SCAFF, Fernando Facury (org.) **Constitucionalizando DIREITOS, 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

11 PANSIERI, Flávio. **Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 anos de Constituição**, p. 398. In: SCAFF, Fernando Facury (org.) **Constitucionalizando DIREITOS, 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O conceito de dignidade da pessoa humana é essencialmente ético, essa conclusão se tornou evidente na filosofia moderna que observou uma relação ontológica entre a dignidade humana e a forma democrática de governo. E, como a filosofia clássica não observou essa questão, não estudou a relação do indivíduo com o Poder, deixando de justificar a democracia a partir da essência do homem ou da ideia de humanidade.

Contemporaneamente, questões subjacentes à ideia de dignidade da pessoa humana, retornam ao cenário, objetivando definir critérios que propiciem discernir entre todos os seres, quais podem ser classificados como pertencentes à categoria de pessoa humana. Assim, se retorna ao cerne dos direitos das sociedades democráticas contemporâneas, objetivando atribuir a essa "pessoa humana" uma série de valores que são determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, especialmente, porque os direitos humanos são considerados como núcleo moral, político e jurídico do Estado Democrático de Direito.

Para entender melhor a questão, Vicente Barreto¹² chama atenção para a necessidade de se dar importância a uma reflexão sobre a ideia de pessoa, para que não haja risco de que o princípio da dignidade da pessoa humana se torne uma mera afirmação dogmática e adjetiva no sistema jurídico.

O desafio ora proposto à filosofia e ao direito se encontra nos avanços do conhecimento e da tecnologia, relativos ao início e ao fim da vida humana. E, no que tange ao presente estudo, o debate acerca do direito fundamental de saúde, especificamente o da pessoa em procriar.

Historicamente, num passado não tão remoto, era possível encontrar certa cisão entre a ideia de pessoa humana e do ser humano, podendo-se citar como exemplo: a distinção entre escravos e homens livres existentes no colonialismo, onde não se negava aos escravos a condição de humanos, mas, lhe eram negados reconhecimento do estatuto de pessoa humana. Todavia, a ciência biológica bem como os fundamentos do estado democrático de direito, não coadunam e não aceita mais a mencionada cisão.

Essa noção histórica também ocorre no direito, tanto que o conceito de pessoa criado no séc. XVIII, ainda serve de núcleo central dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana. Pode se considerar a existência de consenso no en-

12 BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética.. BARBOZA, Heloisa Helena. MEIRELLES, Jussara M. L. de. BARRETO, Vicente de Paulo (org.)in **Novos Temas de biodireito e bioética**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219-225.

tendimento a respeito das origens dos direitos do homem, que começariam com o seu nascimento, o que permanece ainda hoje.¹³ Acontece que essa cisão não mais existe e o direito pleno a saúde pertence a todos.

A pessoa humana tem como característica ontológica o fato de ser racional e consciente e por isso, sujeito de direitos e de deveres, o que permite que em torno dessa pessoa se construa um sistema de normas legais tendo no seu epicentro a questão da responsabilização desse ser.¹⁴ Desse modo, o assunto planejamento familiar deve ser entendido como uma política pública relacionada à concepção, pois sem dúvidas há casais usuários do sistema SUS que, embora desprovidos de recursos, podem em todos os sentidos, após tratamento médico de fertilização, terem uma gravidez saudável e por consequência uma vida digna.

Ademais, a medicina já criou mecanismos que possibilita aos casais, que antigamente não conseguiriam ter filhos, a tê-los através de tratamento de saúde específico, como o de fertilização. Essas possibilidades podem ser levadas ao povo e serem transformadas em política de Estado.

Nesse sentido, o direito à maternidade é um direito social garantido constitucionalmente e, sem dúvida, imprescindível em atenção à função biológica e a perpetuação da espécie humana, de modo que a mulher possa ter todas as condições favoráveis para engravidar, ter um tratamento de pré-natal digno, e toda a proteção necessária durante a gravidez, o parto e a amamentação.¹⁵

Como bem ressalta Maria Helena Diniz, o direito social à tutela da maternidade conduz ao direito a uma vida digna e ao da garantia de direitos fundamentais da mulher, e, essa proteção se estende do DNA à gestação, da gestação ao parto e, finalmente, do parto a amamentação.¹⁶

2 O Direito à efetivação do planejamento familiar.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo 7º do art. 226, passou a assegurar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade respon-

¹³ *Ibidem*, p. 224-225.

¹⁴ *Ibidem*, p. 226.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**, 6ª Edição, revista, aumentada e atualizada, Editora Saraiva, 2009, p. 132.

¹⁶ *Ibidem*, p. 132.

sável, o planejamento familiar como uma decisão única do casal, cabendo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos.

A Lei 9.263/1996, ao regulamentar o parágrafo 7º do art. 226, estabeleceu que planejamento familiar fosse o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Neste contexto, resta vedada a utilização de ações que visem o controle demográfico. Devendo esse atendimento ser global e integral.

Assim, o direito ao planejamento familiar, de acordo com o art. 9º, da lei 9,263/1996, inclui o oferecimento de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepções cientificamente aceitas desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas.

Corroborando com assertiva acima, dentre as inovações da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), está a Resolução Normativa 167/2008, com a incorporação de iniciativas que contemplem políticas públicas na esfera dos direitos reprodutivos. Assim, abraçam-se medidas de concepção e de contracepção, que respeitem e forneçam garantias de liberdade de opção da mulher, do homem ou do casal.

O ponto nodal é que, embora o art. 6º da Lei 9.263/1996 atribua à direção nacional do SUS, a competência para definir as normas gerais de planejamento familiar no país, o que parece, até a presente data, é o interesse demonstrado apenas na contracepção – atendendo-se ainda os interesses internacionais.¹⁷ Daí o surgimento de incontáveis ações judiciais, pois há nitidamente a omissão estatal e o equívoco de escolhas públicas. Isso sem falar que havendo lei prevendo a concepção é porque deve haver incentivo financeiro, senão seria a hipótese de lei que já nasceu morta.

Para falar sobre essa busca ao Judiciário, é necessário, inicialmente, lembrar que pela concepção de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são classificados como direitos de defesa do indivíduo ou direito a prestações.

Na mesma vertente, Christiano Taveira afirma que são direitos de defesa, aqueles que se almeja em face do Estado limitação ou abstenção do poder estatal – são os direitos de 1ª dimensão ou direitos negativos: direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade e os direitos políticos e algumas garantias fundamentais. Sendo direitos a prestações, aqueles que o Estado tem como tarefa a implementação de condições para o seu efetivo exercício, direitos que exige dos poderes públicos uma

17 Site acesso: file://C:\DOCUME~1\XP\CONFEG~1\Temp\Z\VKX86Q.htm. Acessado em 22/07/09.

postura ativa, uma atuação positiva do Estado na proteção dos mesmos, abrangem os direitos de segunda dimensão ou direitos positivos, incluindo os direitos econômicos e a maioria dos direitos sociais.¹⁸

Não se pode deixar de mencionar que a maioria dos direitos sociais possui uma dimensão “positiva”, consistindo em verdadeiros direitos prestacionais, como o serviço de saúde, gerando verdadeira obrigação de fazer estatal.

Pode-se observar, através da análise jurisprudencial, um aumento considerável de cidadãos que vão ao judiciário a fim de compelir o Estado a prestar tratamento à saúde, sob a alegação de que não reúne condições financeiras para arcar com o pagamento de tratamento de fertilização.

Nessas perspectivas, presencia-se a falta de implementos em políticas públicas de saúde, como o não recebimento de medicamentos ou tratamento pela rede pública de saúde, acarretando sério comprometimento na saúde de muitos que necessitam. Essas pessoas, por não possuírem condições de custear as despesas com tratamentos de saúde privada, vão ao Judiciário, para compelir o Estado a fornecer o recurso pleiteado, já que, em razão de sua omissão, o demandante encontra-se prejudicado. Confirma-se pela intervenção judicial, que o direito à saúde é direito fundamental, inerente a todo ser humano, que pela sua relevância, precisa ser preservado em quaisquer circunstâncias.

Em geral, as demandas são propostas como obrigação de fazer e se fundamentam nos artigos 4º e 9º, III, da Lei 8.080 de 19.09.90, bem como nos comandos dos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal. Tais demandas se fundamentam na afirmativa de que o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado, e que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Além disso, que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O administrador público tanto na esfera federal, estadual ou municipal, deve eleger prioridades em suas metas políticas, fomentando o atendimento das necessidades básicas, prementes e indispensáveis aos administrados, como a saúde, em observância ao Princípio Republicano.

Todavia, a atitude da administração pública diante das inúmeras demandas judiciais, não é exatamente na mesma direção das normas já mencionadas. Ao con-

18 TAVEIRA, Christiano. Derblie, Felipe. *Direito Constitucional* vol 5, Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora 2004. p-85-86.

trário, o poder público, em suas contestações, continua afirmando que: As normas do art. 196 e seguintes da Constituição são meramente programáticas e com reduzida eficácia e efetividade; A obrigação de prestar saúde é solidária, direcionando a obrigação para outro ente da federação; Não há verba para o tratamento pleiteado; Não se trata de risco de vida; O pleiteante não apresentou comprovadamente sua hipossuficiência e de sua família, etc.

Sob esse viés, a administração pública tenta se furtar em prestar a assistência requerida, sob alegação de que- apesar da Carta Magna não fazer distinção de que tipo de ação ou serviço de saúde será prestado pelo Município, Estado ou União, e a lei 8.090/90 declarar ser responsabilidade solidária da União, dos Estados Membros e dos Municípios- há obrigação de se garantir o direito fundamental à saúde.

Essa solidariedade não significa que tais entes “solidários” devem, sem qualquer critério, atrair os ônus de conceder tratamento médico ou medicamento a todos que necessitem, especialmente se não houver planejamento nem verba. Para tanto, seria seu o dever de efetivação de ações preventivas, sem prejuízo para os serviços assistenciais.

É dever constitucional de o Estado garantir a saúde de sua população, e que a Constituição Federal, elevou o SUS – Sistema Único de Saúde- à condição institucional, albergando em um só conjunto os serviços da Saúde Federal, Estadual e Municipal, sem, contudo, eliminar as atuações isoladas dos três entes federativos. Dessa forma, cabe, a todos esses entes em cooperação, cuidar da saúde e assistências públicas com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

As alegações, geralmente utilizadas pelo ente público, de que as normas contidas nos artigos 195 e seguintes da Constituição Federal de 1988 são de conteúdo programático e encontram-se regulamentadas nas esferas Federal e Estadual, pela atuação dos respectivos legisladores, não se sustenta. Portanto, a lista de medicamentos padronizados pelo SUS, apresentados pelos Municípios, quando réus, e RENOME (quando o réu é o Estado) não devem servir de entrave para a efetivação de Direitos.

Tanto isso é verídico que o Estado do Rio de Janeiro, restringiu o que o legislador constituinte não restringiu, declarando no art. 299 da Constituição Estadual que:

Art. 299 – A assistência farmacêutica faz parte da assistência global à saúde, e as ações a ela correspondentes devem ser

integradas ao Sistema Único de Saúde, garantindo-se o direito de toda a população aos medicamentos básicos, que constem de lista padronizada dos que sejam considerados essenciais".

Por outro lado, os entes públicos também afirmam que o fornecimento genérico e indiscriminado de medicamentos não integrantes da lista oficial do Ministério da Saúde, é ameaça à ordem administrativa e a saúde pública. Tal justificativa leva em consideração haja que o Poder Público já estabeleceu as diretrizes de atuação com base e critérios médico-científicos que norteiam a fixação e autorização de tratamentos médicos e utilização de medicamentos pela população.

Nesse contexto, os entes públicos tendem a criticar as decisões emitidas pelo Poder Judiciário, pois, além de onerar os cofres públicos, implicam em invasão na esfera de competência da administração pública, na medida em que anula os critérios direcionadores das políticas públicas que visam à saúde de toda a população. Tal crítica se fundamenta na ideia de que o dever constitucional do Estado (*latu sensu*) não alcança as necessidades clínicas isoladas, mas, o contexto geral atrelado às políticas sociais e econômicas. Nessa linha de raciocínio, competiria tão somente à administração pública, através de aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar o fornecimento de remédios à população no país, buscando garantir a segurança, a eficiência terapêutica e qualidade necessária.

Da análise do exposto, vê-se que a administração pública quando demandada em Juízo, usa diversos argumentos em sua defesa, todos repelindo a ampla efetividade dos direitos sociais como o direito à saúde. Trazendo à baila argumentos ligados à reserva do possível e ao mínimo existencial.

Ora, a expressão reserva do possível tenta identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas.¹⁹ Obviamente, não se pode negar que os direitos fundamentais sociais, em especial os que envolvem comprometimento econômico e orçamentário às suas efetivações, usam o mínimo existencial como indicador.

Sabe-se que o Estado Social nasceu após a 1ª Guerra Mundial, quando se iniciou a tendência por um Estado que participasse ativamente da vida de comunidade, com políticas intervencionistas para melhoria das condições econômicas básicas da população, visando mitigar os conflitos nas estruturas sociais. O desafio do Estado

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p 236-237.

Social é ético, voltado para os direitos fundamentais e garantia da justiça social efetiva aos seus cidadãos, com o desenvolvimento da pessoa humana com respeito ao ordenamento jurídico.²⁰

Para cumprir esse papel, é preciso recursos e estes somente são obtidos através de medidas políticas, tanto que o modelo do Estado Social, na maioria dos casos, redundou em medidas de assistencialismo e paternalismo alienante, criando altos índices de dependência da cidadania em relação ao Estado. O Poder Judiciário sofre influência com essa mudança, pois há um aumento de demandas em busca de respostas aos déficits de direitos fundamentais na sociedade.²¹

A realização dos direitos sociais depende de vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado de forma que se comprovada a incapacidade econômica estatal não se poderá exigir a imediata efetivação de determinado direito num caso concreto. Daí a iminente necessidade de se encontrar uma reciprocidade concreta e um balanceamento dos direitos sociais com cada um cumprindo sua quota parte.²²

O mínimo existencial deve ser compreendido como condição mínima para uma vida humana digna, Assim sendo, deve postular prestações positivas estatais de caráter assistencial e negativo de não invasão na esfera de liberdade mínima do Cidadão (representada pelo direito à subsistência). Devendo ainda, esse mínimo existencial ser observado por suas dimensões e impactos sociais.

Apesar da polêmica doutrinária sobre a efetivação e garantia do mínimo existencial, para Rogério Gesta Leal, o Brasil conta hoje com indicadores parametrizantes do mínimo existencial, que são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados. Estes dizem respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização; à redução de desigualdades sociais; à promoção do bem de todos sem discriminações.

O Estado e a sociedade civil estão vinculados a esses indicadores, pois são determinantes a todos os atos por eles praticados, não sendo possível falar em gestão puramente discricionária da Administração Pública, já que a concretização desse

20 LEAL, Rogério Gesta Leal. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos direitos fundamentais sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 72-113.

21 Ibid, p. 72-113.

22 Ibidem

mínimo existencial está vinculada aos aspectos econômicos do Estado. Por isso, o mencionado autor defende um controle preventivo do orçamento e sua execução a fim de que seja possível a melhor aplicação os recursos.²³

De toda forma, para Rogério Gesta Leal, a efetivação dos direitos sociais se dará pela reserva do possível em termos de apuração das condições financeiras do Estado de cumprir suas obrigações. Porém, não pode ser dada qualquer desculpa para justificar a omissão estatal, já que não se pode transferir ao Estado, responsável pela obrigação descumprida, competência de redefinir o que é ou não possível em termos de efetivação dos direitos fundamentais, levando em conta sua disponibilidade financeira.²⁴

Na avaliação de demandas judiciais que implicam em analisar a omissão de um dever estatal, como a prestação de saúde, será necessária uma avaliação precisa e justa, exigindo uma reflexão acerca do cumprimento do mínimo existencial e se levar em conta questões éticas.

A matriz normativa do direito à saúde está definida na Constituição Federal, como direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas para comprometidas à redução do risco de enfermidades e outros agravos.

O direito à saúde é uma dimensão do mínimo existencial da dignidade da vida humana, sendo um indicador constitucional parametrizante. As ações públicas voltadas à materialização desse direito integram um sistema único em todo o país, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, União, Estados, Municípios e Distritos. Ora, o comando constitucional se dirige a toda a comunidade, pensando-se em instrumentos que levem em conta toda a demanda social existente e não só aquela que ocorrem de pronto ao Poder Público.²⁵

Adotando as lições de Robert Alexy, o direito à saúde deve ser encarado como princípio, não sendo resolvido em termo de tudo ou nada como uma regra. A verdade é que não é somente o Estado o único garantidor do direito à saúde, posto que este realmente possui recursos financeiros limitados para a concretização de todos os direitos fundamentais, sendo um limite fático, ao mesmo tempo em que o Estado deve ter capacidade de dispor de tais recursos para o cumprimento daqueles direi-

23 Ibidem p. 92-113.

24 Ibidem, p. 72-113.

25 LEAL, Rogério Gesta Leal. Op.cit. P. 150-162.

tos. Comprovada objetivamente a incapacidade financeira do Estado, não se poderá exigir a imediata efetivação desse comando constitucional por conta da referida limitação material.²⁶

A questão nacional é que no Brasil, por conta das peculiaridades de exclusão social, miséria, marginalização de parte da população, o Estado avocou inúmeras atribuições protecionistas, paternalistas e assistencialistas, induzindo a comunidade a uma postura simplesmente consumidora do que lhe é proporcionado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas da sociedade.

Entretanto, é preciso mudar tal postura e descobrir os contornos da reciprocidade concreta e balanceamento dos direitos sociais, já que tais direitos envolvem o patrimônio de todos. Em suma, as políticas públicas, devem levar em conta a demanda global, sob pena de atender poucos e desatender muitos.²⁷

Rogério Gesta Leal indica nova leitura do dever estatal, integrada com responsabilidades comunitárias, como por exemplo: (a) dever da família em assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, exploração, crueldade; (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores o dever de amparar os pais na velhice, carência e enfermidade; (c) a família tem o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar. Em suma, deve-se encontrar uma fórmula de harmonizar os diferentes desafios no âmbito do direito à saúde, partindo da premissa de que ele incumbe a todos e não só a alguns.²⁸

Nesse diapasão, igualmente importante é dizer que o Poder Judiciário não deve adotar medidas que declarem direitos de baixo custo e indefiram outros sob a alegação de que se trata de pleitos de alto custo, ou que não se trata de risco de vida, pois o Direito à saúde de modo pleno não criou essa distinção.

A tarefa do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realiza a justiça social. Já o papel da Sociedade é organizar-se de maneira eficaz, como um povo soberano, para fazer o Estado funcionar de modo eficaz,²⁹ cobrando do mesmo o que é devido.

26 *Ibid.*, p. 150-162.

27 *Ibidem*

28 *Ibidem*

29 *Ibidem* p. 233-234.

Talvez, em termos de laboratório de governo democrático, as administrações locais em cidades estratégicas, possam ser palco de experimentos políticos de alcance universal à medida que instituem um processo combinado de democracia representativa com formas democráticas diretivas de caráter voluntário, gerando uma nova relação do Estado com a Sociedade, articulando a representação política com a mobilização dessa nova esfera pública não estatal, que já existe independente da decisão estatal.³⁰

A Constituição de 1988 ampliou significativamente o conjunto de direitos sociais, por isso, a sociedade passou a exigir do Estado, maior intervenção na garantia desses direitos, seja por meio do legislativo, do executivo, ou do judiciário.

Dessa forma, diante de um executivo ineficiente, a sociedade tem ido, frequentemente, ao Judiciário; reconhecendo nessa instituição, poder estatal que possibilita o exercício da cidadania, ou seja, instrumento de materialização das conquistas constitucionalizadas.

Significa dizer que hoje se exige do Poder Judiciário a atuação em diversas searas, em especial no que se refere ao implemento de políticas públicas, reprimindo obstáculos, distorções e omissões na realização desses valores constitucionais,³¹ reforçando assim, o entendimento de que a atuação do poder judiciário deve, ainda, ser objeto de muitos debates, antes que de se propagar a ideia de que o ativismo jurisdicional é ato sempre positivo.

Conclusão

No Brasil, há diversos instrumentos normativos constitucionais e infraconstitucionais protetores dos direitos fundamentais sociais que indicam que as instituições estão mais sensíveis aos problemas sociais e à presença de ações mais concretas de gestão de interesses públicos indisponíveis, permitindo um amadurecimento da democracia constitucional (pelas vias tradicionais do Legislativo - participação direta através de mecanismos como audiências públicas, consulta popular, referendo, plebiscito).³²

30 LEAL, Rogério Gesta Leal. *Teoria do Estado, Cidadania e Poder Político na Modernidade*, 2ª edição, Porto Alegre: Editora do Advogado, 2001, p. 233-234.

31 ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Editora método, 2007, p.13.

32 LEAL, Rogério Gesta Leal. Op.cit. p. 67-69.

Viabilizar a concretização dos direitos fundamentais sociais é importante para todos os homens, e o hermenêuta constitucional necessita exercer o seu papel, sem desprezar os valores nem a função do Estado que, segundo a doutrina, é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal,³³ ao abordar a teoria da interpretação constitucional hodierna, faz menção a Peter Häberle, alegando que a teoria propugnada por este, visa a uma vinculação entre Constituição e Realidade Social, uma vez que é hora de desatar-se do universo cerrado dos intérpretes da constituição e se dirigir a uma interpretação por uma Sociedade aberta.

Sem dúvida é mais justo se pensar em política pública que implemente um planejamento familiar adequado. No entanto, apesar dos avanços da ciência e do fato de que a saúde tem como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, existem muitos obstáculos para a formulação e implementação de políticas públicas de concepção através do SUS, para mulheres com dificuldades de engravidar.

Visando ao atendimento e promoção de saúde, seja qual for a classe social, tem-se que admitir que a prestação de serviços básicos ainda são negados aos cidadãos em situação de vulnerabilidade social, que por sua vez, acabam se submetendo às mazelas de um serviço público que tem sido excludente da maioria.

Não se pode negar que o direito à saúde também inclui o uso de medidas de concepção por meio de medicamentos, cirurgias ou até de procriação artificial, ou seja, proporcionar política pública que também incentive a procriação e não só a contracepção, porém, o que se contata é ausência de política adequada nos dois sentidos.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena, BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos temas de Biodireito e Bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

33 LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos direitos Humanos e Fundamentais no Brasil,** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 148.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição, 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**, 6ª Edição, revista, aumentada e atualizada, Editora Saraiva, 2009.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Editora método, 2007.

JÚNIOR SOARES, Êvanes Amaro. Justiça Distributiva e Desigualdade Social: O Paradigma Ecológico-Sistêmico com Elemento da Jurisdição Social. IN: GARCIA, Emerson (Coord.) A Efetividade dos Direitos Sociais, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2004.

LEAL, Rogério Gesta Leal. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A efetivação do direito à saúde – Por uma jurisdição - Serafim: limites e possibilidades. IN: LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato (orgs.), **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos, v.6, 2006.

_____. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. **Teoria do Estado, Cidadania e Poder Político na Modernidade**, 2º edição, Porto Alegre: Editora do Advogado, 2001.

LUNELLI, Carlos Alberto, Jéferson Marin, **o fornecimento de medicamentos e serviços de saúde**: a limitação da responsabilidade do estado e as estratégias de defesa dos municípios, IEM – Instituto de Estudo Municipais Ltda.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo** 26ª edição, São Paulo: editora Malheiros. 2008.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVEIRA, Christiano. Derblie, Felipe. **Direito Constitucional** vol. 5, Rio de janeiro: Lúmen Júris Editora 2004.

DIREITO E CONSCIÊNCIA: ANTICONSCIÊNCIA COMO CRÍTICO FENÔMENO DO VAZIO ("V")

Pablo Jiménez Serrano

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

Sumário. Introdução. 1. Significação da consciência. 1.1. Dualismo entre consciência e realidade. 1.2. Dualismo entre consciência e atitude. 2. Consciência social: jurídica e moral. 2.1. Consciência jurídica. 2.2. Consciência moral. 3. Anticonsciência: o crítico fenômeno do Vazio ("V"). Conclusão. Referências.

Introdução

Na Jusfilosofia moderna se discutem temas interessantes que se dizem vinculados à relação observada entre "Direito e Justiça", "Direito e Poder", "Direito e Moralidade" "Ética Pública e Corrupção" etc. Igualmente existe um notório interesse pela caracterização das causas da ineficácia social (não obediência) das normas jurídicas.

Estudos contemporâneos, geralmente ligados à filosofia analítica, se desenvolvem com o intuito de robustecer o "positivismo jurídico", pensando-se, erroneamente, por exemplo, que o recrudescimento da sanção, a criação de uma nova lei e a diminuição da maioria penal irá contribuir para a diminuição da criminalidade, da ilegalidade, da informalidade e da violência social.

No marco do positivismo jurídico, alguns autores¹ preferem investigar as questões propriamente normativas, se esquecendo, assim, da conexão evidente que existe entre *a norma, o valor e a conduta*; outros insistem em afirmar que a cientificidade dessa importante área do saber humano (o Direito) se expressa em proposições unicamente *descritivas* (cientificidade jurídica) e *prescritivas* (normativismo jurídico) e há, ainda, os que pensam que os estudos jurídicos encontram, na Lógica, na Hermenêutica seus únicos recursos metodológicos, descuidando, assim, a dialeticidade existente entre o Direito, a Ética, a Sociologia, a Psicologia e a Educação.

A respeito desses pensamentos histórico e contemporâneo, com frequência, se observa um razoável interesse por um *estruturalismo jurídico* que privilegia a significação do Direito, suas normas e a caracterização de novas figuras jurídica (crimes) que surgem como consequência da dinâmica social, do desenvolvimento tecnológico (a informática) e do predomínio (reinado) do desvalor ou contravalor.

Porém, nem todo estudioso do assunto tem como meta um *funcionalismo jurídico* fundado em estudos que nos permitam desvendar as causas do aumento da violência nas crianças e nos adolescentes, fatores que, pensamos, podem estar correlacionados ao aumento da ilegalidade, da criminalidade, da informalidade, da corrupção e, em geral, à ineficácia social das normas jurídicas e morais que hoje perturba a convivência social. Tampouco, na literatura moderna, encontramos soluções concretas que nos permitam inibir os fenômenos que nos ocupam.

Vemos, pois, que o aumento da violência e da desobediência social nos jovens (crianças e adolescente) é um dos principais problemas que "incomoda" (informação verbal)² os educadores, eticistas e juristas e que estimula diversas pesquisas acerca da correlação *juventude e violência, violência e escola, convivência e violência* etc.

Perante essa problemática, o principal objetivo do presente trabalho é abrir um espaço para investigar e discutir a conexão possível entre tais fenômenos e problemas. Neste estudo nos empenhamos em significar a "consciência social: jurídica e moral" numa área de investigação que inclui questões relativas ao desenvolvimento da consciência em face dos fatores sociais, educacionais, jurídicos e morais que, em nossos dias, influenciam a conduta de crianças e adolescentes.

¹ Defensores do positivismo jurídico: Hans Kelsen (188-1973), Alf Ross (1899-1979). H. L. A. Hart (1907-1994) e seguidores.

² Conceito usado por GOMES, Cândido Alberto da Costa. Coordenador da Cátedra UNESCO: Juventude e Educação – UCB – Universidade Católica de Brasília – DF na Conferência de Abertura do I Seminário de Violências, Educação e Saúde de Vale do Paraíba (I SEVILES) e I Seminário Internacional de Direito (I SEMIDI). Unisal, Lorena, 18 de novembro de 2010.

Para tanto, concebemos como premissa principal que a “consciência” é o elo comunicador da educação e dos valores: eis que, do mundo dos fatos, não ascendemos diretamente ao mundo dos valores, por tanto, a “consciência” é o eixo que comunica a *conduta, as normas e os valores*.

Com base nessa premissa privilegiamos a compreensão coerente do estatuto epistemológico da consciência social: jurídica e moral, procurando significar tais construtos, empenho que servirá de base para próximos estudos de ordem empírico (sociológico) e normativo.

Destarte, alguns problemas correlatos serão abordados em próximos trabalhos, a saber:

1- *semântico*, relativo à compreensão do sentido e da correlação possível entre os conceitos “educação”, “consciência”, “direito” e “moralidade”.

2- *lógico*, vinculado à caracterização das relações existentes entre as normas básicas das Nações Unidas e da UNESCO, as normas constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais instrumentos ou documentos que abordam o assunto estudado.

3- *valorativo*, permitindo realçar os valores que presidiram a elaboração das normas básicas das Nações Unidas e da UNESCO, em particular os direitos humanos e o direito à educação.

4- *gnosiológico*, enfatizando os direitos - e correspondentes deveres - da juventude e a formação de valores. Eis que uma das grandes preocupações da UNESCO é estudar o caráter formativo da educação, com base na inspiração em valores, como mostra o famoso relatório sobre a Educação para o Século XXI, de Delors e colaboradores.

5- *metodológico*, relativo à forma de avaliar e medir o nível de consciência das crianças e dos adolescentes e que nos permitem afirmar um modelo jurídico-educacional adequado para edificar a consciência conforme com o grau de verificação e aceitação das nossas teorias.

Todavia, os problemas acima expostos se vinculam a um grupo de importantes questões concernentes à *filosofia da consciência* e à relação Direito e Educação. Importa, assim, investigar: a) o nexo existente entre a “violência infanto-juvenil” (conjunto de atos potencialmente jurídicos, a saber, abusos, excesso e preconceito praticados por crianças e adolescentes) e o aumento da “criminalidade”, da “ilegalidade”

e da “corrupção” (conjunto de atos ilegais e imorais praticados por adultos); b) o grau de incidência do conhecimento (instrução jurídica) na edificação da consciência, pois o desconhecimento das razões do Direito e sua norma podem vir a ser um fator desorientador da sociedade.

Com a finalidade de delimitar o marco teórico da pesquisa foi necessário desenvolver um estudo bibliográfico prévio, que nos permitiu catalogar e registrar as obras filosóficas e jurídicas históricas e contemporâneas vinculadas ao tema para, em seguida coletar, fichar e selecionar o conteúdo e as informações mais relevantes vinculadas ao assunto estudado. O levantamento bibliográfico inicial revelou a inexistência de uma referência pertinente ao problema em estudo.

Neste sentido, nos vimos compelido a limitar a primeira etapa da pesquisa ao cumprimento dos seguintes, os *objetivos*:

a) significar a consciência social: jurídica e moral, a partir das principais concepções e argumentos propostos pelo pensamento jusfilosófico clássico e contemporâneo que, de alguma maneira, se referem à compreensão do significado desses construtos;

b) estudar o dualismo e a correlação existente entre a consciência e a realidade (convivência social);

c) caracterizar a anticonsciência visando, assim, estudar sua repercussão social;

d) propor uma classificação dos níveis de consciência, aspecto que nos orientará na posterior elaboração e aplicação de instrumentos de pesquisa (questionários para pesquisa empírica ou de campo).

Do ponto de vista metodológico, considerou-se oportuna uma pesquisa doutrinária inicial. Todavia, com o intuito de desvendar o nexo entre a consciência, conduta e ordem normativa serão de grande valia o uso do método histórico-sociológico (empírico-jurídico: pesquisa de campo) e a consequente aplicação de técnica de pesquisa (questionário e entrevistas) etc.

Neste primeiro ensaio, consideramos importante desenvolver uma leitura jusfilosófica acerca da significação da consciência social: jurídica e moral. Pretende-se, assim, destacar as possíveis conexões entre a “consciência social”, a “consciência jurídica” e a “consciência moral”, indicando que a “consciência” não é um termo exclusivo da Psicologia, da Sociologia, da Filosofia, ou da Política.

Decidimos, todavia, destacar o dualismo *consciência e realidade*, procurando, assim, considerar uma subclassificação da consciência social válida no processo de idealização de um futuro modelo jurídico-educacional que, como dito, servirá de base para a edificação da consciência nas crianças e nos adolescentes.

Estuda-se o dinamismo e a reciprocidade existentes entre os conteúdos teórico e factual, analisando, dessa forma o nexos existente entre os fenômenos jurídicos, a saber, aumento da criminalidade, da ilegalidade e da corrupção e as teorias que os explicam.

Com o propósito de destacar a repercussão da Anticonsciência: o crítico fenômeno do Vazio ("V") analisam-se as diversas formas de manifestação dentro do contexto sócio-jurídico, para, em seguida, priorizar os problemas que dizem respeito à investigação da conduta das crianças e dos adolescentes e demonstrar a correlação entre este fenômeno ("V") e a conduta dos adultos que, obviamente, repercute na ineficácia social das normas: jurídica e morais.

Em verdade, a evidente repercussão da anticonsciência, isto é, do *crítico fenômeno do Vazio* ("V") na "convivência social condicionada", em que a paz, a cooperação, a responsabilidade e a probidade se sabem em crise, é o que justifica a presente pesquisa.

Em suma, no presente estudo, que como já elucidado, forma parte do Programa de Pesquisas da Cátedra UNESCO, nos ocupamos de um problema jusfilosófico de grande repercussão social e que preocupa a todo educador, jurista e eticista. Vale destacar que o presente trabalho não tem como finalidade a defesa de uma ou outra corrente, modelo ou postura epistemológica (positivismo, idealismo, jusnaturalismo, empirismo, realismo etc.), porém, reunir, analisar e interpretar determinadas informações sobre o assunto em questão e, finalmente, discursar acerca da importância (e a necessidade) de um modelo jurídico-educacional que contribua para a edificação da consciência jurídica nas sociedades modernas.

1. Significação da consciência

A *filosofia da consciência* está relacionada a questões muito interessantes que se albergam nas diversas áreas do saber humano, especialmente, na Psicologia, na Sociologia e na Política. Os conceitos trabalhados nessas áreas, a saber, "mente", "identidade", "vontade" e "emoção" dependem, em última instância, de uma única

questão fundamental que aqui chamamos de “problema da correlação entre *realidade, consciência e conduta*”: o que é a “consciência”? e qual sua correlação com a “realidade” e com a “conduta”? Eis as questões que, a seguir, privilegiamos.

Para o senso comum ter consciência é ter conhecimento, noção, ideia sobre alguma coisa. Conhecimento imediato da sua própria atividade psíquica ou física. Diz-se, assim, do cuidado com que se executa um trabalho se cumpre um dever ou senso de responsabilidade, honradez, retidão, probidade: ex. *homem de consciência*.

Nas filosofias clássica e moderna, ainda, se considera a consciência como um atributo altamente desenvolvido na espécie humana. Autoconsciência. Faculdade de estabelecer julgamentos morais dos atos realizados: ex. *consciência reta*.

A primeira vista, parece acertado dizer-se que a “consciência” é um conceito complexo, ambíguo e de difícil significação. Trata-se de uma construção linguística ideal (não empírica, abstrata e não espacial) que existe unicamente quando a imaginamos, quando a pensamos ou definimos.

Em verdade, o conceito “consciência” é usado indistintamente nas diversas áreas do saber humano. Importa destacar que na Teologia, na Ética e na Psicologia podemos encontrar significações específicas do termo, sendo possível seu estudo por meio do uso do método, histórico-sociológico. Ora, nestas áreas do saber humano se trabalha com inúmeras definições que acabam por tornar o conceito em estudo, muitas vezes, vago; outras, ambíguo.³

Pois bem, o termo consciência não é unívoco, mas é usado com certa frequência nos discursos políticos, na literatura e nos estudos desenvolvido nas áreas que

³ A consciência, na área da Psicologia, é frequentemente definida como uma qualidade da mente que abranger qualificações tais como subjetividade, autoconsciência, sapiência, e a capacidade de perceber a relação entre si e um ambiente. O termo costuma-se classificar da seguinte maneira: a) consciência fenomenal (experiência); b) consciência de acesso (processamento das coisas que vivenciamos durante a experiência). Todavia, a consciência se define como uma qualidade psíquica, ou seja, qualidade que pertence à esfera da psique humana. Diz-se que ela é um atributo do espírito, da mente, ou do pensamento humano.

se ocupam com a conduta humana⁴.

Vê-se que, na literatura moderna, existem conceitos correlatos tais como, autoconsciência e autoconhecimento, reflexão etc. e afirma-se que a autoconsciência é o elemento fundamental da consciência, pois sem ela não há consciência nem reflexão sobre a consciência. Devido a sua especificidade e utilidade, tais definições não serão objeto da presente etapa da pesquisa.

Mas, para além da significação, certamente, as causas do atual estado de consciência ou a falta de consciência, nem sempre foi objeto de preocupação ou de estudo dos juristas e pesquisadores históricos e modernos.

4 Confira-se o uso (citação) do termo em: <http://pt.wikiquote.org/wiki/Consci%C3%Aancia>. Acesso em 15 de janeiro de 2011.

[1. **Consciência** como antecipação da opinião dos outros, Henry Taylor (teólogo), *The Statesman*, p. 63, publicado por Longman, 1836. 2. **Consciência** como um cúmplice, Benjamin Disraeli citado em "English men of letters", Volume 13. p. 148, John Morley, Editora Harper & Brothers, 1894. 3. **Consciência** da própria ignorância já é um passo para o saber", p. 78, Benjamin Disraeli – Baudry. 4. Tomar **consciência** para mudar a sociedade, Arnold Wesker. 5. **Consciência** bem-educada, Samuel Butler (1612-1680). 6. **Consciência** é um que tem um defeito frequente nos juizes: adormece facilmente". [Louis Legendre; Fonte: Chalita, Mansour. 7. Os mais belos pensamentos de todos os tempos. 4 Edição. Rio de Janeiro: Assoc. Cultural Internac. Gibran. pág. 86. 8. **Consciência** individual do agente, Olavo de Carvalho. 9. A **consciência** nos torna mais fortes, Henri Poincaré em "O Valor da Ciência" (1904). 10. "Quando as leis são injustas, não têm força no foro da **consciência**, Jaime Balmes; Fonte: "O Protestantismo". 11. "O heroísmo existe, existiu e existirá para sempre na **consciência** da humanidade", Thomas Carlyle. 12. A **consciência** de nação e de classe a uma **consciência** de espécie, Leonardo Boff. 13. "A verdadeira liberdade é auto consciente na medida que eu tenho auto **consciências** ao meu redor", Hegel. 14. "Quem quiser ouvir a voz sincera da **consciência** precisa saber fazer silêncio em torno de si e dentro de si", Arturo Graf. 15. "A cultura histórica tem o objetivo de manter viva a **consciência** que a sociedade humana tem do próprio passado, ou melhor, do seu presente, ou melhor, de si mesma", Benedetto Croce; Fonte: La Storia come Pensiero e come Azione. 16. "A sabedoria já existe em estado latente dentro de nossa **consciência**, Buda. 17. "Temos de ser cruéis. Temos de recuperar a **consciência** tranquila para sermos cruéis", Adolf Hitler. 18. "Na adversidade a maior consolação é a **consciência** das boas ações", Cícero. 19. "É uma questão de formar uma nova **consciência** do estado que inclua todo cidadão produtivo. Já que os políticos do momento não querem nem tem como criar uma tal situação, o socialismo só será conquistado com luta", Joseph Goebbels; Fonte: "Die verfluchten Hakenkreuzler. Etwas zum Nachdenken" (1932). 20. "O homem superior é impassível por natureza: pouco se lhe dá que o elogiem ou censurem, ele não ouve senão a voz da própria **consciência**, Napoleão Bonaparte. 21. "O homem é o único ser na natureza que tem **consciência** de que vai morrer. Mesmo sabendo que tudo irá acabar, façamos da vida uma luta digna de um ser eterno", Paulo Coelho. 22. "A **consciência** é o melhor livro de moral que temos; e é, certamente, o que mais devemos consultar", Blaise Pascal. 23. "Inteligência espiritual é ter **consciência** de que a vida é um grande pergunta em busca de uma grande resposta", Augusto Cury. 24. "O homem livre é senhor de sua vontade e somente escravo de sua **consciência**, Aristóteles. 25. "A mercadoria é o núcleo econômico do sistema capitalista e, enquanto ela existir, seus efeitos se farão sentir na organização da produção e, conseqüentemente, na **consciência**, Che Guevara. 26. "Há no fundo das almas um precipício inato de justiça e de virtude, com o qual nós julgávamos as nossas ações e as dos outros como boas ou más; e é a este princípio que dou o nome de **consciência**, Jean-Jacques Rousseau. 27. "**Consciência** é uma palavra usada pelos covardes para incutir medo aos fortes", William Shakespeare. 28. "(...) a **consciência** de que estamos todos sob o juízo de Deus, junto com certo patrimônio moral e a observação de algumas normas que demonstram que a fé, para viver, necessita expressões comuns, algo que perdemos em certa medida", Papa Bento XVI em entrevista ao jornal "La República" em 2004. 29. "Se houve holocausto do povo judeu há apenas 60 anos, hoje se trata de impedir o holocausto de dezenas de povos ameaçados de serem atacados e, inclusive, exterminados, já que, segundo se anuncia, todas as armas podem ser utilizadas para atacar, preventivamente e de surpresa, em qualquer obscuro rincão do planeta. O denominado mundo ocidental e cristão deveria tomar **consciência** dessa realidade, antes que seja demasiado tarde, como parece que está ocorrendo, diante do gigantesco holocausto provocado pela pobreza, pela fome, o subdesenvolvimento, a falta de educação e de saúde, a globalização neoliberal e a atual ordem econômica e social imposta à humanidade, que, a cada ano, matam a dezenas de milhões de pessoas, nos países do Terceiro Mundo", Fidel Castro. 30. Tenha uma boa **consciência**, para que, naquilo em que falam mal de vós, fiquem confundidos os que vituperam o vosso bom procedimento em Cristo, I Pedro 3:16].

Evidentemente o conceito “consciência” não é exclusivo do Direito, daí ser conveniente trabalharmos com uma definição operacional específica. Assim, aos efeitos do presente estudo, definimos a consciência como sendo um “Bem-interior”, um estado espiritual que domina e define sentimentos, emoções, convicções e atitudes, uma condição que decide a resoluções de dilemas morais.

Nesse sentido, a consciência é o elo que conecta o mundo do *ser* ao mundo do *dever ser* e sua edificação pressupõe um modelo jurídico-educacional que permita a “internalização” dos valores, isto é, do sentido das normas morais e jurídicas. Destarte, a consciência pode ser edificada e reorientada com o auxílio desses recursos.

Outra observação, não menos importante, é a de que a ciência (o conhecimento) auxilia na edificação da consciência. Nesse ponto julgamos conveniente observar que conhecimento influi, mas não determina a edificação da consciência: pessoas tituladas não são necessariamente conscientes moral e juridicamente falando. Criminosos e corruptos afirmam serem honestos.⁵

1.1. Dualismo entre consciência e realidade

Se existe, verdadeiramente, uma conexão entre a *consciência* e a *realidade*, também existe uma correlação entre a *consciência* e a *conduta*, tais são termos justapostos que estão dialeticamente relacionados.

Observamos que a “realidade” e a “consciência” existem numa relação dialética. Em conformidade com isso, a “consciência” e a “conduta” se integram numa relação causal: causalismos moral e jurídico. Pessoas não nascem éticas nem juridicamente preparadas para interagir no mundo, mas, com frequência, exigimos delas uma conduta moral pautada por normas socialmente convencionadas.

Na visão de Alf Ross (2000) é improvável que o ser humano tenha uma consciência inata de quais são os objetos adequados à satisfação de uma determinada necessidade. A premência é originariamente cega, um esforço desprovido de meta. Um bebê está intranquilo e chora porque necessita de alguma coisa: alimento, fraldas limpas, ser aquecido ou refrescado, entretanto, seus impulsos não têm uma direção particular e não há razão para supor que um bebê tenha alguma ideia do que necessita (e do que é bom ou correto). Graças à ajuda de outros seres humanos, suas diversas necessidades são satisfeitas e à medida que sua consciência do que o cerca

5 A Ética Pública: a moralidade administrativa, a Ética Profissional, a Ética Empresarial, a Ética Médica etc. colocam em debate que a imoralidade e corrupção são próprias de homens titulados: empresários, políticos, juizes, médicos, promotores, professores etc.

umenta gradualmente, melhora sua capacidade para reconhecer os diversos fatores que em situações distintas lhe foram fornecidos. Assim, as experiências do indivíduo a respeito do que é que satisfaz suas necessidades fazem com que seu anseio não seja mais cego e transformam sua ação impulsiva, sem direção, num esforço orientado por um propósito, que busca um fim específico.

Por esse motivo, não nos parece correto qualificar a conduta de um incapaz de imoral e ilegal, mas se de uma inconsciência propensa à imoralidade e à ilegalidade. A criança que picha um prédio é mais propensa à ilegalidade, a criança que pratica atos de violência e mais propensa à criminalidade. Logo, a consciência (Bem-interior) se edifica na realidade e na convivência social, na medida em que sejamos capazes de inibir tal propensão no cerne da convivência social.

É na convivência, isto é, na convivência familiar, escola, na igreja etc. que o ser humano se desenvolve. Crianças e adolescentes absorvem as regras (de comportamento: morais, jurídicas, de jogo, de etiqueta etc.) nessa convivência social condicionada por normas e conceitos ético-jurídicos.

Em verdade, os conceitos mudam com o tempo, porém, o que não muda é a condição do ser humano. Eis que todo homem é um ser social e, portanto, sente a necessidade de viver em "sociedade" (convivência social) (WILLIAMS, 2005, p. 33). A convivência social, portanto, pressupõe a existência de regras. Devemos, pois, considerar que "no pode haver sociedade sem regras morais" (WILLIAMS, 2005, p. 6). Logo, a ética (e também o Direito) se faz presente e necessária em toda e qualquer sociedade, pois ela tem como objeto a convivência humana (convivência social).

O homem vive em sociedade, em convivência e em constante relação de troca, fato que torna necessário a institucionalização de um conjunto de normas aptas a atingir os fins individuais e sociais. Daí ser necessária uma ordem para essa chamada convivência humana.

A convivência humana impõe aos homens limites (legais e morais) procurando-se, assim, atingir um dado estado (ambiente) de harmonia e de paz. É assim que a ética e o Direito se mostram como instrumentos necessários para tal harmonia (convivência social): não roubar, não matar e não furtar são alguns dos imperativos morais e legais que objetivam garantir a convivência ou harmonia social. Mentir, enganar e confundir a fim de obter benefícios do próximo, por exemplo, é agir com desrespeito à convivência social.

Em verdade, a Ética e o Direito orientam o caminho para estabelecer e garantir as condições para a sobrevivência da sociedade (ARRUDA, 2003, p. 22). Assim sendo, acreditamos que o castigo ou a repressão não são os únicos recursos propostos. Eis o que justifica a necessidade de agir, observado determinados valores, princípios e normas éticas e de extrair o Direito e da Ética o conhecimento que orienta a conduta.

Vemos, então, a “convivência social” como uma condição, isto é, como uma lei que nos informa que o ser humano, como ser social nasce, cresce e vive em sociedade e, portanto, deve agir observando valores, princípios e normas sociais. Toda ação e omissão humana devem ser conforme a essa lei.

Com efeito, o ser humano age conforme um “jogo de interesses e necessidades”. É, com base nesse jogo, que o homem pensa, se projeta, prescreve e assume atitudes perante determinados problemas, dando maior valor ao que considera ser momentaneamente um benefício. Eis uma outra leitura por meio da qual nos referimos ao *ser* e ao *estar*, indicando-se o que é e o que *deve ser*. Trata-se de uma orientação diferente das já vistas nas concepções (WILLIAMS, 2005) subjetivista⁶, relativista⁷, e utilitarista⁸ e para a qual indicamos a necessidade de um agir observado o “justo equilíbrio moral”, princípio que merece um espaço no mapa ético-intelectual.

Se por um lado, a consciência se edifica na realidade (convivência); por outro, os eventos vivenciados nessa realidade se traduzem em experiências capazes de provocar sensações que incidem na conduta, traduzindo a nossa vontade em atitudes (ação). Importa saber que, nesse processo, a consciência age como um catalisador da ação. Assim, conforme a riqueza ou a pobreza do nosso Bem-interior (consciência), agimos convencidos de que a nossa atitude é normal e correta.

6 Corrente que considera as perspectivas morais como meramente subjetivas: a) o juízo moral de um homem apenas expõe ou expressa suas próprias posturas; b) os juízos morais não podem ser provados, constatados, demonstrados como verdadeiros da mesma forma como o podem as afirmações científicas; eles são uma questão de opinião pessoal; c) não existem fatos morais; o que existe são só os fatos que podem ser descobertos pela ciência ou pela observação, e os valores que os homens atribuem a esses fatos. A interpretação subjetivista só aparece quando se diz que um juízo moral expressa o ponto de vista de quem o emite. O subjetivismo reforça a ideia de que uma posição enunciada num juízo moral não pode estar certa nem errada, ao passo que as crenças expressas em juízos factuais podem ser verdadeiras ou falsas.

7 “Certo” significa que só pode ser coerentemente compreendido como certo para uma dada sociedade. Certo, para uma dada sociedade deve ser entendido num sentido funcionalista e, por tanto, é errado que as pessoas de uma sociedade interfiram, condenem etc. os valores de outra sociedade. A principal confusão do relativismo é a de tentar concluir, partindo do fato de que as sociedades têm diferentes posturas e valores, um princípio não relativo *a priori* – princípio que determinaria a postura de uma sociedade diante dos demais; e isso é impossível. A moral tem características inerentes que tornam difícil considerar que um sistema de moralidade possa se restringir somente a um grupo. O elemento de universalidade que está presente em qualquer moralidade progressivamente começa a se ampliar sobre o ser humano como tal.

8 Concepção que sustenta que só existe um princípio moral: o de buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas; além disso, sustenta que “felicidade” significa prazer e privação da dor; e também que esse único princípio moral – pois ele é de fato o único - deve ser aplicado individualmente a cada situação – utilitarismo dos atos.

De qualquer maneira, existe um problema teórico que consiste em determinar como podemos avaliar e medir a conexão entre a consciência e a ação (conduta). Vimos que "consciência" não é um conceito concreto que pode ser tocado, pesado ou medido fisicamente. A consciência não é vista, não existe no plano empírico, daí somente pelas atitudes reiteradas podemos considerar seu nível (a partir do confronto consciência *versus* anticonsciência).

Nesse sentido, a avaliação proposta no presente estudo é de tipo comportamental, isto é, se faz com base na observação das atitudes e decisões tomadas durante a resolução de dilemas morais, ou seja, dos conflitos internos que envolvem decisões corriqueiras. Trata-se de medir o que é feito diante uma determinada situação e de avaliar se tal atitude é repetitiva (consuetudinária: costumeira ou habitual). Assim, por exemplo, fumar ou não fumar, agredir ou não agredir, usar drogas ou não usar, brigar ou não brigar são, entre outros, conflitos internos, cuja solução fica no plano da consciência. Pessoas devem e podem estar preparadas para fazer uma "avaliação razoável" de seus atos conforme as regras morais e jurídicas vigentes.

Dizemos então que a única alternativa possível para edificar a consciência é por meio da avaliação dos atos (conduta). É consciente quem pratica atos conscientes, nos tornamos éticos praticando atos éticos.

Nesse sentido, importa, então, uma metodologia (um modelo) que nos permita edificar a consciência em face da convivência e não para a predição ou controle, como pretende a Psicologia, porem para a orientação do comportamento.

1.2. Dualismo entre consciência e atitude

Pessoas "conscientes" dos seus interesses e necessidades (anseio, esforço, satisfação) demonstram uma atitude com relação a esse objeto. Contudo, é comum distinguir entre necessidades *corporais* e *espirituais*. Ao primeiro grupo, pertencem, por exemplo, a necessidade de respirar, de abrigo, de água e de alimentos, de excreção, de higiene, de atividade sexual e de descanso. O segundo grupo inclui a necessidade de estímulo ou distração, de expressão, de produção, de companhia, de amor ou cuidado, de segurança, a necessidade de possuir e de juntar, de ajudar; também a necessidade de destruição, de autoafirmação, de autorrespeito, de justificação, de conhecimento de harmonia etc. Os interesses não são necessariamente egoístas (interesses próprios). O interesse baseado na necessidade de ajudar é dirigido à satisfação de necessidades alheias. Nasce de um impulso de ajudar outros que estão necessitados e se funda em sentimentos de simpatia em relação a eles (ROSS, 2000,

p. 410-411).

Conforme ensina Alf Ross (2000), os interesses são experimentados por pessoas, não conhecemos outros centros de experiência e, neste sentido, são individuais. Falar de interesses coletivos ou comunitários, no sentido de que é o grupo ou a comunidade que experimenta ou tem o interesse, carece de sentido. Devemos procurar outra maneira de atribuir a essas palavras um significado aceitável.

A nosso ver, tal afirmação não é totalmente aceitável, pois, em verdade, devemos considerar que podem existir, concomitantemente, interesses (e necessidades) individuais e, também, coletivos. Imaginemos três indivíduos, A, B e C morando no mesmo condomínio habitacional. Todos eles querem paz e segurança. Os três têm o mesmo interesse e a mesma necessidade em proteger seus bens e famílias. Assim, pode-se afirmar que seus interesses coincidem. Suponhamos, além disso, que a segurança do condomínio requer o pagamento de uma quantia anual como forma de cooperação (contribuição). Cada um deles, portanto, tem a obrigação solidária em cooperar, caso contrário a empresa especializada em segurança não prestará o serviço. Logo, podemos afirmar que seus interesses estão conectados a uma obrigação comum. Finalmente, podemos dizer que cada um sente a necessidade de cooperar para atingir um objetivo comum. É nesse sentido que falamos em consciência grupal, e por extensão, em consciência social: jurídica e moral, quando, por exemplo, temos o interesse e sentimos a necessidade de pagar os impostos, de respeitar a propriedade alheia, de não agredir a natureza, de bem administrar a coisa pública etc.

Fica claro que a coincidência de interesses depende também de circunstância *internas* e *externas*. Nesse caso, percebe-se uma situação factual necessária (circunstância externa) que origina um sentimento de solidariedade (circunstância interna), que move os indivíduos na mesma direção, orientação necessária para a satisfação de interesses comuns. Para tanto, é preciso que os sujeitos tomem ciência de tais interesses e necessidades, isso depende de um conhecimento racional do estado factual de solidariedade. (ROSS, 2000, p. 412).

É óbvio que o sentimento de solidariedade origina atitudes individuais que satisfazem um objetivo comum, logrado a partir da conscientização acerca, por exemplo, da importância da paz, do desenvolvimento sócioeconômico, da responsabilidade sócioambiental, para todo ser humano.

Que os interesses individuais e coincidentes sejam experimentados também como interesses comuns, depende de algo subjetivo (consciência), a saber, que cada

uma das partes se identifique de tal maneira com as outras ou com o todo, que nasça em cada uma delas uma “consciência de grupo”. Isso significa que cada uma sente como se não estivesse agindo em seu próprio nome e em seu próprio interesse, mas como um órgão de um todo, de uma comunidade (ROSS, 2000).

Deve-se observar que nem todos os interesses de um indivíduo estão ligados aos interesses dos outros. Tampouco se pode dizer, em geral, que alguns interesses estão isolados e outros ligados. Em lugar disso, cada interesse tem um aspecto que está individualmente isolado e outro que está socialmente ligado. Se, por exemplo, pensamos no interesse de um indivíduo na posse de objetos materiais, este se choca com os interesses conflitantes de outras pessoas. Esses proveitos são coincidentes e ligados em um só aspecto: todos estão interessados que haja um ordenamento geral da propriedade que garanta a cada um segurança em certa posse limitada. Eis aí um interesse social, termo pelo qual designamos os benefícios geralmente coincidentes e ligados, dentro de um grupo, no qual haja certa ordem social (ROSS, 2000).

2. Consciência social: jurídica e moral

Vimos que a convivência humana (convivência social condicionada) alberga, concomitantemente, interesses (e necessidades) individuais e coletivos. Assim, afirmamos que, somente por meio de uma consciência coletiva (grupal, social) seremos capazes de atingir objetivos comuns: vida, segurança, paz, ordem econômica, desenvolvimento etc.

Uma dada compreensão sociológica apresenta a consciência coletiva como conjunto de representações, de sentimentos ou de tendências não explicáveis pela psicologia do indivíduo, mas pelo fato do agrupamento dos indivíduos em sociedade. Daí que um ser humano consciente procure separar o que é bom do que é útil.

Neste ponto julgamos conveniente destacar os ensinamentos de Aristóteles (1992), conforme o citado autor, as ações boas e justas parecem muito variadas e vagas, a ponto de se poder considerar a sua existência apenas convencional, e não natural (bem comum – bem universal). Sob este prisma, a felicidade também pode ser muito difundida: infundir certo caráter nos cidadãos e torná-los bons e capazes de praticar boas ações (responsabilidade - consciência social). O homem é um animal social e a felicidade de cada criatura humana pressupõe também a de outros: família, amigos e concidadãos, logo, a maneira de assegurar a felicidade das criaturas humanas é proporcionar um bom governo à sua cidade; há que determinar, então, qual é a

melhor forma de governo e ações que nos tornem justos e moderados.

Segundo o ponto de vista aristotélico, podemos inferir que a consciência, da qual aqui nos ocupamos, também pode ser difundida: edificando certo caráter nos cidadãos torná-los bons e capazes de praticar boas ações e objetivando o bem-estar das famílias, dos amigos, dos concidadãos etc. Deve-se ver aqui a consciência social como condição do bem-estar social.

A consciência nos habilita para distinguir o bem do mal, e dela resulta o sentimento do dever, da responsabilidade, da interdição de se praticarem determinados atos, e a aprovação ou o remorso por havê-los praticado.

O fator decisivo na resolução de um dilema ético concreto poderá ser o grau de virtude da consciência individual e social do agente. A verdade é que a consciência social expressa uma *capacidade* interior do ser humano, isto é, uma “capacidade de ação livre e autônoma do indivíduo. Significa, acima de tudo, capacidade de resistência que o indivíduo tem em face das externas pressões advindas do meio (inclusive pressões morais ilegítimas)” (BITTAR, 2009, p. 33).

Assim, pensamos que a moral: valores, normas, virtudes podem ser internalizada por meio de um processo de formação da consciência em crianças e adolescentes. Todavia, por meio de um processo de ensino integrado, elas podem ser difundidas na sociedade.

2.1. Consciência jurídica

Já significamos, no *item 1*, a consciência como um “Bem-interior”, isto é, um estado espiritual que domina e define sentimentos, emoções, convicções e atitudes, uma condição decisiva na tomada de decisões e resoluções de dilemas morais. Resta-nos ainda tratar a consciência em seus dois possíveis sentidos, a saber, *jurídico* e *moral*.

Consideramos o sentido jurídico da consciência (consciência jurídica), como sendo aquela subface do “Bem-interior” que age como catalisador da conduta, e que nos orienta na aprovação ou reprovação de um ato ou situação social, ao ter como referente uma norma jurídica.

Dissemos, então, que o sentido jurídico da consciência muitas vezes coincide, mas em outras difere do sentido moral. Essa distinção se funda na ideia de que a consciência jurídica se forma e edifica a partir de uma ordem jurídica preestabelecida, isto é, com base num conjunto de normas válidas e vigentes numa determinada

sociedade. Falamos de uma ordem normativa que se sabe coercitiva e que inclui deveres e sanções evidentes expressas em forma de normas primárias e secundárias.

Neste sentido, o destinatário da norma age observando o que juridicamente se torna obrigatório, evitando, assim, uma sanção definida pelo legislador. Assim, por exemplo, a violência é juridicamente punida, pois assim está tipificado na norma. Logo, praticar ou não praticar um ato violento é um dilema de consciência que juridicamente se resolve por meio do conhecimento e internacionalização das razões de uma norma escrita (direito positivado).

Ora, se os criminosos devem ser punidos em relação a sua culpa, ou o aborto deve ser permitido, se as mulheres devem ter o mesmo *status* jurídico dos homens, ou os trabalhadores devem ter direito de se reunirem em sindicatos, se o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio e sob que condições etc. (e aqui nos permitimos acrescentar: se deve ser legalizado o consumo de drogas, se a prostituição deve ser permitida e amparada legalmente, se deve ser autorizado o casamento entre casais do mesmo sexo etc.) tais são questões que envolvem um problema de consciência jurídica e, na maioria dos casos, moral. Em certa medida, afirma Ross (2000), a consciência jurídica é determinada pelo próprio ordenamento jurídico existente e, por sua vez, exerce influência sobre este último.

Há, contudo, uma correlação entre Direito e consciência. Em verdade, o Direito, como área do saber, é um produto humano e sistemático que emana da consciência social e para ela se volta. Como resultado dessa dialeticidade, as relações jurídicas expressam um nível de desenvolvimento superior em cada período histórico.

É possível, com efeito, afirmar que as normas jurídicas têm sentido de vigência e de eficácia social quando são aceitas pela consciência jurídica popular. O Direito é aplicado porque é vigente (ou eficaz). Assim, a consciência jurídica é vista como um conceito pertencente à psicologia individual, ficando o direito reduzido ao âmbito individual das opiniões subjetivas, emparelhado com o plano moral, bloqueando, por esse modo, o entendimento do direito como uma ordem nacional enquanto fenômeno intersubjetivo (ROSS, 2000, p. 13).

É por meio da consciência jurídica que o cidadão se submete a uma dada ordem jurídica legítima. Logo, a consciência jurídica é uma denominação própria do Direito e para o Direito. Não haverá Direito eficaz sem consciência (respeito e obediência).

Poder-se-ia, com efeito, afirmar que a consciência jurídica orienta o respeito, involuntário e desinteressado, ao conjunto de regras externas conhecidas. Diz-se de um sentimento que define o agir distinguido o bem do mal, sentimento do dever perante um poder que se sabe legítimo e prescrito pela moral de direito. E tal é a finalidade do Direito, buscar uma consciência comum que permita o reconhecimento, o amor e o respeito entre as pessoas (HABERMAS, 2001).

Em verdade, tanto a Ética como o Direito se empenham em orientar a conduta humana visando à probidade cidadã, a partir da difusão de determinados valores. Assim, é mister a afirmação dos direitos inalienáveis do homem e a negação das condutas contrárias à convivência social. Eis uma objeção de consciência que se pode opor a qualquer tipo de imposição que obrigue a agir de forma contrária às próprias convicções. Sendo que a objeção de consciência forma parte do conteúdo do direito fundamental à liberdade reconhecida e aplicável, especialmente, em matéria de direitos fundamentais (GONZÁLEZ, 1995). Vejam-se, assim, como a partir do Preâmbulo e em diversos dispositivos constitucionais (1º, 2º, 4º, 5º etc.) tais valores morais se fazem presentes na norma jurídica, obviamente, por ser a conduta humana o objeto comum de ambas as ciências: Ética e Direito, a saber, "liberdade", "segurança", "bem-estar", "desenvolvimento", "igualdade", "justiça", "fraternidade", "pluralismo", "harmonia social", "ordem", "paz", "dignidade" etc.

Em síntese: a obediência (ou consciência jurídica) não se edifica recrudescendo o caráter coercitivo das normas, porém, com a introdução de novas formas de internalizar valores, por meio de modelos jurídicos e educacionais. A edificação da consciência jurídica é consequência da internalização de valores de forma a que, perante um dilema ético, o cidadão observe e respeite a norma por força da sua probidade.

2.2. Consciência moral

O termo consciência, em seu sentido moral, encerra a capacidade para desenvolver um julgamento distinguindo o certo do errado. Assim, a consciência moral se traduz num sentimento de honestidade que orienta o respeito de uma moral predominante.

Um juízo moral, em princípio, envolve valores e normas morais. Diferentemente da consciência jurídica, a consciência moral implica uma sanção interna, expressa em sentimentos de remorso, valores morais são violados.

Em consonância com isso, Alf Ross (2000) afirma que as atitudes morais têm origem social, são inculcadas na pessoa pela persuasão sugestiva de seu meio. A peculiaridade da persuasão que cria a moralidade é que acontece nos primeiros anos da vida. Desde a infância, a criança cresce num meio social, representado, primeiro pelos pais, irmãos e irmãs, mas tarde pelos colegas da escola e os professores. Nesse, a criança é constantemente submetida a um bombardeio de persuasões constante com a tradição cultural comum do grupo social, com a herança social. As persuasões consistem primeiramente em exortações verbais: "Não minta!", "Mantenha a palavra!", "Não jure!", "Não seja egoísta!", "É covardia bater em alguém menor que você!". Essas exortações são logo apoiadas por outros meios de persuasão que expressam aprovação e reprovação: elogio, censura, castigo, isolamento do grupo, privação de afeto e simpatia etc. Desta maneira, a criança cresce no interior de uma ampla rede de regras convencionais que abrangem os aspectos mais variados da vida: regras da linguagem, de jogo, de intercâmbio social, de urbanidade e de moralidade em sentido estrito. Essas regras são sentidas como morais, isto é, obrigatórias na medida em que são suscetíveis de se chocar com o prazer e as inclinações pessoais.

Conforme o citado autor, por exemplo, as regras da gramática são experimentadas como puramente convencionais, enquanto o imperativo de não jurar adquire um tom moral. As exigências de higiene e de urbanidade são experimentadas originalmente pela criança como exigências morais, mas pouco a pouco a conduta correspondente é inculcada até atingir um grau tal de automatismo que já não se deseja agir de maneira distinta. As regras perdem assim seu caráter moral. Com o tempo, continua o nosso autor, o fator de sugestão (admoestação dos pais) pode desaparecer. A atitude moral será, então, acoplada diretamente à situação e à regra moral correspondente. O adulto, ou o adolescente não lembra como os impulsos morais foram nele implantados. Apesar disso, vive estes impulsos plena e espontaneamente como uma força que reprime suas inclinações. Essa circunstância explica as razões da moral. Enquanto parece bastante natural satisfazer nossas necessidades, há algo estranho no fato de que cumprimos nosso dever inclusive contra nossos interesses. Não parece que o dever possa ser atribuído à nossa natureza, figura-se óbvio, conseqüentemente, interpretar o impulso moral como expressão de uma específica validade sobrenatural que tem sua fonte em Deus ou na natureza racional, supra-sensível, do ser humano, que nos fala por meio de nossa consciência (ROSS, 2000).

3. Anticonsciência: o crítico fenômeno do Vazio ("V")

A anticonsciência ou crítico fenômeno do Vazio "V" atinge uma dimensão social quando a conduta do agente fere os interesses grupais ou sociais, contrariando a Moral e o Direito. A crença de que determinada conduta é correta, por ser vantajosa para o agente, sem se importar com o dano ou a dor de outrem é própria da anticonsciência.

Assim, estar num estado de tipo "V" significa estar propenso a cometer atos antissociais: ilícitos e imorais.

O estado de tipo "V" é o estado em que governam (dominam) os interesses que, conforme ensina Alf Ross (2000), em sentido amplo, abrange todo estado de consciência que encerra uma atitude. Neste sentido, o ser humano está orientado por ganhos individuais, isto é, se interessa em tudo aquilo a respeito do que experimenta e que define uma atitude que, mesmo positiva para ele, pode ser negativa para os outros. Com a palavra interesse se designa então uma classe particular de atitude conhecida em psicologia como atitudes fundadas em necessidades (ROSS, 2000).

O ato ou a conduta qualificada de imoral ou de ilegal é vista como normal por parte de um sujeito nesse estado "V". Assim, por exemplo, o relacionamento extra-conjugal pode ser considerado normal, é comum ou virou moda, prejudicar um cliente para atingir lucro é próprio de uma situação econômica e, por tanto, aceitável. Não colar, não mentir etc. é coisa do passado.

Trata-se, pois, de um vazio moral onde as normas não existem, ou não são reconhecidas como necessárias. Tal desorientação inibe o reconhecimento do que é contrário à moral e ao Direito está certo, ou que é conforme está errado.

O vazio obscurece o raciocínio. É impossível distinguir o certo do errado. Imaginemos um indivíduo que, por mero estado de necessidade, quebrou o vidro da porta de um veículo para tentar salvar uma criança. Podemos imaginar o mesmo indivíduo quebrando o mesmo vidro para roubar uma bolsa, ato do qual ele lamenta e se arrepende constantemente ou; todavia, imaginemos o mesmo sujeito frequentemente violentando carros, roubando bolsas e amedrontando às pessoas. Eis o "V" governando a pessoa.

Agentes (crianças, adolescentes e adultos) muitas vezes erram e, ainda, não reconhecem que a sua conduta está errada. Agentes, com frequência, se mostram dispostas a errar e convictas de que sua conduta não tem a menor importância no

plano social. Agentes estão dispostas a agredir, a roubar, a usar drogas etc. a menos que algo não o impedisse a fazê-lo. Nesses casos estaremos avaliando problemas de anticonsciência, isto é, de crítico fenômeno do vazio ("V").

Ora, nem todos esses casos têm o mesmo significado para as pessoas. Conforme o nível do vazio, as pessoas agem procurando atingir um interesse ou satisfazer uma necessidade, geralmente individual e não coletiva. Assim, procuramos entender as razões das diversas interpretações e responder ao problema da diversidade de atitudes, consideramos interessante trabalharmos com base na seguinte tabela representativa dos níveis de anticonsciência. Vejamos.

NÍVEL	TIPOLOGIA	CARACTERÍSTICAS
Primeiro Nível	Primitivo	Desorientação pelo "desconhecimento" : desobediência inconsciente
Segundo Nível	Intermediário	Desorientação pela "crença" : desobediência semi- inconsciente
Terceiro Nível	Avançado	Desorientação pela "convicção" : desobediência consciente

No primeiro nível se destaca a desorientação pela ausência de informação suficiente ("desconhecimento") das normas, suas razões e conseqüências sociais. Crianças, adolescentes e adultos que muitas vezes agem sem medir as conseqüências dos seus atos, geralmente por desconhecer a razão ou importância de uma conduta contrária à moral e ao direito (desconhecimento). Exemplos: a) uma criança de 5 anos pegou a arma do pai para brincar com o amigo; b) adolescentes e adultos desconhecem as prescrições legais e, assim, infringem a norma.

No segundo nível, uma vaga "crença" acerca da aceitação social de uma ação leva ao agente ao erro. Neste nível "é evidente a conexão entre uma crença ou um desejo e o comportamento que usualmente os acompanha" (LYCAN, 2002, p. 169). Assim, por exemplo, a crença na liberdade garantida pela sociedade, pelas leis do Estado leva ao adolescente e ao adulto a praticar atos que excedem os limites das normas morais e jurídicas. Daí, os seguintes dilemas: liberdade *versus* abuso da liberdade (libertinagem nos jovens). Surgem, assim, as seguintes questões:

- 1- Até que ponto o jovem tem direito a viajar sem o consentimento dos pais.

2- Até que ponto um adolescente pode exigir do pai sua privacidade para assistir filmes ou mergulhar na Internet.

3- Até que ponto um médico pode privar da vida a um paciente com doença em estado terminal (eutanásia).

No terceiro nível predomina a “convicção” de que a ação é vantajosa para uma pessoa ou grupo, em detrimento dos demais. Surgem, assim, as seguintes questões:

1- Até que ponto um advogado pode peticionar contra seu cliente.

2- Até que ponto um empresário pode negar os direitos a seus trabalhadores objetivando o lucro.

3- Até que ponto um político pode usar dos recursos públicos para satisfazer interesses pessoais.

Crença e convicção são dois construtos diferentes. Podemos crer que as atitudes de um grupo são divertidas e, portanto, correta por causa da idade. Assim, por exemplo, a prática do bullying, o ato de pichar um prédio ou botar fogo num morador de rua pode parecer divertido. Já a convicção vai além da crença: um criminoso pode afirmar que matar alguém é um ato de vingança natural e necessário, um advogado pode concluir que sua profissão justifica a inverdade ou alguém pode vir achar normal o ato doloso que visa o prazer e a felicidade etc.

A objeção de consciência não é, portanto, como às vezes tem-se definido, “a negativa à prestação de serviço militar por motivos de consciência o em razão a uma convicção profunda de ordem religiosa, ético, moral, humanitário, filosófico ou outro de igual natureza. É a negativa a realizar qualquer prestação ou atividade, contra as próprias crenças”.⁹

Imaginemos a seguinte situação: **Pedro, atualmente com 11 anos de idade, está com um grupo de amigos. Um dos amigos, Roberto, de 19 anos decide pichar uma parede. Aquele, para não ser excluído do grupo, também participa.** Pedro é um ser autônomo? Este aqui enfrenta um dilema que pode ser resolvido pelo apelo à consciência.

Aqui, evidentemente, a atitude de Pedro enfrenta uma proibição moral, talvez conhecida, por um lado, mas, por outro, predomina o interesses de não ser excluído

⁹ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. op. cit., p. 38.

do grupo. A atitude interessada frente a uma ordem social, ensina Ross (2000)¹⁰, é uma atitude derivada e condicionada pela crença de que a regra ou ordem pode satisfazer certas necessidades. O ponto de vista fundado no interesse está, pois, condicionado por certas crenças e, em tal medida, pode ser justificado por argumentação racional. A atitude moral (senso moral), ao contrário, é uma atitude direta e absoluta frente a uma norma de ação ou ordem social. É irracional o sentido de que expressa uma emoção e é inacessível à justificação e à argumentação. A força motivadora desses tipos de atitude varia de uma pessoa para outra segundo certas crenças condicionantes sobre a natureza e a origem do senso moral. Dessa forma, o autor distinguir dois tipos principais: a atitude moral dogmática e a atitude moral cética.

A interpretação semântica das crenças é vagamente determinada por diversos fatores contextuais. Algumas interpretações são corretas, enquanto outras são pura e simplesmente erradas, e esse é o fato de o sujeito acreditar em uma coisa e não em outra. Algumas características causal-históricas e ou teleológica complexa do ambiente do sujeito torna objetivamente verdadeiro que o sujeito creia em tal e qual coisa e não em tal ou qual outra, seja ou não essa característica interessante ou cientificamente bem-comportada (LYCAN, 2002).

De qualquer forma, os três indicadores: *desconhecimento*, *crença* e *convicção* incidem sobre o papel comportamental do sujeito. Assim, estar num estado "V" implica estar prestos á imoralidade e á ilegalidade por qualquer desses fatores.

Agentes: crianças, adolescentes, empresários, políticos, profissionais liberais etc. na atual sociedade de consumo, desfrutam de uma liberdade da vontade sem se preocupar com a sua responsabilidade moral. Logo, são marcantes as consequências morais e jurídicas do estado "V" numa sociedade que se sabe em crises.

Daí, a eficácia social das normas depende de sua obediência (acatamento). A desobediência, quer inconsciente, semi-inconsciente ou consciente torna inútil o Direito e a Ética.

¹⁰ "Uma atitude moral dogmática é caracterizada por um sentimento de reverência diante da **voz que vem de nossos corações**. Ninguém exprimiu com maior beleza do que Kant o sentimento de profundo temor ante a majestade sublime da lei moral no interior (consciência). A atitude moral cética, em contrapartida, desconfia das atitudes emocionais que confrontam diretamente certas normas de ação e exige que estejam justificadas pelo interesse. Essa atitude se baseia na crença de que o senso moral é um fenômeno empírico e psíquico como os demais. Para Ross **as atitudes morais têm originariamente suas raízes em necessidades sociais**. Entretanto, estas se respaldam, em parte, em concepções mágicas, religiosas e outras concepções falhas, acerca da realidade física e social; e, em parte, em condições que imperam na comunidade, que **podem ter se alterado posteriormente**, de modo que **a moralidade herdada já não serve mais aos interesses que a originara**. Por estas razões, o senso moral não pode ter pretensão a um respeito cego. No melhor dos casos, pode ser considerado como uma indicação *prima facie* de que certa conduta serve a determinados interesses sociais." (ROSS, 2000, p. 419). Grifo nosso.

A violência nas escolas, o aumento da criminalidade, da corrupção da informalidade etc. são consequências do "V". Crianças que hoje são violentas e desobedientes tornar-se-ão criminosas e corruptas. Lembremos que as crianças de hoje serão os profissionais, obreiros, políticos, médicos, professores, advogados, promotores e juizes do amanhã.

Concluimos, logo, que o "V" tem um caráter fenomênico e passível de investigação empírica. Nesse sentido, importa um método ou modelo para sua avaliação e previsão que é, certamente, o empenho da nossa pesquisa.

Conclusão

A "consciência" é um conceito abstrato e de difícil compreensão que se sabe não empírico e não espacial, mas que podemos avaliar e medir tendo como referência as atitudes expressas em fenômeno estável e permanente.

O melhor indicador para avaliar o nível de consciência de um sujeito é, de fato, o comportamento reiterado, isto é, a conduta antissocial repetitiva.

A consciência se traduz em um "Bem-interior", que domina e define sentimentos, emoções, convicções e atitudes, uma condição decisiva na resolução de dilemas morais.

A consciência é o elo que comunica o mundo do *ser* ao mundo do *dever ser* e sua edificação pressupõe o conhecimento e a "internalização" dos valores e das normas morais e jurídicas.

Existe uma correlação dialética entre a *consciência* e a *realidade* e uma dada conexão causal entre a "consciência" e a "conduta".

A consciência não é inata, ela se edifica no seio da convivência social, conforme os anseios, os interesses e as necessidades.

A consciência pode ser avaliada conforme seus níveis. Trata-se de uma avaliação de tipo comportamental, que se realiza com base na observação das atitudes e decisões tomadas perante os dilemas morais.

A convivência humana (convivência social condicionada) alberga, concomitantemente, interesses (e necessidades) individuais e coletivos. Somente por meio de uma consciência coletiva (grupal, social) seremos capazes de atingir objetivos comuns: vida, segurança, paz, ordem econômica, desenvolvimento etc.

A consciência também pode ser difundida: edificando certo caráter nos cidadãos torná-los bons e capazes de praticar boas ações e objetivando o bem-estar das famílias, dos amigos, dos concidadãos etc. Deve-se ver aqui a consciência social como condição do bem-estar social.

A consciência social expressa uma *capacidade* interior do ser humano, isto é, uma "capacidade" de ação livre e autônoma do indivíduo. Significa, acima de tudo, capacidade de resistência que o ser tem em face das externas pressões advindas do meio (inclusive pressões morais ilegítimas).

A consciência jurídica é uma subface do "Bem-interior" que age como catalisador da conduta, que orienta a aprovação ou reprovação de um ato ou situação social, com base a uma norma jurídica (direito positivado).

A consciência moral encerra a capacidade para desenvolver um julgamento distinguindo o certo do errado. Assim, a consciência moral se traduz num sentimento de honestidade que o orienta o respeito de uma moral predominante.

A anticonsciência ou crítico fenômeno do Vazio "V" atinge uma dimensão social quando a conduta do agente fere os interesses grupais ou sociais, contrariando a Moral e o Direito. A crença de que determinada conduta é correta, por ser vantajosa para o agente, sem se importar com o dano ou a dor de outrem é própria da anticonsciência. Assim, estar num estado de tipo "V" significa estar propenso a cometer atos antissociais: ilícitos e imorais.

Os indicadores que definem o nível do vazio "V" são: o *desconhecimento*, as *crenças* e as *convicções*. Pessoas agem procurando atingir um interesse ou satisfazer uma necessidade individual, geralmente, influenciadas por tais indicadores.

A violência nas escolas, o aumento da criminalidade, da corrupção da informalidade etc. são consequências do "V". Crianças que hoje são violentas e desobedientes tornar-se-ão criminosas e corruptas. As crianças de hoje são os profissionais, obreiros, políticos, médicos, professores, advogados, promotores e juizes do amanhã. O "V" tem um caráter fenomênico e passível de investigação empírica. Nesse sentido importa um método ou modelo para sua avaliação e previsão que é, certamente, o instrumento que estamos procurando: o empenho de nossa pesquisa.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- ARENDET, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de, e outros. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. *Sobre Principios y Reglas*. *Doxa*, v. 10, 1991.
- BERGER, P. L. e LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GALVÃO, I. *Henri Wallon: Uma concepção dialética do desenvolvimento infantil*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *Administración pública y moral*. España, Madrid: Civitas, 1995.
- GRAUBARD, A. *Liberdade para as crianças*. São Paulo: Brasiliense, 1976.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HART Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. WMF Martins Fontes, 2009.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas, SP. Alínea, 2007.
- _____. *Como Estudar Direito: para melhor apreender o saber jurídico*. Campinas, SP. Alínea, 2007.
- _____. *Compêndio de Metodologia da Ciência do Direito*. Primeira e Segunda Parte. São Paulo: Catalise, 2004.
- _____. *Como Utilizar o Direito Comparado na Elaboração de Teses Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- _____. *Ética aplicada: moralidade nas relações empresariais e de consumo*. Campinas, SP: Alínea, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KOHLBERG, L. *Essays on moral development*. San Francisco: Harper and Row, v. I, 1981.
- LYCAN, William G. Filosofia da mente. In BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (orgs). *Compêndio de Filosofia*. São Paulo: Loyola, 2002.
- MARTÍNEZ Navarro, Emilio. *Ética para el desarrollo de los pueblos*. Madrid: Trotta, 2000.
- PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed., São Paulo: Rt, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La Dimensión Ética*. Madrid: DYKINSON, 2001.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru, S P. EDIPRO, 2000.
- SKORUPSKI, John. *Ética*, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (orgs). "Compêndio de Filosofia". São Paulo: Loyola, 2002.
- VÁZQUEZ, A. S. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.
- VYGOTSKY, L. S.; LURIA, A. R. *A história do comportamento: o macaco, o primitivo e a criança*. Porto Alegre: Artes médicas, 1996.
- VYGOTSKY, L. S. *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- _____. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- WALLON, H. *As origens do caráter na criança*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971.
- WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Maarclo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VILLORIA Mendieta, Manuel. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000.

INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR ADVINDA DA PRÁTICA DE DUMPING SOCIAL

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

Advogada inscrita na Ordem dos Advogados/RJ. Licenciada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, agraciada com Bolsa de Mérito pela melhor média do Curso, no primeiro ano de graduação pela Universidade Católica de Petrópolis. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa-UBM. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Civil, Empresarial e Processual Civil, pela Universidade Veiga de Almeida. Mestranda em Ensino em Ciências da Saúde e Meio Ambiente pelo Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

Vanessa Moraes Pereira

Bacharela em Direito. Fundação Oswaldo Aranha – Centro Universitário de Volta Redonda – RJ. vanessamp26@hotmail.com

Sumário. Introdução. 1 *Dumping Social*, 2 Dano social. 2.1. A Insuficiência da Reparação em Casos Concretos. 2.2. Precarização das Relações de Trabalho. 3. O *Dumping social* e o Cenário Jurídico Brasileiro. 4. A prática de *dumping Social* E Sua Reparação. 4.1. Responsabilidade Civil e o *Dumping Social* 4.1.1. Responsabilidade Civil Objetiva ou Subjetiva? 4.2. A Indenização Suplementar. 4.2.1. Aplicação Ex Officio. 4.2.2. Critérios Utilizados na Fixação da Indenização Suplementar. 4.2.3. A Destinação do *Quantum Indenizatório*. 4.2.3. A Destinação *Quantum Indenizatório*. 4.2.4. Função Punitivo-pedagógica da Indenização Suplementar. 5. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referência.

Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar a indenização suplementar advinda da prática de *dumping social*, que tanto se revela maléfico à nossa sociedade, importando em flagrante desrespeito à ordem econômica, à livre iniciativa, à valorização do trabalho humano e ao objetivo de alcançar a justiça social.

É cediço que um dos objetivos da República, consagrado na Carta Magna, é a construção de uma sociedade livre justa e solidária, em razão disso, justifica-se uma abordagem mais cuidadosa acerca do surgimento do *dumping social*, de sua conceituação; da legislação pertinente; da forma de enquadramento à responsabilidade civil aplicada ao Direito do Trabalho; na função punitivo-pedagógica, da aplicação *ex officio* e do critérios de fixação da indenização suplementar, pelos juizes do trabalho e, por fim, da jurisprudência pátria.

1. *Dumping Social*

A expressão *dumping* provém do radical inglês "dump" que significa desfazer-se de algo e depositá-lo em determinado local, deixado lá como se fosse lixo, despejá-lo; *dumping* (gerúndio de *to dump*).¹

O termo *dumping* é utilizado para identificar a prática da concorrência desleal que pode causar prejuízos a um concorrente do mesmo mercado ou protelar a entrada de um novo concorrente a este mercado.²

Todavia, a Justiça do Trabalho demonstrou que o conceito de *dumping* pode ser estendido ao direito laboral, não se limitando a reparar os direitos individuais e sim ampliando seu campo de atuação penalizando as empresas adeptas a tal prática.³

Ao se inserir na seara trabalhista passou a ser denominado *dumping social*.⁴ Inicialmente era caracterizado como uma prática em que os empregadores fechavam

1 VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. "**Dumping Social e o Direito do Trabalho**". in Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial. Tércio José Vidotti e Francisco Alberto da Mota Peixoto Giordani. (Org.). São Paulo, 2003, v., p. 151.

2 Idem.

3 ANDRADE, Alexsander Fernandes de. **Empresas podem sofrer condenação na Justiça do Trabalho pela prática de Dumping Social**. Disponível em: <http://www.dgcgt.com.br/v1/searches>. Acesso em: 03 jun 2012.

4 CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. op. cit.

suas empresas em locais onde os salários eram elevados, para reabrirem em outra localidade onde a mão de obra fosse mais barata.⁵

Hodiernamente, constata-se que haverá *dumping social* em âmbito interno, quando a finalidade da empresa for a de diminuir o valor do produto final, para obter posição vantajosa perante os concorrentes em decorrência da precarização da mão de obra, retendo-a abaixo dos padrões laborais aceitáveis e, conseqüentemente, gerando danos sociais.⁶ Percebe-se, então, que a meta dessas empresas é obter "lucro fácil".⁷

As formas de *dumping* são: o condenável/predatório e o não condenável/epi-sódico. O episódico é aquele que não gera grandes conseqüências, já o condenável significa causar ou ameaçar causar dano relevante à indústria doméstica.⁸

O presente artigo, por óbvio, trata do *dumping* condenável, pois atinge diretamente a dignidade humana do empregado, tratado como uma mercadoria descartável, e reflexamente, a sociedade.⁹

2. Dano social

2.1. A Insuficiência da Reparação em Casos Concretos

É cediço que a reparação individual no caso concreto é suficiente apenas para satisfazer o direito do autor da ação, ainda que de forma tardia.

Assim sendo, para as empresas reclamadas estar no polo passivo da relação jurídico-processual significa postergar a obrigação que já era devida, não representando um prejuízo maior para as mesmas, ao ponto de algumas delas incluírem em seu orçamento anual as verbas que gastarão com demandas trabalhistas devido à previsibilidade de serem acionadas.¹⁰

5 CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. op. cit.

6 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.2-4.

7 SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Dumping Social, Adequação das Condenações Punitivas para a Necessária Repressão da Delinquência Patronal*. Disponível em: http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2809 Acesso em: 28 abr 2012.

8 CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. op. cit.

9 Idem.

10 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.4.

A lentidão na sentença de mérito trabalhista e da satisfação da execução¹¹ e o medo de figurar nas desprezíveis “listas negras”, que podem atrapalhar uma nova contratação, são fatores que contribuem para que essas empresas continuem a resolver suas obrigações trabalhistas pelos meios judiciais.¹²

2.2. Precarização das Relações de Trabalho

O magistrado Jorge Luiz Souto Maior, estudioso desta temática, explica que o empregador não raramente se vale das agressões aos direitos trabalhistas para obter vantagens econômicas e isso implica, também, em dano aos outros empregadores que inadvertidamente cumprem a legislação do trabalho, ou de outro modo acabariam forçando os concorrentes a agirem de forma igual, resultando em uma completa precarização das relações sociais baseadas no capitalismo de produção.¹³

O que mais preocupa é que a precarização do emprego traz graves consequências para a integridade física, dignidade e vida do trabalhador.

Sabe-se que não são todos os empregadores que precarizam as relações de emprego, entretanto, é corriqueiro nas Varas de Trabalho casos de situações muito similares as de escravidão; casos de assédio moral; de trabalhos perigosos ou insalubres sem uso dos equipamentos de segurança adequados; de não pagamento de horas extras, de salário mínimo vigente, de adicional de insalubridade e de adicional noturno.¹⁴

Pelo exposto conclui-se que os danos causados pela prática do *dumping social* têm alcance maior, já que repercute na sociedade de forma geral, atingindo todo o mercado de trabalho, a indústria, o comércio e o modelo econômico capitalista expresso na Constituição de 1988.¹⁵

Antônio Junqueira de Azevedo define os danos sociais como:

[...] são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente

11 Apesar da conhecida Reforma do Judiciário advinda da Emenda Constitucional nº45 que tratou da questão da duração das lides incluindo no rol dos direitos fundamentais o “Princípio da razoável duração do processo” adotando alguns mecanismos para agilizar o trâmite processual.

12 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.4.

13 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Dano Social e a Sua Reparação**. RDT. n.12, nov/2007, p.8.

14 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Dano Social e a Sua Reparação**, p.8.

15 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.4.

reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal estar social.”¹⁶

Assim, parece razoável enquadrar os danos sociais à categoria dos danos difusos, pois atinge de forma indivisível um número indeterminado de titulares, vinculados a um fato jurídico relevante, o *dumping social*.

Norberto Bobbio bem aconselhava: “não basta enunciar direitos, é necessário protegê-los e concretizá-los.”¹⁷

Logo, salta aos olhos a necessidade da atuação repressiva do Poder Judiciário para coibir tais práticas ilícitas.¹⁸

3. O *dumping social* e o cenário jurídico brasileiro

A Constituição de 1988 consagra a Dignidade da Pessoa Humana bem como os Valores Sociais do Trabalho à categoria de fundamentos do Estado Democrático de Direito. Aquele um supra princípio com densidade máxima e este um fundamento da ordem econômica, a qual tem por finalidade garantir a todos a existência digna de acordo com os ditames da justiça social, observando dentre outros princípios, o da função social da propriedade e da busca de pleno emprego.

O nosso Código Civil de 2002, em seu artigo 421, dispõe sobre a liberdade de contratar, desde que seja em razão e limite da função social do contrato.

Este dispositivo é aplicável ao Direito Trabalhista devido à norma prevista no parágrafo único do artigo 8º da CLT, que “prevê que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, logo, gera um diálogo entre os limites impostos ao contrato de trabalho, com: o princípio do fim social do contrato, a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a finalidade social da propriedade e a busca do pleno emprego.

16 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Reflexões sobre o Dano Social**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigos_id=3537 Acesso em: 10 abr 2012.

17 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Camus, p.37.

18 CHAVES, Maria Cláudia Gomes. **Dumping Social como fator de precarização das relações de trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8087&revista_caderno=25. Acesso em: 03 jul 2012.

Nossa legislação trabalhista preocupada em proteger o hipossuficiente trabalhador na tentativa de igualar substancialmente os atores sociais¹⁹, tenta resguardar os interesses privados do empregado de forma imediata e a sociedade de forma mediata, ou seja, num segundo momento.

Nesse diapasão, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual realizada em 2007 no Tribunal Superior do Trabalho foi produzido o Enunciado n.4, *in verbis*:

4. "DUMPING SOCIAL". DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido "dumping social", motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, "d", e 832, § 1º, da CLT.

Deste Enunciado extrai-se, em suma, que uma indenização suplementar deve ser aplicada àquelas empresas que agridem os direitos trabalhistas de forma reincidente, obtendo lucros exagerados em detrimento à dignidade desses trabalhadores, burlando os limites econômicos e sociais.

4. A Prática De Dumping Social E Sua Reparação

4.1. A Responsabilidade Civil e o *Dumping Social*

Quando se fala em reparação pela prática de *dumping social* é comum pensar na aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global, que se dá quando o juiz condena o réu de forma que o dano coletivo também seja reparado, mesmo que não se saiba

19 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.p. 15-16.

quantos e quais foram os prejudicados e mesmo que advenha de ação intentada por um indivíduo que alegue o próprio prejuízo.²⁰

No nosso ordenamento jurídico, considerando que a livre iniciativa deve vincular-se aos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e de nenhuma forma deve haver a exploração do trabalho em prol do desenvolvimento econômico, existe a obrigação de se reparar o dano causado, com base na responsabilidade civil, pela proibição de ofender.

A violação de um dever jurídico legalmente imposto configura ato ilícito e se essa violação causar dano a alguém também gerará ao ofensor o dever de indenizar, nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

A responsabilidade civil decorre de uma obrigação legal não cumprida espontaneamente pelo ofensor. O art.186 conceituou o ato ilícito no seu sentido estrito, pois exige a culpa do agente; enquanto que no art. 927, parágrafo único conceituou o ato ilícito no seu sentido amplo já que prescinde de culpa.²¹

A hipótese de abuso do direito ou exercício irregular do direito está no art. 187, situação em que a culpa não será elemento integrante do ato ilícito e sim os limites impostos pelo fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes.²²

Conforme o art. 927 do Código Civil, aquele que pratica o ato ilícito é obrigado a indenizar, ou seja, tornar indene, colocando a vítima em situação que estaria se não houvesse o dano e, simultaneamente, nasce o direito subjetivo do lesado de buscar a reparação.²³

4.1.1. Responsabilidade Civil Objetiva ou Subjetiva?

O Código Civil de 2002 previu a responsabilidade civil subjetiva no art. 186, baseada na *culpa lato sensu* do agente, e a responsabilidade civil objetiva que prescinde da culpa, consagrada em várias cláusulas gerais, tais como: o exercício da atividade de risco ou perigosa, abuso do direito, danos causados por produtos, responsabilidade pelo fato de outrem, responsabilidade pelo fato de coisa ou animal e

20 MAIOR, Jorge Luiz Souto. TRT 15ª região. Processo nº. 0049300-51-2009-5-15-0137. Juiz Relator. 11ª Câmara (Sexta Turma) Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>. Acesso em: 24 ago 2012.

21 HENRICHES, Marise Baptista Fiorenzano. op.cit., p.9.

22 Idem.

23 Ibidem, p. 5.

responsabilidade dos incapazes.²⁴

A aplicação da responsabilidade objetiva é embasada no princípio do *ubi emolumentum, ibi onus*, que significa que aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes²⁵.

Portanto, em se tratando de *dumping social*, o tipo de responsabilidade consagrada é a objetiva, calcada na teoria do risco da atividade ou do empreendimento, já que aquele que cria o risco deve responder por ele independente de culpa, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.²⁶

Há ainda outro argumento que reforça a tese da responsabilidade pela prática de *dumping social* ser objetiva, é a de que o empregador se utiliza desses meios ilícitos para obter vantagem econômica perante seus concorrentes.²⁷

Além de tudo isso e mais especificamente a Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, *do seu artigo 36* extrai-se que constitui infração à ordem econômica, independe de culpa, exercer posição dominante de forma abusiva.

4.2. A Indenização Suplementar

Mais que reparar o dano individual e episódico, a indenização advinda da condenação por *dumping social* visa punir as práticas ilícitas de repercussão social, vislumbrando a sua extensão, como forma de desestimular os empregadores.²⁸

Portanto, é uma penalidade aplicada às organizações que possuem várias ações trabalhistas contra si, desrespeitando reiteradamente os mesmos direitos dos seus empregados.

Na prática, a aplicação da indenização suplementar tem ocorrido de três formas: nas Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, através de denúncia; ou os juízes a acrescentam na sentença de uma ação trabalhista individual, ainda que o valor da indenização não seja destinado ao autor daquela ação; há também casos em que o reclamante, ou seja, trabalhador que teve seus direitos

24 *Ibidem*, p.50.

25 LIMA, Talita da Costa Moreira. *op. cit.*, p.8.

26 HENRICHES, Marise Baptista Fiorenzano. *op.cit.*, p.11.

27 *Ibidem*, p.10.

28 *Idem*.

trabalhistas vilipendiados pede a condenação por *dumping social* e por consequência a indenização suplementar.

A legitimidade do Ministério Público do Trabalho, neste caso, está alicerçada no artigo 129, III, da CF/88, artigos 6º, VII, “d” e 83, III, da Lei Complementar 75/93 e artigo 1º, V, da Lei 7.347/85

E o fundamento de ordem positiva para condenar o agressor costuma a pagar indenização suplementar está no Código Civil, art. 404, em seu parágrafo único, assim como já previam os artigos 652, “b” e 832, § 1º da CLT.

Assim, quando for constatada a ação deliberada de desrespeitar a ordem jurídica trabalhista, o magistrado pode proferir uma condenação que vise à reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, mesmo que fixada *ex officio* pelo juiz da causa com o intuito da proteção da sociedade, da ordem jurídica e da paz social.²⁹

4.2.1. Aplicação *Ex Officio*

A aplicação *ex officio* do parágrafo único do art. 404 do CC à seara trabalhista tem por escopo desestimular condutas como o *dumping social*.

O magistrado Jorge Luiz Souto Maior em seu artigo sob o título de “Indenização por Dano Social pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas” se mostra defensor da indenização suplementar.³⁰

O mesmo autor, em outra obra, assevera que:

Portanto, as reclamações trabalhistas em face da mesma empresa que apresenta agressões reincidentes, tais como: salários em atraso, pagamento de salários por fora, trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento do FGTS; não pagamento de verbas rescisórias (...) devem resultar em condenação de uma indenização, por dano social, arbitrado *ex officio* pelo juiz, pois a perspectiva não é da proteção do patrimônio individual.³¹

29 CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. op. cit.

30 MAIOR, Jorge Luis Souto. **Indenização por Dano Social pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/indeniza%C3%A7%C3%A3o%20suplementar.rtf. Acesso em: 16 mar 2012.

31 Idem.

De acordo com o magistrado José Geraldo da Fonseca deve haver uma mitigação do princípio da inércia e a justificativa para esta mitigação é que:

a atualização do débito e os juros de mora a ele aplicáveis raramente cobrem o efetivo prejuízo do trabalhador, especialmente nos casos de reparação moral e de indenização material. E ainda, o parágrafo único do art.404 do Código Civil fala em dívidas de dinheiro, mas o enunciado propõe a sua aplicação, de ofício, aos casos de reparação de lesões materiais e morais. Não há qualquer incompatibilidade nisso, e a instituição da indenização suplementar reforça o respeito à dignidade do trabalhador.³²

Aliada à tese, no art. 765 CLT, há o poder conferido ao Juiz do Trabalho de determinar qualquer diligência para assegurar a eficácia do direito material que a parte faz jus.³³

A inércia do magistrado, ou seja, a ausência de manifestação por ele seria como ignorar esse problema que necessita de pronta correção.³⁴

Nesse diapasão Souto Maior assevera:

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não há lei que permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência.³⁵

Logo, para vários estudiosos do direito e magistrados, a inércia absoluta da jurisdição não condiz com os anseios do jurisdicionado. Desta feita, almeja-se uma postura ativa do Judiciário, no que tange as demandas sociais com o objetivo de realizar os preceitos constitucionais.³⁶

32 FONSECA, José Geraldo da. **Proposta nº 5 da 4ª Jornada da ANAMATRA**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/jornada/proposta/com4_proposta5.pdf. Acesso em: 03 mar 2012.

33 CHAVES, Maria Cláudia Gomes. op.cit.

34 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.11.

35 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação**, p. 9-10.

36 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.12.

Vale salientar que além do artigo 404, parágrafo único do CC, que respalda ao magistrado aplicar de ofício a indenização suplementar, há o artigo 944 também do CC que diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano.”

Nas palavras do autor Salomão Resedá: “o julgador deve ter liberdade na utilização do seu arbítrio, sob pena de desvirtuar o tratamento pontual a ser feito em cada uma das situações que lhe sejam apresentadas.”³⁷Essas ideias são reafirmadas pelos artigos 832, §1º e 652, d) da CLT, pois trazem a possibilidade da atuação de ofício do judiciário e confere ao juiz poderes para definir as condições de pagamento do ofensor.³⁸

Ainda sobre o assunto, o autor Souto Maior lembra que: “a EC 45 de 2004 atribuiu à Justiça do Trabalho competência para todas as repercussões jurídicas relativas à exploração do trabalho humano no contexto produtivo.”³⁹

Por todo o exposto é que vários juristas e doutrinadores sustentam a possibilidade da fixação de indenização suplementar de ofício pela prática de *dumping social*.

Nesta mesma direção, em abril de 2009, o juiz Alexandre Chibante Martins da Vara do Trabalho de Ituiutaba/MG no processo nº 00866-2009-063-03-00-3 condenou a JBS-Friboi ao pagamento de indenização por *dumping social* fixada em R\$500,00 (quinhentos reais) revertida ao reclamante, devido à prática de redução de custos a partir da eliminação de direitos trabalhistas (não pagamento de horas extras e a contratação sem registro em carteira de trabalho).⁴⁰

Em grau recursal o Tribunal respaldou a decisão de primeiro grau com relação ao *dumping social*. Esta foi a primeira decisão mantida em 2º Instância. O Desembargador relator Júlio Bernardo do Carmo defendeu a fixação de ofício da indenização e foi além, disse: “(...) inclusive, a meu ver, comportaria majoração, obstada, na espécie, pelo princípio da *non reformatio in pejus*”, resultou na Ementa.⁴¹

37 RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2009. p. 212, apud LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p. 13.

38 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.13.

39 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação**. p. 9-10.

40 CARMO, Júlio Bernardo do. TRT 3ª Região. Processo n. 00866-2009-063-03-00-3 Desembargador Relator. 4ª Turma. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm. Acesso em: 21 ago 2012.

41 Idem.

Todavia, há posição divergente sobre esse assunto, a crítica com relação ao ativismo é que a decisão acaba se tornando *extra/ultra petita*, conforme o seguinte julgado:

Em 30 de setembro de 2009, a Casas Bahia Comercial Ltda.- no processo nº 0037700-47-2009.5-04-0005 da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, pela decisão da juíza substituta Valdete Souto Severo- foi condenada a pagar indenização no valor de R\$700.000,00 (setecentos mil reais) pela prática de *dumping social* a ser depositada em conta à disposição do Juízo e utilizada para pagamento dos processos arquivados com dívida naquela Unidade Judiciária. A motivação foi devido ao assédio moral comprovado em inúmeras reclamações trabalhistas, caracterizando conduta reiterada contra a honra dos empregados e ainda costumeiramente efetuava pagamentos "por fora".⁴²

Porém, em 2 de junho de 2010, a Desembargadora relatora do processo a Dra. Vanda Krindges Marques proferiu o acórdão que, dentre outras decisões, excluiu a referida indenização com o seguinte fundamentando: "Configura julgamento *extra petita* a decisão que condena a empresa ao pagamento de indenização pela constatação de um dano coletivo, em sede de reclamatória individual e quando ausente pedido nesse sentido. Recurso provido, para absolver a reclamada da respectiva condenação".⁴³

Há, ainda, magistrados que sustentam que o parágrafo único do 404, CC deve pressupor a existência de uma demanda em que haja o pedido de indenização e que os juros moratórios não sejam capazes de ressarcir o prejuízo integralmente.⁴⁴

Na 20ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, a juíza Fernanda Stipp havia condenado a ré Baby Beef Barra Restaurante Ltda. por *dumping social*. Nesse caso a re-

42 MARQUES, Vanda Krindges. TRT 4ª Região. Processo nº 0037700-47-2009.5-04-0005 RO. Desembargadora Relatora. 7ª Turma. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:Its7oAbLBzUJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurisprnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D34711966+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2009-10-09..2011-10-09+dumping+social++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 21 ago 2012.

43 MARQUES, Vanda Krindges. TRT 4ª Região. Processo nº 0037700-47-2009.5-04-0005 RO. Desembargadora Relatora. 7ª Turma. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:Its7oAbLBzUJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurisprnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D34711966+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2009-10-09..2011-10-09+dumping+social++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 21 ago 2012.

44 OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. TRT 1ª Região. Processo nº RO 002960076.2008.5.1.0020. Desembargador Relator. 8ª Turma. Disponível em: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/211342/0029600762008510020%2318-10-2010.pdf?sequence=1&search=dumping social](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/211342/0029600762008510020%2318-10-2010.pdf?sequence=1&search=dumping%20social). Acesso em: 27 ago 2012.

clamada cobrava compulsoriamente as gorjetas e não repassava aos empregados.⁴⁵

Porém, ao recorrer, a 8ª Turma do TRT da 1ª Região excluiu a indenização em outubro de 2010, argumentando que não se tratava de uma demanda em que se discutia dumping social ou prejuízo à sociedade, nem se alegou, ou comprovou que os juros moratórios legais eram incapazes de ressarcir um prejuízo, que sequer tinha sido alegado.⁴⁶

Por todo exposto, alguns juristas recomendam moderação à magistratura trabalhista na aplicação do instituto do *dumping social*.⁴⁷

4.2.2. Critérios Utilizados na Fixação da Indenização Suplementar

Após ser constatado pelo juiz o *dumping social*, este deverá fixar a indenização suplementar devidamente fundamentada, sob pena de incorrer em nulidade.⁴⁸

Para que esta decisão seja eficaz e legítima faz-se necessário que o magistrado detecte os elementos caracterizadores do *dumping social* e examine os critérios para embasar o montante a ser fixado.⁴⁹

A extensão dos danos provocados pelo desrespeito à ordem econômica, à livre iniciativa, à valorização do trabalho humano e ao objetivo de alcançar a justiça social são impossíveis de se mensurar.

Portanto, neste tipo de dano, o retorno ao *status quo ante* é impraticável e nem é almejado, pois essa indenização também tem o dever de punir.⁵⁰

Então, a indenização suplementar deve ser vista como sanção ao ofensor que violou direitos transindividuais. Assim, o juiz deverá fundamentar a decisão de forma a justificar o porquê de não voltar à situação anterior e sim ultrapassar o que seria devido com o argumento de atender à função punitiva da decisão prolatada.⁵¹

45 Idem

46 Idem.

47 MAIOR, Jorge Luiz Souto. TRT 15ª região. Processo nº. 0049300-51-2009-5-15-0137. Juiz Relator. 11ª Câmara (Sexta Turma) Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>. Acesso em: 24 ago 2012.

48 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.15.

49 Idem.

50 Idem.

51 Idem.

Colabora com o assunto o autor Clayton Reis quando diz que: "As dificuldades advindas da subjetividade dos parâmetros a serem fixados não devem se constituir motivo para a inexistência do direito, em face desse fundamento."⁵²

Comprovado o dano moral, para a fixação do *quantum indenizatório* tem-se adotado os seguintes critérios: o grau de culpa do agente, o ânimo de ofender, a extensão da lesão, a condição econômica das partes, bem como deve possuir caráter punitivo-pedagógico.⁵³

Além desses, outros critérios trazidos pelo autor Xisto Tiago de Medeiros Neto também são utilizados, tais como: lucro conseguido através da conduta ilícita, para que não haja vantagem indevida ao ofensor/empregador; o grau de culpabilidade do agente, sendo que quem praticou deliberadamente o *dumping social* deve ser punido de forma mais contundente e, por fim, o grau de reprovação social, levando em consideração que é mais reprovável um empregador que não observa as normas de segurança do trabalho àquele que não paga as horas *in itinere*.⁵⁴

Verifica-se uma excessiva preocupação dos magistrados, ao arbitrarem o *quantum indenizatório*, a observância dos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade para evitar o enriquecimento sem causa da vítima.⁵⁵

4.2.3. A Destinação do *Quantum Indenizatório*

Uma vez que a indenização suplementar foi fixada resta identificar quem será o titular dos direitos sobre o valor arbitrado.⁵⁶

De acordo com o entendimento do jurista Souto Maior,⁵⁷ a destinação da verba é irrelevante, pois o principal é o fato do ofensor ter a obrigação de pagar a inden-

52 REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102.

53 LIMA, Maria Cesarianeide de Souza. TRT 14ª Região. RO 000260-86.2011.5.14.0031. Desembargadora Relatora. 1ª Turma. Disponível em: http://www.trt14.jus.br/home?p_p_id=consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_jspPage=%2Fdownload.jsp&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_numeroUnicoCNJ=AAAkSEAAAMAABk1sAAx&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_numeroSequencia=2077826&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_tipoConsulta=2. Acesso em: 07 out 2012.

54 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2012.

55 HENRICHES, Marise Baptista Fiorenzano. op.cit., p.71.

56 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.17.

57 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação**. p. 13.

zação, que por si só já cumpre o papel repressivo e pedagógico da referida medida.⁵⁸

Ratificando seu posicionamento, o autor diz que o quantum indenizatório deveria ir para o autor da ação individual para facilitar a implementar a medida, além disso, que não seria correto reverter para Organizações Não Governamentais (ONGs) por não existir um controle eficaz sobre a destinação da verba, e ainda sustenta que também não deve ser convertido ao Estado, já que este não cumpriu com seu papel fiscalizatório.⁵⁹

Nessa linha de pensamento, tem-se o julgado da empresa Eleva Alimentos S.A pertencente a Perdigão S.A, que em 29 de setembro de 2008, na 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS nos autos nº 0130400-04.2007.5.24.0022 foi condenada pela prática reiterada de jornadas de 14 a 16 horas; longos períodos sem descanso semanal em atividades rápidas, repetitivas e em ambiente insalubre. A indenização suplementar foi fixada em de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor dos reclamantes.⁶⁰

Por outra via, vale lembrar que no caso de *dumping social* são agressões reincidentes que atingem a sociedade como um todo, portanto o bem jurídico tutelado não é o do autor da ação apenas, mas sim um direito transindividual. Sabe-se, também, que o autor da ação já será reparado na Justiça do Trabalho pelos danos que sofreu individualmente e que independe da ocorrência do *dumping social*.⁶¹

E ainda, se o reclamante da ação receber a indenização suplementar suficiente para punir o ofensor e anular o lucro obtido com tal prática estará ocorrendo o enriquecimento indevido do autor. Além disso, é cediço que destinar a verba de forma diversa é contrário ao que se prega na responsabilidade civil, pois estará concedendo um direito a terceiro não legitimado, tornando sem efeito o instituto.⁶²

Partindo da premissa de que o titular da referida indenização suplementar é a sociedade, torna-se necessário encontrar um meio para que esse valor advindo da indenização chegue ao verdadeiro destinatário e que de alguma maneira atenuos os danos causados.⁶³

58 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.17.

59 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação**. p. 13.

60 AVELINO, Antonio Arraes Branco. 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS. Processo: 0130400-04.2007.5.24.0022. Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://www.trt24.jus.br/www_trtms/pdfViewer?tipo=ATA&vara=22&data=29/09/2008&hora=1715&itinerante=N&extensao=RTF. Acesso em 17 ago 2012.

61 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.17.

62 Idem.

63 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.17

É nessa linha de pensamento que Antônio Junqueira de Azevedo se posiciona quando diz que a destinação da verba deverá ser revertida a um fundo que promova o bem jurídico que foi lesado.⁶⁴

Tal posicionamento é positivado no nosso ordenamento jurídico quando dispõe sobre a Ação Civil Pública Lei: 7.347 de 1985 que traz em seu artigo 1º a responsabilização pelos danos transindividuais e em seu art. 13 a destinação *do quantum indenizatório*.

O Decreto Federal 1.306 de 1994 regulamenta este fundo supracitado trazendo a denominação de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Em se tratando de agressões aos direitos laborais, o magistrado pode se utilizar da analogia e destinar a verba advinda da indenização por *dumping social* a um fundo destinado a proteção dos direitos trabalhistas.⁶⁵

Nesse sentido, temos como uma das opções o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) regulado pela Lei 7.998 de 1990. O artigo 10 da referida lei diz que o FAT é vinculado ao Ministério do Trabalho e do Emprego e é destinado ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento de abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico.

O artigo 11, inciso V da referida lei, quando diz que constitui recursos do FAT aqueles que lhe sejam destinados, traz o respaldo para que este seja um credor legitimado a receber a indenização suplementar, já que seu propósito é compatível com o fim que se destina a condenação do ofensor por *dumping social*.⁶⁶

Pelo exposto, para muitos juristas parece mais plausível destinar o valor da indenização para fundos diretamente ligados ao trabalho humano, disponibilizando recursos que serão destinados a sociedade,⁶⁷ como exemplo o julgado a seguir:

Em Ação Civil Pública nº 00736-2007-131-18-00-0 movida pelo Ministério Público do Trabalho da 18ª. Região em face das empresas Agropecuária Brasília Ltda., Israel Alves da Silva - ME, R.T. Comércio de Carnes Ltda., Agropecuária São Caetano Ltda., Fril - Comercial de Alimentos Ltda. e outros, o juiz Luiz Eduardo da

64 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op.cit.

65 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.18.

66 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.18.

67 Idem.

Silva Paraguassu, titular da Vara do Trabalho de Luziânia de GO, em 24 de março de 2009, declarou a existência de fraude na constituição das empresas caracterizada como “testas de ferro” com o intuito de mascarar a verdadeira identidade dos donos das empresas citadas. Por esta prática o juiz fixou uma condenação no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), revertidos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT);⁶⁸

4.2.4. Função Punitivo-pedagógica da Indenização Suplementar

O Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil diz: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

Este Enunciado harmoniza-se com o que já foi dito anteriormente, pois dá maior liberdade aos magistrados de majorar a indenização se a entenderem ser mais justa.⁶⁹

Para que a indenização advinda da responsabilidade civil cumpra as suas funções eficazmente é fundamental que o ofensor seja punido de forma exemplar, haja vista se tratar de uma óbvia inversão de valores, em que o interesse é obter vantagem econômica à custa do trabalho humano, quase escravo.⁷⁰

Nesse diapasão, se o que incentiva o ofensor é a obtenção da vantagem econômica, nada mais justo que atacar a economia do ofensor para desestimular tal conduta.

É importante relembrar que, como já foi explanado, o objetivo em pauta não é restituir o *status quo ante*, e sim ultrapassá-lo de modo a caracterizar uma punição ao ofensor.⁷¹

Não menos importante é a função pedagógica em que a sociedade percebe que tais condutas não serão toleradas, intimidando os que por ventura planejem praticar o *dumping social* para obter mais lucros.⁷²

68 PARAGUASSU, Luiz Eduardo da Silva. Vara do Trabalho de Luziânia/GO. Processo n. 00736-2007-131-18-00-0 Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=736&p_ano=2007&p_cidade=131&tipo_proc=ACI&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=22/06/2007&popup=0&cid=32651. Acesso em: 21 ago 2012.

69 LIMA, Talita da Costa Moreira. op. cit., p.13.

70 Ibidem, p.10.

71 Ibidem, p.11.

72 Idem.

Há ainda a função sócioeducativa em que a sociedade saiba que o agressor foi punido e que serão realizadas ações com o intuito de minimizar os danos causados.⁷³

5. Análise Jurisprudencial

É notável que a valorização dos direitos fundamentais, principalmente a dignidade do trabalhador vem crescendo na doutrina e jurisprudência, gerando grandes debates.⁷⁴

A Justiça do Trabalho em diversas regiões tem seguido o entendimento de haver indenização suplementar *por dumping social*, como se vê em várias decisões:

O frigorífico Marfrig S.A foi condenado na 1ª Vara do Trabalho em Mineiros/GO nos autos nº 0539-2009-191-18-00-7 a pagar indenização de R\$100.000,00 (cem mil reais) por danos sociais. O juiz substituto Ranúlio Mendes Moreira considerou que houve prejuízo social pelo desrespeito reiterado do intervalo de descanso térmico devido ao trabalho em ambiente refrigerado artificialmente e ainda fixou multa diária de R\$100.000,00 caso o frigorífico venha a desrespeitar novamente essa norma. O juiz determinou que o quantum indenizatório deveria ser revertido em benefício de quatro entidades filantrópicas da região.⁷⁵

Na 2ª Vara do Trabalho de Goiânia, novamente o juiz Ranúlio Mendes Moreira, no processo n. 01035-2005-002-18-00-3 condenou a construtora MB Engenharia e Cooperativa Mundcoop – Cooperativa de Prestação de Serviços Multidisciplinares do Estado de Goiás ao pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), devido ao fato de utilizar terceirização ilícita, considerando tal comportamento como prática de *dumping social*, revertidos à entidade Filantrópica, Vila São José Bento Cottolengo em Trindade (GO).⁷⁶

O juiz Eduardo Souza Braga da 15ª Vara do Trabalho de Franca /SP, em 12 de julho de 2012, através Ação Civil Pública nº 0001993-11.2011.5.15.0015 ajuiza-

73 Idem.

74 CHAVES, Maria Cláudia Gomes. op.cit.

75 MOREIRA, Ranúlio Mendes. Vara do Trabalho de Mineiros/GO. Processo: 0539-2009-191-18-00-7. Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=495&p_ano=2009&p_cidade=140&tipo_proc=RTS&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=07%2F04%2F2009&conversationPropagation=begin Acesso em: 17 ago 2012.

76 Idem.

da pelo Ministério Público do Trabalho condenou a empresa Magazine Luiza S.A ao pagamento de R\$ 1,5 milhão por dano social devido à prática de *dumping social* que deverá ser revertida ao FAT.⁷⁷

A empresa reiterada e inescusavelmente ultrapassava os limites máximos de jornada de trabalho e desrespeitava os limites mínimos de descanso intrajornada e interjornada. O MPT acostou 87 autos de infração lavrados por auditores fiscais do trabalho em diversas unidades como forma de prova.⁷⁸

Vale destacar que antes de ingressar com o processo, o MPT firmou dois Termos de Ajustamento de Conduta - TACs com a empresa Magazine Luiza em que ficaram consignadas as obrigações de não exigir dos empregados jornada de trabalho além do permitido por lei e registro do ponto dos expedientes.⁷⁹

Até o momento a maior condenação por *dumping social* foi arbitrada pelo juiz Jonatas dos Santos Andrade da 1ª Vara do Trabalho de Parauapebas, no Pará, em 10 de março de 2010. Trata-se de Ação Civil Pública perpetrada pelo Ministério Público do Trabalho em face da Companhia Vale do Rio Doce.⁸⁰

A condenação foi fixada em R\$200 milhões por *dumping social* destinada ao FAT e mais R\$100 milhões para reparação dos danos morais coletivos a serem revertidos à própria comunidade afetada por meio de projetos de defesa e promoção dos direitos humanos do trabalhador.⁸¹

O motivo foi o que os trabalhadores contratados pela Vale ou por empresas que prestam serviço a ela não receberem pelas horas *in itinere*, ultrapassando o limite máximo da jornada diária de trabalho legal. O juiz entendeu ainda que o não pagamento dessas horas de deslocamento, "aumentou arbitrariamente os seus lucros", prejudicando os trabalhadores, seus concorrentes e também suas próprias contratadas.⁸²

77 BRAGA, Eduardo Souza. 15ª Vara do Trabalho de Franca/SP. Processo nº 0001993-11.2011.5.15.0015. Juiz do Trabalho. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/docs/000199311.2011.5.15.0015i125430.pdf>. Acesso em: 06 set 2012.

78 Idem.

79 Idem.

80 ANDRADE, Jonatas dos Santos. 1ª Vara do Trabalho de Parauapebas/PA. Processo n. 0068500.45.2008.5.08.114 Juiz do trabalho. Disponível em: http://www.trt8.gov.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=337. Acesso em: 22 ago 2012.

81 Idem.

82 ESPAÇO VITAL, **Vale é Condenada em R\$200 Milhões por Dumping Social**. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=17789. Acesso em: 22 ago 2012.

Nos Tribunais laborais, a aplicação da indenização suplementar do Código Civil às relações de trabalho divide opiniões.

Os críticos da tese do *dumping social*, em suas decisões, vão em sentido contrário ao Enunciado nº 4 da ANAMATRA, analisemos:

No processo nº 00304.2009.002.18.00-8 da 2ª Vara do Trabalho de Goiânia, em agosto de 2009, a Juíza Alciane Margarida de Carvalho condenou a empresa de prestação de serviços em telefonia Atento Brasil S.A (“telemarketing”) por dano moral coletivo, também denominado na sentença por *dumping social*, pelo reiterado descumprimento dos preceitos legais caracterizados pelo fato de a empresa adotar condições desumanas de trabalho para obter vantagem econômica sobre a concorrência, advindo, então, condenação ao pagamento de uma indenização de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), com reversão em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT);⁸³

Em grau recursal, a decisão acima foi reformada, fundamentando que não houve vantagem mercadológica à reclamada e o dano sofrido pela reclamante seria reparado pela condenação.⁸⁴

Em 23 de novembro de 2011, no RO 0001682.49-2010-5-03-0157 do TRT da 3ª região, novamente a JBS, porém nesse processo em grau recursal, a decisão do pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) foi reformada, a fundamentação foi a de que é indevida a condenação em casos em que as práticas adotadas pela reclamada e seus métodos de trabalho não submeteram o reclamante a situação agressiva e degradante, ainda que passíveis de reparação pecuniária.⁸⁵

Em 04 de julho de 2012, o TRT da 4ª Região, no RO 0001263-70.2010.5.04.0005 a WMS Supermercados do Brasil S.A também teve excluída a condenação no valor de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) pela prática de *dumping social* devido ao fato do tribunal considerar ser julgamento *extra* ou *ultra petita* a decisão que defere direito fora do pedido ou algo que não tenha sido objeto de pretensão, ultrapassando os

83 CARVALHO, Alciane Margarida de. 2ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO. Processo n. 00304.2009.002.18.00-8. Juiz do Trabalho. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=3972&p_ano=2009&p_cidade=93&tipo_proc=RTO&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=11%2F02%2F2009&popup=0&conversationPropagation=begin. Acesso em: 21 ago 2012.

84 Idem.

85 CAIXETA, Maria Cristina Diniz. TRT 3ª Região. Processo nº RO 0001682.49-2010-5-03-0157. Juíza Relatora convocada. 2ª Turma. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=42867>. Acesso em: 24 ago 2012.

limites dados na petição inicial.⁸⁶

Porém, o que se vê é que Tribunais Trabalhistas gradativamente começam a respaldar as decisões de primeiro grau com tal temática.

Nessa linha de pensamento, colacionou-se o julgado da 6ª Turma do TRT da 15ª Região, em que o Juiz relator Jorge Luiz Souto Maior proferiu o acórdão em que a empresa Punto Esatto Comércio de Calçados Ltda. recebeu a condenação de pagar R\$100.000,00 (cem mil reais) á título de multa revertida ao FAT para o ressarcimento do Dano Social da coletividade advinda da prática de *Dumping Social*.

O TRT da 3ª Região pela sua Turma Recursal de Juiz de Fora no dia 18 de outubro de 2011 deu parcial reconhecimento ao Recurso Ordinário da Mercedes Benz do Brasil reduzindo a indenização por dano moral coletivo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para R\$200.000,00 (duzentos mil reais); reduziu, também, o valor da multa diária para R\$10.000,00 (dez mil reais) por trabalhador contratado de forma irregular e reformou a determinação da destinação em favor do FAT ao invés de ser revertida a comunidade local.⁸⁷

A 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, no processo nº 432/2007-7, a decisão do Dr. Jorge Luiz Souto Maior foi de arbitrar a empresa CRR Comércio e Construção Ltda. em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em grau recursal a decisão foi mantida e no momento está tramitando no TST.⁸⁸

Com relação às demandas que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho, analisemos as recentes decisões:

A 1ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul no RS negou o pedido do autor da ação (que recebeu dispensa imotivada) em face da Ambev – Companhia de Bebidas das Américas e a J.M. Empreendimentos. Todavia, após constatar que havia inúmeras ações semelhantes em face das mesmas empresas e com os mesmos pedidos, o juiz defendeu a condenação por *dumping social* e a sentença foi mantida pelo Tribu-

86 KRUIZE, Ana Luiza Heineck. TRT 4ª Região. Processo nº RO 0001263-70.2010.5.04.0005. **Desembargadora Relatora. 6ª Turma. Disponível em:** http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:DoqPjxcKFrgJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_juris/jurisnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D42603291+inmeta:DATA_DOCUMENTO:20110824..2012824+dumping+social++&client=juris&site=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris.p&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 24 ago 2012.

87 CASTRO, Heriberto de. TRT 3ª Região. Processo: 0000309-18.2011.5.03.0037. Desembargador Relator e Presidente. Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=13833>. Acesso em: 15 ago 2012.

88 MAIOR, Jorge Luiz Souto. 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP. Processo nº.432/2007-7. Juiz do Trabalho. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/JUN/docs/004320077.2007.5.15.0096i213113.pdf> Acesso em: 24 ago 2012.

nal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul.⁸⁹

No TST, a 1ª Turma entendeu que o magistrado, ao estabelecer uma indenização de ofício, violou os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil que estabelecem que o juiz só pode decidir dentro dos limites do que foi proposto na ação. Portanto, baseou-se na necessidade de procedimento legal cabível.⁹⁰

Já a 2ª Turma do TST não reconheceu o Recurso de Revista nº TST-RR-191900-59.2009.5.03.0063 em que se alegava que a responsabilidade por *dumping social* apontava divergência jurisprudencial visto que tal recurso é restrito a violência do texto constitucional ou contrariedade de Súmula de Jurisprudência uniforme da Corte. Portanto a condenação foi mantida.⁹¹

Há casos também de Recurso de Revista não conhecidos devido à ausência de pré-questionamento, conforme prevê a Súmula 297, TST.

Insta destacar que o próprio TST caracterizou o "*dumping social*" como: "a conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos sociais dos trabalhadores. O objetivo é conseguir vantagens comerciais e financeiras, através do aumento da competitividade no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços."⁹²

Conclusão

Tratando-se de um tema novo, relevante, e da extensão de seus danos, restou claro a importância que pode vir a ter esse instrumento no combate às empresas que desrespeitam os direitos dos trabalhadores e, conseqüentemente, toda a sociedade.

89 COSTA, Walmir Oliveira da. TST. Processon. RR - 11900-32.2009.5.04.0291. Ministro Relator. 1ª Turma. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-11900-32.2009.5.04.0291&base=acordao&numProInt=105442&anoProInt=2011&dataPublicacao=24/08/2012 07:00:00&query=> Acesso em: 07 out 2012.

90 Idem.

91 PAIVA, Renato de Lacerda. TST. Processo n. RR - 191900-59.2009.5.03.0063 Ministro Relator. 2ª Turma. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=191900&digitoTst=59&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0063> Acesso em: 27 ago 2012.

92 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Turma Reforma Decisão Extra Petita que Condenou Empresas por "Dumping Social". Data: 29 ago 2012 Disponível em: http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2339194. Acesso em: 06 set 2012.

Destaca-se que a indenização suplementar advinda da condenação pela prática de *dumping social* está para o Direito do Trabalho assim como o dano punitivo pedagógico está para o Direito Civil e para o Código de Defesa do Consumidor.

No que tange à destinação da verba, se por um lado indenizar a sociedade, através do Fundo de Amparo ao Trabalhador, em que pese ser coerente, por ter ligação com a matéria e beneficiar os prejudicados de forma difusa, por outro lado, importa indenizar terceiro não legitimado.

No que diz respeito à função punitiva pedagógica, apareceram duas vertentes: fixar indenização de R\$ 500,00 não fará com que uma empresa mude sua política com relação ao tratamento dado aos seus empregados, assim, não será nem punitiva e menos ainda pedagógica.

Por outra via, fixar *quantum* indenizatório milionário, certamente, terá caráter punitivo, pois atingirá "a parte mais sensível" da empresa. E será também pedagógico, pois tanto a empresa condenada, como as outras empresas que tomarem ciência da sanção, sentir-se-ão desestimuladas pelo receio de uma aplicação de indenização de tal porte. Trata-se da política do desestímulo.

Porém, valores muito altos podem causar um desequilíbrio financeiro nessas empresas, situação que pode acabar atingindo novamente os empregados.

Conclui-se que é imprescindível que o ofensor seja punido exemplarmente, mas os critérios de fixação do *quantum* indenizatório devem ser muito bem analisados.

Temática que ainda reclama muitos debates diz respeito à aplicação *ex officio* da indenização suplementar, visto que, para os defensores, a postura ativa do Judiciário em demandas sociais tem justamente o objetivo de concretizar os preceitos da nossa Constituição Federal.

Já para os críticos desse ativismo judicial, tal postura configura julgamento *extra petita*, pois a tutela jurisdicional ultrapassa os limites da lide, ofendendo os Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa.

Há críticas também com relação à inexistência de uma demanda em que haja o pedido de indenização e que os juros de mora não sejam suficientes para ressarcir todo o prejuízo para que possa ser aplicado o art. 404, parágrafo único do Código Civil.

É necessário que a sociedade se conscientize dos seus direitos e exija a aplicação deles a fim de efetivar a democracia e o bem-estar social. Deve haver resistência à exploração humana para que não haja um retrocesso das nossas conquistas.

Vale salientar que na ordem jurídica do Estado social, as empresas têm obrigações de natureza social devendo ser responsáveis e agregar valores à incorporação, tais como: respeitar os direitos dos trabalhadores; ter uma boa administração; estar atenta à publicidade que faz de seus produtos, cuidando para que não haja a propaganda enganosa ao consumidor; deve também verificar se seus fornecedores exploram mão de obra ou se oferecem produtos tóxicos, ou sem qualidade, causando impactos negativos à saúde e ao meio ambiente utilizando-se das chamadas "cláusulas sociais", que são cláusulas contratuais que podem causar o rompimento da relação comercial.

Sendo assim, resta claro que a Responsabilidade Social é um caminho contra o *dumping social*, agregando-se às cláusulas sociais que são ferramentas eficazes de respeito aos direitos dos trabalhadores.

Outra medida *antidumping*, palpável a qualquer pessoa, é o consumo consciente, que tem o objetivo de conscientizar os consumidores para que consumam produtos das empresas transparentes com relação à responsabilidade social e ambiental. Dessa forma as empresas acabam sendo pressionadas pelos consumidores. A ONG Oxfam lançou a campanha "Por trás das Marcas" em que é possível, inclusive, acessar o ranking das empresas mundialmente conhecidas e verificar como fazem negócios e quão engajadas são com a causa.⁹³

Ainda que haja certa resistência à aplicação da referida indenização suplementar por parte dos magistrados, o reconhecimento do *dumping social* como prática ilícita por parte dos empresários, já é um começo que sinaliza respeito à dignidade do trabalhador, como forma de obstar a excessiva vantagem econômica do empresário, em prejuízo do labor humano.

93 OXFAM. **Por trás das Marcas**. Disponível em: <http://www.behindthebrands.org/pt-br/ranking>. Acesso em: 02 jul 2013.

Referências

ANCHIVES, Nara. **Cláusulas Sociais, Defesa dos interesses de quem?** Disponível em: http://ww1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19885. Acesso em: 04 mai 2012.

ANDRADE, Alexsander Fernandes de. **Empresas podem sofrer condenação na Justiça do Trabalho pela prática de dumping social.** Disponível em: <http://www.dgcgt.com.br/v1/searches>. Acesso em: 03 jun 2012.

ANDRADE, Jonatas dos Santos. 1ª Vara do Trabalho de Paraúpebas/PA. Processo n. 0068500.45.2008.5.08.114 Juiz do trabalho. Disponível em: http://www.trt8.gov.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=337. Acesso em: 22 ago 2012.

AVELINO, Antonio Arraes Branco. 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS. Processo: 0130400-04.2007.5.24.0022. Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://www.trt24.jus.br/www_trtms/pdfViwer?tipo=ATA&vara=22&data=29/09/2008&hora=1715&itinerante=N&extensao=RTF. Acesso em: 17 ago 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Reflexões sobre o dano social.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigos_id=3537. Acesso em: 10 abr 2012.

BARROSO, Luís Roberto. (org.) **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIM, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Eduardo Souza. 15ª Vara do Trabalho de Franca/SP. Processo nº 0001993-11.2011.5.15.0015. Juiz do Trabalho. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/docs/000199311.2011.5.15.0015i125430.pdf>. Acesso em: 06 set 2012.

CAETANO, Luís Mário. **Dumping Social.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 06 dez. de 2010. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7275/dumping_social. Acesso em: 09 de mai 2012.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. TRT 3ª Região. Processo n.º RO 0001682.49-2010-5-03-0157. Juíza Relatora convocada. 2ª Turma. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=42867>. Acesso em: 24 ago 2012.

CARMO, Júlio Bernardo do. TRT 3ª Região. Processo n. 00866-2009-063-03-00-3 Desembargador Relator. 4ª Turma. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm. Acesso em: 21 ago 2012.

CARVALHO, Alciane Margarida de. 2ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO. Processo n. 00304.2009.002.18.00-8. Juiz do Trabalho. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=3972&p_ano=2009&p_cidade=93&tipo_proc=RTO&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=11%2F02%2F2009&popup=0&conversationPropagation=begin. Acesso em: 21 ago 2012.

CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. **Desmistificando o Dumping Social**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20121/desmistificando-o-dumping-social/2>. Acesso em: 30 abr 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

CASTRO, Heriberto de. TRT 3ª Região. Processo: 0000309-18.2011.5.03.0037. Desembargador Relator e Presidente. Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=13833>. Acesso em: 15 ago 2012.

CHAVES, Maria Cláudia Gomes. **Dumping Social como fator de precarização das relações de trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8087&revista_caderno=25. Acesso em: 03 jul 2012.

COSTA, Walmir Oliveira da. TST. Processo n. RR - 11900-32.2009.5.04.0291. Ministro Relator. 1ª Turma. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-11900-32.2009.5.04.0291&base=acordao&numProcInt=105442&anoProcInt=2011&dataPublicacao=24/08/2012 07:00:00&query=> Acesso em: 07 out 2012

ESPAÇO VITAL, **Vale é Condenada em R\$200 Milhões por Dumping Social**. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=17789. Acesso em: 22 ago 2012.

FONSECA, José Geraldo da. **Proposta nº 5 da 4ª Jornada da ANAMATRA**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/jornada/proposta/com4_proposta5.pdf. Acesso em: 03 mar 2012.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Aspectos Coletivos das Relações de Consumo: Interesses Transindividuais e o Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

HENRICHES, Marise Baptista Fiorenzano. **Apostila de Direito Civil VI. Responsabilidade Civil**. Curso de Direito. Volta Redonda: UniFOA, 2012.

KRUZE, Ana Luiza Heineck. TRT 4ª Região. Processo nº RO 0001263-70.2010.5.04.0005. Desembargadora Relatora. 6ª Turma. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:DoqPjxcKFRgJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_juris/jurisprnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D42603291+inmeta:DATA_DOCUMENTO:20110824..2012824+dumping+social++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 24 ago 2012.

LANGILLE, Brian A. **Para que serve o Direito Internacional do Trabalho?** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: nº127, jul/set. 2007.

LIMA, Maria Cesarieneide de Souza. TRT 14ª Região. RO 000260-86.2011.5.14.0031. Desembargadora Relatora. 1ª Turma. Disponível em: http://www.trt14.jus.br/home?p_p_

id=consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_jspPage=%2Fdownload.jsp&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_numeroUnicoCNJ=AAAkSEAAAMAABk1sAAx&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_numeroSequencia=2077826&_consultaprocessual_WAR_consultaprocessualportlet_tipoConsulta=2. Acesso em: 07 out 2012.

LIMA, Talita da Costa Moreira, **Responsabilidade Civil pela prática de Dumping Social**. Revista Eletrônica do Curso de Direito Unifacs. Universidade Salvador, nº 140. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/edu/article/view/1912>. Acesso em 04 mai 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A Fúria**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, vol. 68, nº 3, jul/dez 2002.

_____. **Indenização por Dano Social pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/indeniza%C3%A7%C3%A3o%20suplementar.rtf. Acesso em: 16 mar 2012.

_____. **O Dano Social e a Sua Reparação**. RDT. n. 12, nov/2007.

_____. **Por um Pacto Social**. RDT n. 1, jan./2008.

_____. 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP. Processonº.432/2007-7. Juiz do Trabalho. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/JUN/docs/004320077.2007.5.15.0096i213113.pdf> Acesso em: 24 ago 2012.

_____. TRT 15ª Região. Processo nº. 0049300-51-2009-5-15-0137. Juiz Relator. 11ª Câmara (Sexta Turma) Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>. Acesso em: 24 ago 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Globalização e Emprego**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=722>. Acesso em: 21 mai 2012.

MARQUES, Vanda Krindges. TRT 4ª Região. Processo nº 0037700-47-2009.5-04-0005 RO. Desembargadora Relatora. 7ª Turma. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:lts7oAbLBzUJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurisnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D34711966+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2009-10-09..2011-10-09+dumping+social++&client=jurisp&site=jurisp&output=xm1_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 21 ago 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MOREIRA, Ranúlio Mendes. Vara do Trabalho de Mineiros/GO. Processo: 0539-2009-191-18-00-7. Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=495&p_ano=2009&p_cidade=140&tipo_proc=RTS&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=07%2F04%2F2009&conversationPropagation=begin Acesso em: 17 ago 2012.

MOREIRA, Ranúlio Mendes. 2ª Vara do Trabalho de Goiânia. Processo n. 01035-2005-002-18-00-3. Juiz do Trabalho. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/ListaProcessos.seam?p_ufOab=52&numero_unic=01035-2005-002-18-00-3&p_vara=1&p_vara2=1&p_vara3=1&cid=14744. Acesso em: 17 ago 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. TRT 1ª Região. Processo nº RO 002960076.2008.5.1.0020. Desembargador Relator. 8ª Turma. Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/211342/00296007620085010020%2318-10-2010.pdf?sequence=1&#search=dumping+social>. Acesso em: 27 ago 2012.

OXFAM. **Por trás das Marcas**. Disponível em: <http://www.behindthebrands.org/pt-br/ranking>. Acesso em: 02 jul 2013.

PAIVA, Renato de Lacerda. TST. Processo n. RR - 191900-59.2009.5.03.0063 Ministro Relator. 2ª Turma. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=191900&digitoTst=59&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0063> Acesso em: 27 ago 2012.

PARAGUASSU, Luiz Eduardo da Silva. Vara do Trabalho de Luziânia/GO. Processo n. 00736-2007-131-18-00-0 Juiz do Trabalho Substituto. Disponível em: http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=736&p_ano=2007&p_cidade=131&tipo_proc=ACI&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&dt_autuacao=22/06/2007&popup=0&cid=32651. Acesso em: 21 ago 2012.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2009. p. 212, apud LIMA, Talita da Costa Moreira. **Responsabilidade Civil pela prática de Dumping Social**. Revista Eletrônica do Curso de Direito Unifacs. Universidade Salvador, nº 140. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/edu/article/view/1912>. Acesso em 04 mai 2012.

SILVA, Leda Batista da. **Dumping: breves pensamentos sobre história, direito, economia e contabilidade**. Revista de Direito da Concorrência, nº 4, abr/jun. 2007.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1997.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos Fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Disponível em: http://www.ambito.juridico.com.br/site/index.php?n_liink=revista_artigos_leitur&artigo_id=5414. Acesso em: 09 ago 2012.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Dumping Social, Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal**. Disponível em: http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2809 Acesso em: 28 abr 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Turma Reforma Decisão Extra Petita que Condenou Empresas por "Dumping Social"**. Data: 29 ago 2012 Disponível em: http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2339194. Acesso em: 06 set 2012.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Contrato de trabalho & eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. **Dumping Social e o Direito do Trabalho.** in *Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial.* Tércio José Vidotti e Francisco Alberto da Mota Peixoto Giordani. (Org.). São Paulo, 2003.

O CASO CHEVRON E A RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

Eduardo Tavares

Advogado e Engenheiro Agrônomo, Professor da Universidade Federal Fluminense e do Centro Universitário de Volta redonda - UniFOA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense.

Sumário. 1 A situação fática que norteia a análise. 2 Análise jurídica. 2.1. Porque a questão envolve o elemento subjetivo? 3 O sistema garantidor que não garante. 4 A hipótese de uma equação social de estabilização. 4.1 O risco como elemento imprescindível da responsabilização pela precaução. 4.2 O sistema do entendimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O final do século XX e início do século XXI levou a sociedade a refletir sobre um novo sistema: o ecossistema. A relação homem–meio passa a fundamentar-se em um complexo sistema que considera todas as relações físicas, biológicas e sociais. Agrega-se ao homem tudo o que se encontra ao seu redor e percebe-se uma ampliação dos conceitos.

No mesmo passo, as relações jurídicas devem passar a contemplar essa complexidade, e assim não foi diferente no direito pátrio. A partir da Constituição Federal de 1988, além da colocação do direito ao meio ambiente como direito fundamental, expande-se o conceito para as presentes e futuras gerações, incorporando-se o conceito de sustentabilidade. Esta também é uma vertente complexa e sistêmica que, por um lado, considera o homem e seu meio e, por outro, estabelece diretrizes norteadoras da própria ação do homem, tais como limite e necessidade. Essas relações do

homem com a natureza estão agora normatizadas em toda a sua amplitude.

A proteção ambiental é inaugurada a partir da década de 80 com a normatização através da Lei nº6938/81, com sua exigibilidade prévia de análise de impacto e responsabilidade independente de culpa, na forma do art. 14 § 1º. A tentativa de tão amplo aparato legal visava a uma resposta aos crescentes danos ambientais, consignados e visualizados pós-Conferência de Estocolmo (1972). Ainda no meado de 1985, outro diploma vem em auxílio da lei e estabelece direito substantivo público capaz de ampliar ainda mais essa dinâmica de defesa: a ação civil pública, Lei nº7347/85. A partir de então, diversos complexos normativos regulamentam a Carta Maior, de forma a consolidar os dispositivos protetivos do ambiente. Esses diplomas legais vêm sendo atualizados até os dias atuais.

Importante, portanto, deixar registrado que, em princípio, o panorama legal atende a uma vontade de proteger o meio ambiente e de responsabilizar o agente pelos danos causados. Porém, o que se tem percebido é que o objetivo da lei não vem obtendo êxito. Pelo contrário, na medida em que são criadas diversas leis, maiores têm sido as agressões ambientais: novas e antigas agressões. Resta a dúvida sobre a motivação.

Recentemente, a ocorrência de eventos ambientalmente danosos tem levado a sociedade a se questionar quanto ao despreparo legislativo quando da ocorrência do dano ambiental. Amplia-se esse questionamento ao se perguntar sobre por que não agir antes do dano, evidenciando-se assim, a fragilidade do sistema protetivo.

Pretende este trabalho, amparado em breve análise fática, apresentar, a partir da crítica, novos patamares de reflexão, se não para enfrentar o atual panorama legislativo de responsabilização, ao menos pela necessidade de uma maior proteção.

Absolutamente, o objetivo de tão breve análise não possui a pretensão de esgotar o tema, mas, reiniciá-lo sob um novo paradigma de responsabilização.

1 A situação fática que norteia a análise

O Brasil vem baseando seus planos de desenvolvimento a partir de uma, antes, promessa e, hoje, constatação de potencial econômico que são as chamadas "reservas do pré-sal". De fato, União, Estados e Municípios visam à promoção de ações a partir da efetiva exploração petrolífera em áreas profundas da plataforma continental.

Estes procedimentos requerem tecnologias avançadíssimas e específicas, e que muitas vezes surge a dúvida sobre a real segurança das ações, sobretudo, no que tange a procedimentos ambientalmente nocivos. Assim, enorme é o risco da atividade exploratória e da possibilidade de que algo possa dar errado. O melhor exemplo ocorreu no dia 20 de abril de 2010, quando uma explosão na plataforma da British Petroleum *Deepwater Horizon (BP)*, no Golfo do México, matou 11 pessoas e rompeu tubulações no fundo do oceano. Desde então, uma quantidade estimada entre 3 e 4 milhões de barris de petróleo vazaram, fazendo deste o maior acidente ambiental da história dos Estados Unidos.

No Brasil, nos últimos meses, foi verificado, no bloco de exploração na Bacia de Campos, um grande e importante vazamento de óleo promovido pela empresa Chevron. Os jornais e a sociedade em geral têm comparado esses vazamentos àquele ocorrido no Golfo do México. As manchetes, além de evidenciar os danos ambientais, trazem um aspecto importante e, até então, despercebido dos analistas e dos operadores do direito em geral. Diz a manchete:

"VAZAMENTOS: LEIS SÓ PREVEEM ATUAÇÃO APÓS ÓLEO DERRAMADO".¹

A matéria pretende, sem sucesso, que o conteúdo jornalístico amplie sua abrangência no sentido de trazer parâmetros legais a em nível internacional, mas termina por restringir-se ao panorama legal nacional. Feito o registro, detendo-se mais na matéria jornalística e adotando o chamado inicial como parâmetro, o conteúdo segue na tentativa de manter a visão preventiva da ação danosa, *ex vi*:

"Nem as recentes descobertas do pré-sal fizeram o Brasil aprimorar sua legislação para evitar vazamentos como o da Chevron na Bacia de Campos, dizem especialistas."²

Quando do primeiro vazamento da Chevron na Bacia de Campos em novembro de 2011, o Brasil comprometeu-se a elaborar um Plano Nacional de Contingência (PNC), conforme noticiaram os jornais na época:

¹ Manchete de Primeira página do Jornal O Globo do dia 21/03/2012

² Conteúdo da chamada de primeira página do Jornal O Globo de 21/03/2012

Um PNC (Plano Nacional de Contingência) de derramamento de **óleo** deve ficar pronto nas próximas semanas e deve ajudar em acidentes como o vazamento no campo de Frade, na Bacia de Campos, operado pela americana Chevron, na costa do Rio de Janeiro. É o que garantiu o representante da ANP (Agência Nacional do Petróleo), Silvio Jablonski, em audiência pública na Comissão de Meio Ambiente do Senado nesta terça-feira.³

Lembra ainda a notícia de 21/3/2012, Jornal O Globo, que dois anos após o acidente na Bacia Petrolífera no Golfo do México, e 05 meses após o primeiro vazamento da Chevron, o Brasil não conseguiu pôr em prática o seu Plano Nacional de Contingência (PNC), e ainda hoje não é dada atenção à prevenção de acidentes. Mais adiante, afirmam os jornalistas⁴: “A legislação concentra o seu foco na punição”.

No interior da matéria, há o desenvolvimento de uma linha de raciocínio muito interessante. Trata-se, conforme o título “Depois do óleo derramado”⁵, de breves observações quanto à falta de uma legislação que atue na prevenção e na reparação de danos. Argumentam, ainda, os autores, da inexistência de um seguro ambiental para a exploração de petróleo. Concluem o raciocínio afirmando que o derramamento de óleo no Campo de Frade, da Chevron, na Bacia de Campos “expõe as fragilidades da indústria no país, que se apresenta como a mais nova potência energética do mundo”⁶.

Fazendo a ponte com a exploração de petróleo na Europa, afirmam os Autores jornalistas que alguns países também produtores aproveitaram a explosão da plataforma da Bacia do Golfo do México, em abril de 2010, para rever ou confirmar políticas de emergência. Comparativamente, o Brasil não possui um plano estruturado e “vê uma reação desencontrada e sem firmeza de emergência”⁷.

Participando da matéria jornalística como entrevistada, a professora Telma Malheiros afirma: “No Brasil, legisla-se após o óleo derramado... Toda nossa lei ambiental específica de petróleo, inclusive a previsão de elaboração de um Plano Nacional de Contingência, data de 2000, depois de um grande vazamento da Petrobrás na

3 MARQUEZ, Marina. <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias.do.R7,em.Brásilia|29/11/2011>

4 CARNEIRO Lucianne, NAIDIN, Hugo. Jornal O Globo de 21/03/2012, pg 19.

5 Jornal O Globo de 21/03/2012, pág. 19, em matéria de Lucianne Carneiro e Hugo Naidin.

6 Idem, pag 19.

7 Idem, pag 19.

REDUC.”⁸

A *expert* afirma ainda que há uma série de pendências legais para a exploração de petróleo no Brasil, sendo uma delas a não necessidade de seguro ambiental, e que somente a partir de 2006 foi exigível enquanto instrumento, especificamente na área de energia nuclear. Conclui a pesquisadora que a partir do pré-sal, o Brasil avança sem salvar-se.

Ainda na mesma direção e também opinando como entrevistado na matéria, o diretor do Centro Brasileiro de Infraestrutura – CBIE, empresa de Consultoria e Informação especializada em serviços de Inteligência e Gestão de Negócios no mercado de energia, Adriano Pires, afirma que estamos muito defasados na legislação. Para o dirigente poderíamos seguir o modelo americano, onde um fundo financeiro deve lidar com os acidentes, com mecanismos de autofinanciamento, sendo que a cada barril produzido, a empresa contribui com US\$ 0,08 (oito centavos de dólar) para o fundo. Trata-se de um fundo para a reparação de danos⁹.

Também como participante da entrevista, o coordenador do Laboratório Interdisciplinar de Meio Ambiente da COPPE/UFRJ, professor Emilio La Rovere, informa ter entregado em 2006, ao Ministério do Meio Ambiente, um levantamento de experiências internacionais que podem auxiliar o Plano Nacional de Contingências brasileiro a “sair do papel”. E ainda, que faltam medidas de prevenção diante do aumento da exposição dos riscos frente à grande ampliação da exploração e produção.

Pela percepção dos jornalistas na reportagem, a partir das entrevistas, concluem que no exterior têm-se três mecanismos relacionados à exploração petrolífera: avaliação ambiental estratégica de exploração, definindo-se áreas de exclusão onde a exploração é proibida; áreas de sustentabilidade ambiental, onde há um esquema especial de segurança; áreas de exploração com fiscalização normal.

Para David Zylbersztajn, primeiro diretor geral da ANP, há legislação adequada, os contratos preveem a responsabilização, mas falta um plano de contingenciamento e coordenação das ações.

Ainda em outra reportagem, de mesma data, os jornalistas¹⁰ informam que a Agência Nacional de Petróleo irá elaborar relatório final sobre o vazamento da

8 Idem pag 19.

9 Idem pag 19.

10 Reportagem datada de 21/03/2012, Jornal O Globo, pág.19, elaborada pelos jornalistas Bruno Rosa, Liane Melo e Márcio Beck

Chevron indicando erro da companhia americana, repetindo a avaliação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Esclarecem que o relatório afirmará que a companhia avaliou mal a pressão para furar o poço no Campo do Frade o que teria gerado o derramamento de óleo em novembro. Em resposta, por meio de uma nota, a empresa Chevron nega ter sido imprudente ou negligente no Brasil, afirmando que “A empresa segue as melhores práticas da indústria no Brasil e em todos os lugares do mundo em que opera”.

Em complemento, entrevistado na mesma matéria, o Diretor de Tecnologia e inovação da Coppe – UFRJ, Dr. Segen Estefen destaca que é preciso separar a investigação penal da técnica e disse que faltam dados mais precisos para avaliar a influência da pressão acima do limite.

Opinando sobre o aspecto geral do processo de responsabilização, alguns especialistas em petróleo e gás, como o advogado Cláudio Araújo Pinto, entendem que devam ser responsabilizadas solidariamente as empresas Petrobrás e Japão Frade as quais participam do consórcio com a Chevron. Outros, como o advogado Rogério Zouein, afirmam que esta responsabilidade solidária somente poderá ser aplicada na hipótese de reparação de danos, mas não na área criminal.

Também entrevistado, o Procurador da República no município de Campos dos Goytacazes, Dr. Eduardo Oliveira, vem atuando na incriminação dos responsáveis, inclusive com a possibilidade de pedir a prisão dos envolvidos em sua denúncia.

Por fim, os autores jornalistas, informam que a Revista Forbes criticou as autoridades brasileiras por exageros, afirmando que o Brasil está transformando a Chevron em sua BP, fazendo referência ao vazamento no Golfo do México ocorrido em 2010.

Em conclusão preliminar, pode-se afirmar que a matéria envolveu diversos personagens, opiniões de pesquisadores, doutrinadores e operadores do direito, além daqueles diretamente envolvidos no evento danoso. A chamada inicial parecia apontar para uma verificação de que o sistema legislativo pátrio não possui uma resposta adequada na temática da proteção ambiental. E mais, as investigações ocorrem sempre a partir do dano, o que de certa forma implica em que as propostas de solução estão diretamente articuladas a sua existência, tais como, a busca da reparação, o seguro ambiental e a incriminação dos autores. Não se observou em toda a matéria uma resposta às possibilidades de atuação no campo da prevenção ou da precaução. As entrevistas, pela ausência de abordagem, apesar da chamada

inicial, não apontam qualquer possibilidade “antes” do óleo derramado. Nem mesmo o denominado plano de Contingência que se refere a uma atuação após o óleo derramado. Assim, a resposta à chamada principal da matéria “Vazamentos: leis só preveem atuação após o dano” pode ser confirmada.

Para uma melhor compreensão, e talvez adequação do relato fático à análise que se pretende, passa-se a dar sequência às reportagens do mesmo evento danoso de forma a compreender a evolução dos fatos e os desdobramentos jurídicos que vão sendo colocados no caso concreto cotidianamente, e que tende a reforçar as afirmações já verificadas.

No dia 22 de março a manchete revela que a denúncia do Ministério Público Federal foi apresentada em Juízo: Chevron é denunciada por crimes que dão até 31 anos¹¹.

Ainda segundo a reportagem, a denúncia envolve as empresas Chevron e Transocean, e 17 executivos e funcionários por crime ambiental, falsidade ideológica e dano ao patrimônio público, pelos dois vazamentos em novembro de 2011 e março de 2012.

A ANP - Agência Nacional de Petróleo informa ,na reportagem do dia 22/03, que está solicitando às três empresas, Chevron, Petrobrás, e Frade Japão estudos aprofundados sobre as causas do vazamento. Adianta que a ANP ainda tem 30 dias para definir o valor da multa através de processo administrativo.

Estrategicamente, em nota técnica, a empresa Chevron afirma que promove a defesa, por meios legais, para retirar a tramitação processual da Comarca de Campos dos Goytacazes, transferindo-a para a Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; fundamenta o seu pedido no fato do vazamento ter ocorrido a mais de 12 milhas da costa brasileira, baseando-se no código penal no que tange a competência por extraterritorialidade. E ainda, que a ação do Ministério Público Federal é ultrajante e sem mérito, que não há qualquer ligação entre os vazamentos. Conclui afirmando “que os funcionários da Chevron atuaram de forma apropriada e responsável no incidente, e que não há evidência técnica ou factual que demonstre qualquer conduta intencional ou negligente por parte da Chevron ou de seus empregados no que diz respeito ao incidente”¹²

¹¹ Reportagem do jornal O Globo, dia 22/03/2012, pág. 23

¹² Idem, pag 23.

No dia 23/03/2012, através de matéria jornalística¹³, a Agência Nacional de Petróleo – ANP, afirma, por sua assessoria, que se confirmarem os testes feitos para mostrar a relação entre os dois vazamentos, a Chevron poderá ter a sua concessão rescindida pelo agravante. No procedimento administrativo aberto a partir de um relatório que afirma que em novembro de 2011 foram derramados 2.400 barris de óleo, há indicadores de negligência, demora no envio de imagens do derramamento, ausência de instrumentos adequados de contenção e ausência de revestimento total do poço. Afirma a Agência que a Chevron possui um prazo de 60 dias para elaborar sua defesa administrativa e somente após deverá o processo seguir para a procuradoria da ANP que indicará a pena. As penalidades podem ser: aplicação de multa, termo de ajustamento de conduta, transferência da operação do poço a um sócio habilitado (que poderia ser a Petrobrás) ou a rescisão da concessão. Ainda assim, a Chevron poderá recorrer administrativamente ao colegiado da ANP.

Dando sequência ao inquérito na Polícia Federal, o depoimento de um dos funcionários indiciados, segundo relato de Daniel Haidar¹⁴, afirma que todos os funcionários foram surpreendidos com a pressão encontrada no reservatório. Também no inquérito, o Procurador da República Dr. Eduardo Oliveira, sustenta que todos os envolvidos poderiam ter evitado o vazamento e, portanto, foram omissos, apesar de cientes da operação.

Para melhor ilustrar a atuação dos agentes e os comandos das chefias imediatas, é importante registrar o relato do próprio funcionário sondador da empresa Transocean, Brian Mara: “Quando a pressão estava em 9,5 libras por galão, não havia pressão suficiente para evitar o kic, por isso teria que ser aumentada, empurrando o óleo para baixo”. Continua o funcionário em seu relato: “Após fechar a boca do poço, já no dia seguinte, recebeu ordens para aumentar a pressão para 13,9 libras por galão, considerando que o óleo ainda não estava contido”. Afirmou, ainda, que sabia que a parede do poço não aguentaria pressão superior a 10,57 libras, mas que recebera ordens e deveria cumpri-las¹⁵.

Em seu depoimento à Polícia Federal, o presidente da Chevron no Brasil, Sr. George Buck, contestou as afirmações dos funcionários e afirmou que a pressão foi aumentada a partir do 6º dia de perfuração, que esse era um fato normal, o qual subestimou a pressão do reservatório e superestimou a força da rocha. Concluiu afir-

13 Matéria jornalística do jornal O Globo de 23/03/2012

14 Reportagem do jornal O Globo, em 23/03/2012, pág.25

15 Idem, pág 25.

mando que “a mãe natureza é muitas vezes imprevisível”.¹⁶

Observe-se que os depoimentos possuem traços jurídicos significativos. De um lado o funcionário demonstra que há uma insegurança técnica que extrapola o risco e não foi respeitada, e ainda, que há um desconhecido. No mesmo sentido, porém, com um outro viés, o próprio presidente da Empresa Chevron demonstra que há uma incerteza e um desconhecido a ser enfrentado. Portanto, a legislação internacional responde com veemência através de princípios: na dúvida, não faça.¹⁷

Uma semana após, o Ministério Público Federal, em 05/04/2012, ingressou com nova ação civil pública contra as empresas Chevron e Transocean, na qual pede indenização de 20 bilhões de reais por causa do segundo vazamento descoberto em março no Campo de Frade, na Bacia de Campos, no Rio. Pelo primeiro, em 2011, quando perto de 2,4 mil barris de petróleo vazaram, o MPF já havia pleiteado 10,9 bilhões de dólares da Chevron. A Procuradoria quer agora que tanto a Chevron, operadora do campo, como a Transocean, dona da plataforma, sejam impedidas de operar no país e de remeter lucros ao exterior. O Procurador da República, Eduardo Santos de Oliveira, pede ainda a reavaliação do Plano de Emergência Individual, que deveria ter impedido a ocorrência de novos vazamentos. Segundo Oliveira, falhas no plano de contingência e no dimensionamento da operação e a falta de fiscalização das empresas foram a causa. Em contrapartida, a Chevron afirmou que a ação “faz parte de uma série ultrajante de ações impetradas pelo mesmo promotor” e que o valor “não está baseado em fatos”.

Passada mais uma semana de notícias, a situação atual do caso começa a ter outro horizonte. Em 12/04/2012, o TRF negou liminar ao Ministério Público que pedia a proibição da Empresa Chevron e Transocean de operar no Brasil; e ainda, a 5ª Turma negou o pagamento de multa de 20 bilhões de reais pelos vazamentos de óleo. A Justiça Federal do Rio de Janeiro já havia negado liminar¹⁸.

Em notícia veiculada em 13/04/2012, a Chevron afirma que após concluir os estudos geológicos que justificaram os vazamentos de óleo, deverá retomar, o mais cedo possível, a produção de petróleo na bacia de Campos. Nas palavras do diretor de assuntos corporativos da Chevron “estamos estudando todo o campo para entender os detalhes e retomar as operações”. Acrescenta que estas novas operações

¹⁶ Idem pag 25.

¹⁷ Princípio da Precaução – princípio 15 da Rio-92.

¹⁸ Em 12/04/2012 conforme reportagem do jornal O Globo, pág. 30,

serão cercadas de cuidados ambientais e acompanhadas de investimentos para o reforço da vedação do bloco produtivo.

Esta última informação da empresa poluente é de muita relevância jurídica, pois assinala todo o sistema obrigacional que o agente se impõe. Ou ele antes não tinha prudência nenhuma ou somente após o óleo derramado e com receio de punições, passa a adotar uma pseudoprevenção.

No dia 14/04/2012, mais uma notícia sobre o caso Chevron começa a delinear o desenlace da trama jurídico-ambiental. Entendeu a Justiça Federal que efetivamente deverá ocorrer a transferência dos processos para a Comarca da Capital do Rio de Janeiro, onde já tramita a primeira ação segundo decisão do Juiz da 2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes. O procurador deverá recorrer da decisão.

Até o mês de julho de 2013 estes são os fatos principais que norteiam a análise que se pretende. Certamente surgirão novos fatos no desenlace fático, mas incapazes de reverter a curva de impunidade que já se impõe e que pode ser visualizada em tão curto espaço de tempo de 05 meses.

2 Análise jurídica

Após o relato fático apresentado, passa-se ao mérito que se pretende ressaltar, tendo como fio condutor a análise crítica da responsabilidade pelos danos ambientais.

Para melhor compreender a crítica que tenta esclarecer a irresponsabilidade do Estado e da Sociedade em relação à proteção dos recursos naturais, é necessário o aprofundamento temático no processo de responsabilização, no conceito de dano estrito, dano real e dano potencial, e no meio ambiente como um direito fundamental.

Assim, parece que o ponto de partida é a análise comportamental da sociedade, demonstrando os aspectos subjetivos da ação do homem pertencente a uma sociedade de risco¹⁹ que vem sendo construída aleatoriamente e que se pretende reinventar.

De início, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que o processo de responsabilização inserido na legislação pátria tem o dano como seu requisito necessário, portanto, o agente somente será responsabilizado na hipótese de existência do dano,

19 GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. Biblioteca virtual, 2011.

nas diversas espécies de responsabilidades. Observa-se que na contramão do aparato legal, os princípios que norteiam o direito ambiental exigem a atitude prévia e precavida do agente e, para tanto, deve responder na inexistência do comportamento protetivo. Assim, teoricamente, sem a devida atitude prévia exigida, a hipótese é de responsabilização.

Especificamente em relação ao dano ambiental, duas características marcantes têm sistematicamente abraçado discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a irreparabilidade e a quantificação do dano.

De longa data, questiona-se se é possível a reprecinação. A doutrina é unânime²⁰ ao concluir que, uma vez atingido o meio ambiente com um dano, seria impossível o seu retorno ao *status quo ante*. Até mesmo as chamadas medidas mitigadoras, constantes nos estudos de impacto ambiental, têm demonstrado, em sua maioria, ineficácia quanto ao restabelecimento da lógica ambiental, podendo nascer uma nova e diferente cadeia no ecossistema, mas biologicamente, o que se perdeu com o dano é irrecuperável.

Por óbvio, parece que qualquer ação antrópica sempre trará algum impacto, podendo ser este absorvido ou não pelo meio ambiente, e esse é o mérito do comportamento subjetivo. A questão relevante é que, na defesa de um desenvolvimento, busca-se a implementação de tecnologias por vezes inadequadas e que conduzem aos danos ambientalmente não absorvidos. Nas áreas urbanas, essas distorções se repetem, ao largo dos planejamentos estratégicos e dos instrumentos de controle, sempre por interesses de empreendedores e financeiros.

Se abordarmos tal raciocínio no relato fático apresentado, verifica-se de pronto que, apesar de tecnologias disponíveis, não foram suficientes para evitar o dano. Começa aqui a demonstração concreta de que esse elemento subjetivo comportamental é fundamental para a questão ambiental, sem desejar ser, desde já, conclusivo, mas ressaltando como ponto importante a ser retomado adiante.

2.1. Por que a questão envolve o elemento subjetivo?

De fato, procede o questionamento, sobretudo, em se tratando da espécie de responsabilização de que trata a matéria, senão. Ocorrendo o dano ambiental, impõe-se sua reparação, é o que determina a Carta Magna em seu artigo 225, §3º, bem

20 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 36. Também nesta posição MILARÉ, KISS, SADELEER, GODARD, VARELLA E MACHADO.

como a Lei nº 6938/81, em seu artigo 14 § 1º, que acrescenta a inexistência de culpa na relação jurídica obrigacional. Logo, volta-se aqui para o dano, objetivamente e a sua simples comprovação, na melhor corrente²¹ gera a obrigação de indenizar. Portanto, necessita-se do dano. Se acrescentarmos a essa objetividade a dificuldade de restituição e de reparação indenizatória, chega-se a conclusão de que a simples existência do dano não deveria ser a condição primeira exigível, mas sim o comportamento prévio precavido do agente. Certo, mas como mensurá-lo, ou mesmo apontar a sua existência?

Agrava-se ainda mais a questão quando do exame dos aspectos múltiplos que envolvem a reparabilidade de um ecossistema, como, por exemplo, a determinação do *quantum* indenizatório no caso da impossibilidade de se tentar a restituição. Não há estudos contundentes que possam mensurar tais danos, pois como mensurar quanto custa um conjunto de espécies arbóreas de cinquenta anos de idade, retiradas de seu *habitat* originário?

Assim, nem sempre é possível calcular o dano ambiental, justamente em virtude de sua irreparabilidade. Édis Milaré²² salienta que essa característica ficou mais complexa com o advento da Lei nº 8.884/94 que, em seu art. 88, alterou o *caput* do art. 1º da Lei nº 7.347/85, enseja que também os danos morais coletivos sejam objeto das ações de responsabilidade civil em matéria de tutela de interesses transindividuais.

No caso concreto apresentado, o próprio relato aponta para um pedido de R\$ 20 bilhões de reais e não se trata de restituição. Não deveria ser mais? Ou quem sabe menos? Na mesma batida, como se efetuar a restituição de área de oceano com derramamento de 2.400 mil barris de óleo? Seria possível fazê-lo? Quais organismos vivos deveriam ser repostos? Esse ecossistema está inteiramente identificado e classificado? Dificilmente se chegaria a uma conclusão. Em relação ao *quantum* indenizatório, como valorar as perdas? Iguamente impossível.

A legislação pátria, sem dúvida, é bastante rigorosa na objetivação da responsabilidade, incluindo-se aqui a espécie integral (de risco da atividade), mas sempre nas situações de existência de dano. Não só no Brasil, mas em todo o mundo há a exigibilidade do dano. Até mesmo a ideia do dano potencial, rechaçada por nossos

21 Conforme doutrinadores como Milaré, entende que a Constituição Federal impõe um sistema garantista, ao passo que outros, como Toshio Mukai, entendem que o sistema é de responsabilização objetiva.

22 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 3.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.671.

tribunais, é aceita em alguns países da Europa e Japão.

O ser humano, sujeito de direitos e obrigações para ter um meio ambiente de qualidade para presentes e futuras gerações, exige duas medidas comportamentais: a responsabilização objetiva na existência do dano e a precaução, na sua inexistência. Assim, para quem agride o meio ambiente a reação pode ser repressiva da lesão consumada ou preventiva de uma consumação iminente. O que se espera é que com toda a fundamentação legal existente, possa a precaução de forma efetiva vir a fundamentar uma nova atitude do Estado e da Sociedade.

A precaução e a prevenção são duas faces da prudência que se colocam frente a situações quando há existência de dano. Diferenciam-se na medida em que a precaução atua quando esses riscos são de ordem hipotética, já a prevenção vincula-se a riscos verificados.

A precaução é de ordem específica e fática, envolve casos concretos relativos ao meio ambiente, evitando a atividade no caso de dúvida, avaliando sempre o fato concreto que acontece ou está para acontecer. Nesse processo, cumpre aferir em que medida é necessário evitar certa atividade. Seu universo é incerto, exigindo ações particulares, avaliação de riscos; podendo haver ações para diminuí-los, com base na comparação entre diversas possibilidades para se optar por uma, de menor risco. Há, ainda, a possibilidade de se ter que optar por uma não ação, baseado no grau de desequilíbrio em relação ao custo-benefício.

Já a prevenção é de ordem abstrata e generalista, não reclamando a presença de um fato, embora requeira um aparato legislativo protetivo do meio ambiente, a funcionar como estimulante negativo para a prática de agressões ao meio ambiente. Se as opiniões nacionais ou estrangeiras, após inventário, concluírem pela possibilidade de haver dano, denota-se a prevenção, ou seja, há o que ser prevenido.

Quanto à certeza científica, aqui abordada como elemento de fundamental importância para a aplicação do princípio da precaução, deve ser recolocada na sua amplitude e não aplicada exclusivamente em questões pontuais. Esse princípio em sua integralidade ainda terá um caminho árduo a percorrer, sobretudo na jurisprudência nacional. Nesse sentido, parece estar firmada a concretização da prevenção, o que é importante, seja pela exigibilidade do próprio Estudo de Impacto Ambiental, seja por seu abrigo no sistema legislativo nacional.

A questão da dúvida quanto aos danos, ou mesmo em relação aos possíveis danos potenciais parece ainda distante de ser amadurecida. O próprio Estado não

vincula o ato administrativo a uma atitude precavida onde considere o recuo da decisão de fazer quando persiste a dúvida dos efeitos danosos. Há uma hesitação sobre a decisão, pois o dano potencial para a jurisprudência, não é dano, deixando-se advir sua efetivação para buscar a reparação, o que pode ser irreversível.

Retornando ao relato fático apresentado e comparando aos conceitos doutrinários e fundamentos legais apresentados, observa-se que a tônica remete a uma possibilidade de indenização civil quanto aos danos, sem dúvida. Mas até que ponto esse fato contribui para a proteção ao meio ambiente, sobretudo, em empresa que manipula vultosas quantias. 10 bilhões? 100 milhões? Que diferença faz, até mesmo e porque, conforme verificado, a represtinação e o *quantum* a reparar são matérias de difícil definição e abordagem, quanto aos resultados a que se propõe.

A narrativa jornalística apresentada expõe diversas opiniões e conceitos onde abordam sempre a questão do dano. A própria legislação somente possibilita qualquer imputação ao agente na ocorrência do dano. Mas todos somos sabedores de como se inicia e quais são os resultados finais desta trajetória. A simples observância no relato fático apresentado demonstra uma curva de responsabilização que tende a irresponsabilidade.

Os paradigmas trazidos pela nova ordem constitucional e sua reflexão apontam uma proteção integral e assim há um descompasso com o processo de responsabilização vigente, apoiado na legislação. A intenção do legislador é que o agente responda pelo dano havido, ou seja, se houver danos, mesmo sem o nexo causal, ou ainda, responderá de forma objetiva sem análise da culpa.

Essas hipóteses aceitas e desenvolvidas na doutrina e praticadas na jurisprudência não acompanham o que determina o princípio internacional da precaução, consagrado em âmbito internacional através da edição como Princípio 15 da Conferência Rio/92 .

Porém, o que de fato se exige, através dos princípios constitucionais, tendo o direito a um meio ambiente de qualidade como ícone primeiro, é que o agente atue de forma preventiva e precavida e isto se refere a um comportamento subjetivo adequado e condizente com o espírito protetivo. Assim, a hipótese seria de que o agente, ao não agir dentro dos parâmetros exigíveis do princípio da prevenção e da precaução, haveria também uma responsabilização. Caso não, impossível enquadrar a relação jurídico-obrigacional, conforme determina o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88. Não se trata aqui de tão somente utilizar-se dos

meios disponíveis para o melhor resultado possível, pois esse não é o sistema imposto. O que se espera desse comportamento subjetivo é a garantia de que o risco de ocorrer o dano seja diminuto. E para estes procedimentos temos a garantia do agente de sua ocorrência enquanto elemento garantidor, já que o bem protegido possui a sua função social como bem de uso comum do povo.

Observe-se que nos fatos narrados as abordagens são inteiramente descabidas: Se por um lado o Presidente da Chevron chega a tratar o evento danoso de “mãe natureza imprevisível”, por outro, o relato testemunhal mostrava ainda procedimentos a respeitar e foram “atropelados”. Ora, se há imprevisibilidade, a determinação obrigacional é que não faça. Se é previsível, a determinação é que se faça da forma a mitigar os danos, e não expor o bem comum.

Se para o nosso direito penal, o elemento culpa ou dolo é principiológico e de substancial referência, para a responsabilização civil ocorre o oposto, e os operadores permanecem utilizando um pelo outro por sua conveniência processual. Há que ser afastada a tese patronal.

O que se espera é o não fazer diante da incerteza e, portanto, a hipótese é de que poderá haver responsabilização quando não se atua conforme o esperado, mesmo considerando a inexistência do dano real. A falta de atitude prévia poderia conduzir à responsabilidade do agente e ainda, se há um dano potencial, por que não responsabilizar-se o agente pela falta de atitude prévia?

3 O sistema garantidor que não garante

A primeira garantia do sistema remete à responsabilização objetiva ou responsabilidade integral, centrada exclusivamente no dano, sem o nexos causal, tal como afirma Édís Milaré²³. Dessa forma, em existindo dano, há a garantia de que este será reparado. Conforme já abordado, a crítica a esse sistema é que, em havendo dano, a reparabilidade e a reprecinação impossibilitam tal garantia. Nesse passo, v.g., os tribunais vêm decidindo na exigibilidade do dano real em questões ambientais, afastando-se dos princípios constitucionais que embasam a atuação precavida exigida em lei.

A outra garantia é de que o agente deve atuar fundado no princípio da precaução. Ao se examinar a natureza jurídica da precaução, há que se percorrer um estreito

23 MILARÉ, Édís, op cit. p. 757.

caminho entre a norma jurídica e o princípio. O que se busca, ao final, é a força e a efetivação daquele princípio.

Alguns autores, como Roberto Andorno²⁴, em visão ilustrativa, demonstra que se trata de um pleno exemplo de formação de uma regra de direito. Portanto, o que mais se adapta à precaução é o seu enquadramento como um princípio político-jurídico²⁵: é político, pois inspira a atuação governamental em medidas protetivas da ação pública pró-sociedade; é jurídico, pois trata de força obrigatória em normas jurídicas nacionais e internacionais, além do reconhecimento da própria jurisprudência, sobretudo na Europa. Afirma o autor que as jurisdições internacionais são unânimes em reconhecer no princípio da precaução um estatuto de regra de direito diretamente aplicável, na ausência de regulamento particular.

Como consequência, decorre a conclusão de que somente poderá alcançar esta amplitude se a sua eficácia estiver atrelada a uma responsabilização, conduzindo a um valor jurídico geral. Assim, a garantia deveria estar no atuar precavido do agente. Mas este processo de responsabilização garantista fundado na precaução não possui respaldo legal no direito pátrio. Aqui também o sistema é precário, pois apresenta um fundamento constitucional, mas não concede meios de sua aplicação.

A análise desse elemento subjetivo comportamental do agente, parece ser o único caminho a percorrer que poderá trazer respostas para esse processo de responsabilização.

Tomando-se o caso concreto, atualmente a sociedade discute, opina e lamenta o derramamento de óleo que ocorreu a partir de procedimentos desprezados. Mas a hipótese poderia ser: mas se o procedimento garantista não estiver correto e não houvesse danos, responderia o agente? Certamente que não, pois este elemento subjetivo é comportamental e exige outra espécie de abordagem que não seja pelo aparato legal objetivo.

Se há um risco a enfrentar, o encaminhamento deveria examinar se o agente agiu de forma precavida. Alguns autores contribuem com o debate. Hans Jonas²⁶, em 1980, formulou o princípio da responsabilidade, aprofundando-se no conceito de risco e da necessidade da comunidade científica produzir conhecimentos de maneira

24 MARTIN, Gilles. *La nature du principe de précaution*, apud ANDORNO, op. cit., p. 11

25 ANDORNO, Roberto. *El principio de precaucion: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p.11.

26 JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995, p. 38

responsável. Já Gerd Winter²⁷ inverte a abordagem em relação ao risco. A pergunta não seria se a atuação do agente causaria dano, mas se é necessária a atuação arriscada do agente. Assim procedendo, retira-se o fundamento da identificação do risco, cujo cerne está centrado no campo político e técnico científico, para abrigar-se na razão final da própria atividade: o bem-estar social da comunidade. Portanto há autores que trabalham o conceito e seus mecanismos, mas seria preciso melhor categorizar a sociedade de risco e este comportamento subjetivo exigível.

Assim, a garantia que está posta não responde enquanto elemento garantidor de proteção, posto que, se por um lado ocorrido o dano, rompido estará todo o ecossistema irreparável; por outro, há um elemento subjetivo comportamental que até aqui é não exigível e que sem ele todo o sistema ficará exposto.

4 A hipótese de uma equação social de estabilização

O sistema jurídico de direitos e deveres apoia o indivíduo em sua exigência quanto ao exercício de direitos. Porém, também traz ao horizonte um "comando social" que determina que esse mesmo indivíduo sujeito de direitos, em reação reflexiva, deverá arcar com seu papel social por inteiro, o que impõe obrigações mínimas do que fazer e como fazer. Esta é uma condição primeira posto que, pela regra geral, a cada direito caberá um dever.

Da mesma forma, nessa equação social, se o indivíduo faz jus a direitos fundamentais e também a mínimos sociais, há que se exigir a contraprestação social que se traduz no comportamento mínimo subjetivo, ou dever social, atendendo ao princípio *neminem laedere* (não lesar ninguém).

Mas onde está esse "comando social" que assim determina? Quem o legitima? O que faz com que o indivíduo entenda uma contraprestação como um comportamento subjetivo de parte de um todo?

A premissa que sustenta essa obrigatoriedade natural é de que cada indivíduo deverá arcar com sua parte, fortalecendo instituições justas, promovendo a estabilidade social, sobretudo, quando o bem protegido é de uso comum do povo. Importante observar-se que as instituições injustas não podem impor obrigações, pois o dever seria também natural de justiça.

27 WINTER, Gerd, op. cit., p. 43

Pelo que parece, o contraponto do exercício dos direitos fundamentais é um comando normativo como dever comportamental imposto àqueles sujeitos de direitos, pela construção do bem maior da coletividade cuja função social é o bem estar de todos. As limitações impostas a sua conduta de forma fundamentada estão diretamente relacionadas à sobrevivência do grupo, e por consequência do indivíduo. Essa é a construção a enfrentar a individualização de Bauman.

Compreendido este dever comportamental, é necessário ser examinada a forma de se fazer preponderá-lo na sociedade. Na realidade, poderia se afirmar que esse movimento na sociedade estaria articulado a partir do somatório de vontades individuais. Mas nada garante que o todo é a soma das partes. Mas a caracterização também poderá partir da ideia da ação coletiva que despertaria este conjunto de vontades individuais. Kant²⁸, em sua obra sobre o Esclarecimento (Aufklärung) aborda a libertação do homem e sua projeção para as decisões de razão autônoma. E pondera sobre a dificuldade de, por si só, construir a sua liberdade. Conclui que será na democracia que se construirá uma sociedade justa, a partir do conceito de uso público e de uma opinião pública crítica.

Portanto, é conclusivo que haja um dever obrigacional exigível pela sociedade e imposto ao homem que determina o agir integralmente com a coletividade como condição para se ter o exercício de direitos fundamentais. É razoável que esse dever possa estar na interseção do campo do dever moral com o dever obrigacional.

A compartimentalização de ações e a retaliação deste dever centrada no homem para o homem, não têm surtido os efeitos desejados, pois o que se verifica é a prevalência do individualismo e do interesse particularizado. As tentativas de simples normatização, portanto, esbarram na natureza do direito a um meio ambiente de qualidade, o que se faz refletir a possibilidade de um novo paradigma que reinvente este elemento subjetivo comportamental exigível.

4.1 O risco como elemento imprescindível da responsabilização pela precaução

Qualquer sistema contemporâneo de desenvolvimento que se pretenda hábil a incorporar ações comportamentais exigíveis em prol da sociedade deverá considerar a análise permanente do risco. Ou seja, diante de situações que possam trazer uma única hipótese de dano haverá a adoção de um comportamento, que seria exigível, amparado numa análise estrutural do risco. Assim, risco e responsabilidade do

28 KANT, Immanuel. Textos Seletos. Editora Vozes: Rio de Janeiro, pag. 102.

Estado e da Sociedade em relação à proteção ambiental, caminhariam juntos.

O que se tem percebido, em geral é que na medida em que as ameaças a danos não se convertem em ações, diminuem ainda mais as medidas preventivas de superação deste risco, o que aumenta a possibilidade de dano.

No que tange ao meio ambiente, esse conjunto de direitos subjetivos e obrigações dele decorrentes não tem possibilitado a efetividade da proteção, apesar de todo o processo de aplicação das regras e interpretações possíveis.

A questão que deve ser abordada é o conceito de sociedade de risco e os deveres dela decorrentes. Assim, sem esgotar o tema e em breve análise, pretende-se alinhar duas frentes do conhecimento, abrangendo conteúdos da sociologia e da filosofia de forma a alicerçar esta relação social sobre o comportamento subjetivo ideal ou esperado.

De início, o processo de responsabilização voltado para a aplicabilidade do princípio da precaução teria o enfoque na Teoria do Risco de Ulrich Beck²⁹. O autor enfoca a necessidade de um desenvolvimento de ações intersubjetivas calcada em negociações capazes de encontrar soluções para as ameaças autoinflingidas. Exemplifica com problemas ambientais que somente podem ser enfrentados a partir destas negociações. A ação intersubjetiva, na hipótese, parte da comunhão da ameaça na "sociedade do medo".

Nesse ponto, parece que os estudos da teoria de Beck ajudam na materialização da hipótese.

Segundo o Autor, os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Assim, devem se estabelecer regras e as bases em que são tomadas decisões, reinaugurando o processo decisório, o que Beck passou a chamar de subpolítica³⁰, reconhecendo ainda a ambiguidade e a ambivalência dos processos sociais como inevitáveis, sem se procurar soluções definitivas (Beck, 1994).

Diante de situações de risco, democraticamente há que se articular Estado e Sociedade para que possam estar cientes dos riscos que precisam ser divididos e administrados. Portanto, essa coletividade que de início parecia ser composta do

29 Beck, Ulrich. *Sociedade de Risco - rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento – São Paulo, Editora 34, 2010, p.58.

30 GUIVANT, Julia S.A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia, 2001.

somatório de decisões individuais, passa a ter um papel protagonista na construção desta intersubjetividade, o que de certa forma explica a sua influência e importância do indivíduo no processo de construção das sociedades de risco.

O indivíduo nesta modernidade possui características ímpares, pois, ao mesmo tempo em que se configura como um processo de formação social não amparadas pelas tradições, produz novas coletividades sócio culturais.³¹ Essa liberdade individual conviverá cada vez mais com riscos, e é nesse aspecto que deve ser construído o conceito de proteção integral que poderá incorporar o já identificado comportamento subjetivo exigível.

Em sua proposta, Beck considera, ainda, a alternativa de formação de fóruns de negociação que procurariam não só o difícil consenso, mas uma postura individual que possibilitaria medidas de prevenção e de precaução, integrando e eliminando conflitos ou perigos fora de controle. Quais os riscos que desejamos ou que precisamos correr? Essa é a análise pontual do comportamento subjetivo exigível, observando-se a construção no coletivo e para a coletividade. O autor afirma que, assim como a democratização dos riscos faz o diagnóstico da sociedade de risco, a democratização das decisões faz a sua profecia. Em última análise, trata-se de um cenário de um conflito global em torno dos riscos.

Quanto à aplicação do princípio da precaução, haverá dificuldades para se construir alicerces para os projetos desenvolvimentistas e para o risco e a exigibilidade de conduta precavida, sobretudo na jurisprudência. Nesse sentido, a alternativa parece estar firmada no que Habermas desenvolve como teoria da sociedade, o agir comunicativo orientado pelo entendimento³², como a permanente tensão entre faticidade e validade que se opera de forma intersubjetiva num conjunto de ações que materializariam procedimentos de precaução e de prevenção, tal como a exigibilidade do próprio Estudo de Impacto Ambiental.

4.2 O sistema do entendimento

Este agir comunicativo fundamentaria a exigibilidade da intersubjetividade na inserção do comando normativo de responsabilização pela ausência de procedimentos precavidos, ou seja, aplicando-se a temática da democracia, desenvolvida por

31 WESTPHAL, Vera Herweg. A Individualização em Ulrich Beck: análise da sociedade contemporânea

32 Habermas, Jürgen, Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido de A. de Almeida – Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2003, p.143.

Jünger Habermas,³³ poderia ser construído e incorporada a vontade social de exigir essa atitude preventiva e precavida. Dessa forma, seria desenvolvido o conteúdo normativo, deslocando-se do eixo da eticidade para a base validativa da análise da ação. Com a aplicação da teoria do discurso sob regras de argumentação³⁴ propõe-se o exercício de direitos intersubjetivos para a formação da vontade política, fugindo da exclusividade da conduta ética dos cidadãos.

Em estreita síntese, seria o cruzamento dessas bases do conhecimento, sociológica (BECK) e filosófica (HABERMAS), que se conformaria um processo coletivo de exigibilidade de procedimentos individuais cabíveis na adoção da efetiva proteção ao bem de uso comum do povo, enquanto direito fundamental. Em princípio, parece que o agir comunicativo se somaria aos procedimentos sociológicos exigíveis e apontados pela sociedade de risco.

Dentre estes procedimentos estão àqueles vinculados ao comando normativo, internacionalmente reconhecido princípio protetivo do meio ambiente: o princípio da precaução.

Assim, em Habermas, busca-se reconstruir a autocompreensão entre pretensões normativas democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social. Parte-se dos direitos dos indivíduos, a que se tem que contemplar uns aos outros, regulando a vida social de forma legítima, o que caberia ao direito positivo. Há assim, uma tensão entre facticidade e validade que permeia o sistema dos direitos.

A construção do consenso, da intercompreensão se dá, em termos gerais, através de um processo cultural específico que ocorre a partir de seu aspecto geral, em que um horizonte de conhecimentos pré-interpretados e pressuposições culturais promovem a estabilidade necessária das regiões específicas da interação entre os indivíduos. Ou seja, aquilo que gera a diferença e promove a individualização deve ser articulado enquanto processo de consensualização, interpretado pelo o que lhes são comuns previamente e talvez seja isto que vá promover a legitimação necessária.

Contudo, há outro elemento a acrescentar e que possui fundamental importância nesta breve análise: o bem e uso comum a ser protegido. Até aqui, não foi possível deixar explicitado que tal bem possui características particulares e que devem ser consideradas e incorporadas ao processo de legitimação. É possível que

33 Habermas, Jünger. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio bento Siebeneichler, Rio de Janeiro. Tempo Moderno, 1997.

34 Habermas, Jünger, *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido de A. de Almeida – Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2003. P.143.

essas características nasçam a partir do sistema obrigacional de direitos e deveres impostos ao meio ambiente enquanto direito humano fundamental. Ou seja, é de todos e todos devem zelar por ele. É uma ideia de movimento da sociedade e somente isso poderá gerar energia para a engrenagem obrigacional se efetivar. Justifica-se essa abordagem por sua função social. É conclusivo que este sistema obrigacional somente poderá obter sua validade se efetuado a partir da ideia do consenso, bem apresentada tanto por Habermas como por Beck. Seria a forma de explicar como este comando protetivo, originado num sistema positivo obtém sua legitimidade.

Cabe aqui a observação, a partir das luzes em Kant³⁵, desta consciência coletiva que é o uso público do bem e traduz-se na própria libertação, alcançando-se o esclarecimento lentamente, através das revoluções silenciosas. Prisioneira como está do próprio modelo de desenvolvimento, somente deslocando-se o eixo da razão para a construção intersubjetiva, tem-se a chance de alcançar pela liberdade esta conduta exigível de proteção. Novamente, percebe-se um movimento social por direitos e para resguardar direitos ao uso do bem comum ao povo, impondo a todos o dever de proteção. Caso não se efetive, continuaremos no estado de heteronomia, prisioneiros do modelo escolhido, exterminando, por consequência, aquilo que mais precisamos: a vida.

Retomando em Habermas, acredita-se que a fonte de toda legitimidade está no processo democrático de produção de leis e que esta se apoia no princípio da soberania do povo. Aqui, deve-se avançar, não só para legitimar o processo produtivo de leis, como também incorporar o elemento intersubjetivo exigível e a ser construído pela coletividade. Para o Autor, a questão do direito está relacionada à sua função integrativa, numa dimensão social e positiva do sistema legal. Do ponto de vista da facticidade, surge como um conjunto de leis que regulamentam estrategicamente a mobilidade dos atores, integrando-os. Por outro lado, sua força normativa, como a validade, o Direito deriva sua legitimidade do princípio de soberania popular, da formação discursiva da opinião e da vontade.

O autor assevera que a tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele não pode ser menosprezada nem ignorada. Ressalta que os argumentos favoráveis à legitimação do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, e também com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente. Assim, estes elementos se somam a ideia de intersubjetividade

35 KANT, idem, pag. 102.

comportamental. Na concepção habermasiana, é através dos discursos que se pode formar uma vontade racional e coletiva capaz de legitimar o processo de normatização. Essa sociedade que se pretende deverá conceber em seus arranjos comunicativos os indivíduos como autores e destinatários de seus direitos.

Uma sociedade soberana, portanto, é aquela de pleno exercício de direitos humanos, de enfrentamento ao individualismo exacerbado, de construir o "lugar comum" de direitos, justificando o direito moderno. Esta autorrealização ética, seguindo as tradições liberais e republicanas, deverá articular os direitos fundamentais com a autodeterminação moral.

Habermas (1997, 148) propõe a incorporação da dimensão valorativa sobre a ética que se dá através da solidariedade e da justiça nos problemas de ordem moral. Na formação do indivíduo enquanto pessoa, a moralidade atua em dois planos: no respeito às igualdades de direitos entre os indivíduos, na liberdade subjetiva da individualidade, vinculados à justiça; e na proteção da rede de relações intersubjetivas, onde o indivíduo se apresenta como membro da comunidade, compartilhando os mesmos valores, vinculados então ao princípio da solidariedade.

Pelo princípio da universalização de Habermas (1997, p.148) para uma norma ser válida as conseqüências intencionais e não intencionais que sua observância generalizada tem para os interesses de cada um "devem ser livremente aceitas por todos."³⁶ Isto é, dentro dessa perspectiva, possui como pressuposição necessária "toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles tivessem oportunidade de participar de um discurso prático".³⁷

Segundo Lidiane Nascimento Leão, em "Considerações sobre a Ética do Discurso de Jürgen Habermas"³⁸, conclui-se que

Com efeito, o debate encerra uma serie de desafios e possibilidades para se compreender a posição de Habermas no que se refere à reflexão ética e moral. Observou-se que quando Habermas fala em consciência moral e agir comunicativo refere-se às questões relacionadas com o caráter dialógico da moral que abrange conceitos elementares, como: o principio de

36 HABERMAS, op cit p. 148

37 HABERMAS, op cit,p. 148

38 LEÃO, Lidiane Nascimento. Considerações sobre a Ética do Discurso de Jürgen Habermas, www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/.../lidiane_nascimento_leao2.p

universalização, a ética do discurso e a teoria do desenvolvimento da consciência moral.

E avança com o autor:

Nesse sentido, o princípio de universalização, segundo Habermas, fundamenta a ética do discurso. Dessa forma, o princípio de universalização, uma vez que integra uma relação de fala, poderá possibilitar a quem participar de uma argumentação, chegar aos mesmos juízos sobre a aceitabilidade de normas de ação.³⁹

Portanto, a exigibilidade do que se pretende como contraprestação social deverá ser legitimamente construída a partir do consenso, decisão esta individual a partir da legitimidade coletiva que abrigará as possibilidades ético-existenciais. Retoma-se, aqui a ideia de movimento.

Por fim cabe observar que não se pretende, a partir de pressupostos e considerações, uma vez mais, delinear normativas absolutas que possam dar forma a esta contraprestação social, enquanto comportamento subjetivo exigível. Se assim fosse, seria mais uma tentativa frustrante de interferência autoritária nos processos sociais, carente de legitimidade perante a sociedade.

Conclusão

O presente trabalho teve a pretensão de, a partir de um relato fático que tem como base um acidente ambiental, possibilitar a reflexão sobre o sistema de responsabilização e sua operacionalização. Demonstra, ainda, que as garantias constitucionais a um ambiente de qualidade estão distantes exatamente devido a um processo de responsabilização que não se presta ao que se propõe.

O relato fático acompanhado por 40 a 50 dias de reportagens bem demonstra que há uma curva perversa de desinformação à sociedade, inteligentemente trabalhada pelos operadores do direito e que ao longo do tempo foi se esvaindo até cair no esquecimento da impunidade. Diante de tais fatos, onde estão as incongruências? Numa responsabilização que recai verticalmente sobre a exigibilidade do dano, na ausência de um efetivo sistema preventivo e precavido e, sobretudo, na ausência de

39 HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 208-209.

compreensão de um sistema obrigacional que efetiva um movimento democrático de responsabilização.

O indivíduo, protagonista desse sistema obrigacional jamais compreenderá tal sistema se não se colocar nele, seja como credor, seja como devedor a um ambiente de qualidade. Há aqui uma exigibilidade de um comportamento subjetivo que se pretende preventivo, precavido e que se impõe, mas que deve “nascer” enquanto um movimento da sociedade.

Observe-se que essa afirmativa vale tanto para o operador da sonda de perfuração da rocha quanto ao presidente da empresa. Todos são igualmente responsáveis diz o comando subjetivo exigível. Essa atitude preventiva e precavida deve ser o alicerce maior da responsabilização; é o que se deve à sociedade diante da proteção a um bem de uso comum do povo.

Como construir esse fenômeno social é tarefa de grandes. O processo de estabilização da equação social garante, por um lado, o exercício de direitos fundamentais e por outro o compromisso obrigatório de ser pessoa, através da solidariedade como um princípio ético e moral. O que Jonas (2006) construiu sobre a égide do princípio da responsabilidade, só que aqui tematicamente adequado.

Portanto, o caminho a seguir do exercício pleno do direito fundamental a um ambiente de qualidade deve considerar o equilíbrio dinâmico da equação social. O rompimento do estado de individualização poderá ser contraposto à busca do consenso como ferramenta democrática de construção da necessária ambiência social ao que se adota como contraprestação.

Há muito, Duguit⁴⁰ defende que o enfrentamento do processo de individualização se daria por um senso comum de solidariedade e de interdependência entre os indivíduos de uma sociedade. Seria, assim, a partir desse conceito, que nasceria o respeito a certas regras essenciais para a vida em sociedade. Portanto, todos estariam submetidos ao que ele chamou de solidariedade social.

Referências

ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

40 BLLIER, Jean Cassien, MARYIOLI, Aglae. HISTORIA DA FILOSOFIA DO DIREITO, tradução de Mauricio de Andrade, Editora Manole, 2005, p.332., apud Léon Duguit in Les transformations générales du droit privé

- ANDORNO, Roberto. *El principio de precaucion: um nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 5ª ed., 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O que é Pessoa Humana*. Mimeo., 2001.
- BLLIER, Jean Cassien, MARYIOLI, Aglae. *Historia da Filosofia do Direito*, tradução de Mauricio de Andrade, Editora Manole, 2005, p.332., apud Léon Duguit in *Les transformations générales du droit privé*
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 14ª. Reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1998.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Ed Cultrix e Cultrix e Mana-Key . São Paulo, 2004.
- CERQUEIRA, Kátia Leão. *Entre facticidade e validade: A legitimação do direito à luz da razão comunicativa*, In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 82, 01/11/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/>
- FARIA, José Eduardo Faria. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p.113-168.
- JONAS, Hans. *O Princípio da Responsabilidade*. Contraponto Editora, Rio de Janeiro, 2006
- KANT, Immanuel. *Textos Seletos*. Editora Vozes: Rio de Janeiro, pag. 102.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. De João Baptista Machado. Coimbra: Porto, 1990.
- LEAL, Rogério Gesta. Habermas, Jürgen. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito*: São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 403.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEÃO, Lidiane Nascimento. Considerações sobre a Ética do Discurso de Jürgen Habermas, disponível em www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/.../lidiane_nascimento_leao2.

LUHMAN, Niklas. *Legitimidade do procedimento*. Brasília. Ed. UNB. 1980, pág. 31.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SARLET, IngoWolfgang . *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.95

SARLET, IngoWolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 161.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 48.

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1997.

STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.18

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991.

REVISITANDO KANT: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS CONCEITOS DE LIBERDADE, MORAL E DIREITO

Matheus Vidal Gomes Monteiro

Advogado; Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (2010); Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Veiga de Almeida - UVA (2008); Doutorando em Direito pela UNESA. Pesquisador e Professor da Universidade Federal Fluminense - UFF. Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Constituição e Processo – CNPQ.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos básicos da doutrina kantiana. 3. O Direito para Kant. 3.1. Observações introdutórias. 3.2. Kant e o Direito. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a perspectiva kantiana acerca do direito, traçando suas principais ideias acerca do fenômeno jurídico. No entanto, registra-se, desde já, a impossibilidade de adentrarmos diretamente à análise da perspectiva kantiana do direito sem desenvolvermos conceitos basilares – como a liberdade na teoria moral kantiana – de sua teoria moral, partindo, deste ponto, para a análise do fenômeno jurídico.

A escolha de Kant dá-se diante de todo o impacto gerado a partir do desenvolvimento de suas ideias, não restritas apenas ao âmbito jurídico, mas, reconhecida como sendo um dos principais autores da modernidade, sendo que suas obras consistiram na base para o desenvolvimento das grandes discussões filosóficas que se seguiram.

A perspectiva moral kantiana, tida como *pura*, relacionada à necessidade de estabelecimento *a priori* da experiência humana, consiste em perspectiva única e

que, apesar de monológica, consiste num dos marcos da modernidade e das discussões acerca da chamada filosofia da consciência, em relembração à teoria do conhecimento de Kant. Desta forma, a tão conhecida noção de *imperativo categórico* nos condiciona, obrigatoriamente, ao retorno à sua teoria moral, para um bom desenvolvimento do conceito de direito para este autor.

E, a partir de sua perspectiva acerca da moral, Kant estruturou sua teoria do direito, o que o tornou único em seu tempo, e gerou uma série de autores, tidos como *neokantianos*, em atualização às suas perspectivas teóricas. Um dos autores que assumidamente encampa as ideias kantianas (tais como a relação das normas de ação com certa pretensão de universalidade) adotando, porém, contornos próprios, consiste em Jürgen Habermas.

A partir de tais justificativas iniciais, nos propomos à abordagem do tema iniciando-se pela análise de conceitos básicos desenvolvidos por Kant acerca de sua *Metafísica dos Costumes* (I), em especial, iniciando-se pela abordagem do conceito de liberdade, consistindo em ponto inicial de desenvolvimento e abordagem das demais questões morais e jurídicas kantianas, passando para a análise do Direito a partir de sua perspectiva (II), desenvolvendo as classificações entre direito natural, privado e público, sendo, ainda, este último, dividido em direito civil, direito das gentes e direito cosmopolita.

1. Conceitos básicos da doutrina kantiana

Neste item analisaremos os conceitos principais da obra kantiana presentes em seu livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, e que reaparecem, devido à temática a qual se propõe a analisar, na obra *Introdução ao Estudo do Direito* na parte destinada à análise dos *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Logicamente, que o objetivo consiste na análise de conceitos principais impactantes ao desenvolvimento do presente tema, visto que, outras temáticas desenvolvidas por Kant, como, por exemplo, a sua teoria do conhecimento, possuem inúmeros outros conceitos basilares ao desenvolvimento do raciocínio específico a ser explorado, e que não estarão neste momento, aqui, sendo abordados.

Desta forma, e afeto diretamente ao tema proposto, num primeiro momento, torna-se de imensa importância definir o conceito de liberdade para Kant, que será utilizado em todo o decorrer desta primeira parte, e, neste caso, as transcrições diretas tornam-se essenciais para uma verdadeira apreensão das ideias:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas no uso prático da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas (da sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte. (KANT, 2007, p. 34).

Neste primeiro momento, analisamos o conceito positivo de liberdade para Kant, que, conforme será visto adiante, adquirirá outros contornos diante da própria análise kantiana quando da publicação de obras posteriores ao *Estudo da Doutrina do Direito*. Com isso, neste conceito positivo de liberdade, de um ponto de vista prático, é que estão baseadas as leis práticas incondicionais, denominadas de leis morais.

Essas leis morais das quais nos fala Kant estão todas fundamentadas neste primeiro conceito positivo de liberdade, mas, como para nós, “cuja escolha é sensivelmente afetada, e por isso não se conforma por si mesma à vontade pura, mas a esta se opõe amiúde” (KANT, 2007, p. 34) e também, que no uso prático da razão o conceito de liberdade irá provar sua realidade através de princípios práticos, i.e., leis práticas incondicionais, temos que essas leis morais irão constituir comandos ou proibições às nossas ações, acompanhando sempre, a liberdade. (KANT, 2007, p. 34).

A solução apresentada por Kant [para a fundamentação das leis morais] passa pela distinção entre heteronomia e autonomia¹, central na filosofia kantiana. É heterônoma uma regra de conduta que tem seu fundamento em algo externo, que pode ser a tradição, mandamentos divinos, ou interesses englobados em uma certa concepção de felicidade. Por outro lado, Kant formula a noção de autonomia da vontade ao ampliar a concepção democrática de liberdade de Rousseau, que articula a idéia de contrato social como um procedimento em que as pessoas obedecem a si mesmas na medida em que participam juntas da elaboração das leis. Essa concepção se diferencia da liberal, que entende a liberdade como limitação recíproca, a liberdade de um terminando onde começa a liberdade do outro. (TERRA, 2004, p. 11-12).

E, desenvolvendo inicialmente suas ideias na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant (2005) buscará demonstrar a necessidade do estabelecimento de uma *metafísica dos costumes*², dividida em duas partes: uma racional, consistindo na moral propriamente dita, e outra empírica (denominada, esta, de antropologia prática), baseada na experiência. E, como estamos a tratar da teoria *moral* de Kant, esta se desenvolverá descolada da experiência, ou seja, descolada de um referencial empírico, consistindo, no dizer do próprio autor, pura, advinda de um conhecimento racional, e que, ao ser aplicada ao homem como ser racional, irá fornecer-lhe leis a priori.

Diferentemente do pensamento grego – tendo como principal expoente, Aristóteles, e o desenvolvimento de suas ideias acerca das *virtudes* – Kant (2005) admitirá como sendo a única “qualidade/virtude” possível de ser admitida como boa, ou má, sem qualquer limitação a *boa vontade*. Não há, pois, qualquer qualidade que possa ser considerada como boa em si mesmo, caso não tenhamos uma *boa vontade*

1 Para Kant, o “princípio da autonomia da vontade” consiste: “toda vontade humana como uma vontade que dá a si próprio sua lei universal por meio de suas máximas”. Relembrando a primeira formulação do imperativo categórico: “Aja apenas segundo a máxima que você possa querer ao mesmo tempo que se torne uma lei universal.”; e a segunda formulação: “Aja de tal modo que você trate a humanidade tanto em sua pessoa como na pessoa de todos os outros sempre ao mesmo tempo como fim, e jamais como simples meio.” Tais formulações decorrem da análise kantiana do *conceito e existência* do ser racional, como dito. Deste modo, pela presença da autonomia é que o ser racional, “por se submeter à lei moral dada por si próprio [a primeira formulação do imperativo categórico]”, “torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas ‘um valor interno absoluto’, uma ‘dignidade’ [...] Se o ser racional distingue-se dos demais seres pela capacidade de pensar (o entendimento) e com isso de se dar fins, isto, segundo Kant, não basta, como na tradição, para fazer dele uma ‘pessoa’. Pela autonomia, no entanto, isto é, por se submeter à lei moral dada por si próprio, é que o ser racional torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas ‘um valor interno absoluto’, uma ‘dignidade’”. (NOUR, 2004, p. 11).

2 Para Kant (2005), a chamada *Teoria dos Costumes* consistiria na ciência que tem por objeto compreender as leis da liberdade.

apta a nos guiar com segurança. E, como primeira característica dessa boa vontade, Kant nos impõe o desinteresse, o que o afasta de qualquer perspectiva utilitarista ou consequencialista, e nos desloca para a análise de dois conceitos importantes: obrigação e dever.³

Por estarmos tratando de condutas que serão analisadas como moralmente corretas ou incorretas, essas leis práticas incondicionais é que irão delimitar o campo das ações permitidas e proibidas moralmente. E, desta noção de proibição / permissão de condutas, tem-se o conceito de *obrigação*: como a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão (KANT, 2005, p. 35); e de *dever*: como a ação à qual alguém está obrigado, consistindo, pois, a matéria da obrigação. (KANT, 2005, p. 35). Nas palavras de Kant (2005, p. 35): "Um imperativo categórico, porque impõe uma obrigação com respeito a certas ações, é uma lei moralmente prática".

Como dito anteriormente, a análise realizada por Kant (2005) acerca da moral vem carregada de um descolamento da experiência, o que, inicialmente quando do desenvolvimento do conceito de *boa vontade*, nos condicionada a admitimo-la como sendo uma vontade *pura*, a qual será conduzida a partir de motivos *a priori*, pela razão, e que seriam propriamente morais. E é a partir desta análise inicial acerca da boa vontade que se inicia o desenvolvimento da teoria kantiana em busca do chamado *princípio supremo da moralidade*, consistindo, este, no princípio condutor (*a priori*) das ações moralmente corretas.

E, diante do deslocamento da perspectiva kantiana da experiência e das consequências advindas da prática da ação, torna-se tal visão preocupada com a intenção do agente, desenvolve, Kant (2005), os conhecidos conceitos de *ação conforme o dever*, e, *ação por dever*, consistindo, pois, o *dever* como sendo a necessidade da prática de uma ação por respeito à lei, o que desdobrará no conceito de *interesse moral*, totalmente desinteressado, e praticado por *dever*, o que, de forma conclusiva, nos conduzirá à compreensão do que seria uma *boa vontade*, conforme iniciado o raciocínio nos parágrafos anteriores. Em outras palavras: uma ação praticada *por dever* tem o seu valor moral não no propósito que por meio dela se quer alcançar, mas na máxima que a determina; não depende, pois, da realidade do objeto da ação, mas meramente do princípio do querer segundo o qual a ação foi praticada, prescindindo

3 Nas palavras de Kant (2005, p. 22): "A boa vontade não é boa pelo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma. E considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais elevado do que tudo o que por meio dela puder ser alcançado em proveito de qualquer inclinação ou, se quiser, da soma de todas as inclinações."

de todos os objetos da faculdade do desejar (KANT, 2005).

Às leis morais, que constituem comandos ou proibições às nossas ações, Kant entrega a denominação de *imperativos*, que podem ser técnicos (preceitos da arte), que sempre comandam apenas condicionalmente, e categóricos (comandos ou proibições), que comandam incondicionalmente. No dizer de Kant, um “imperativo é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma contingente é tornada necessária”⁴ (KANT, 2007, p. 35), i.e., “um princípio que converte certas ações em deveres”⁵ (KANT, 2007, p. 37).

Com isso, a vontade encontra-se entre o princípio *a priori* (puro) que a conduzir, e o seu motor *a posteriori*, que consistiriam suas consequências práticas. Mas qual seria então esse princípio condutor da vontade, tornando-a *boa*, que nos proporcionaria a qualificação de *moralmente boa* à determinada ação praticada, lembrando a necessidade de descolamento da experiência, fundando-se apenas da razão?

Mas qual pode ser essa lei, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que se espera dela, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem a menor restrição? Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-la do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal. Aqui é a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas ações) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir como princípio, para que o dever não seja em qualquer parte ilusão vã e conceito

4 Nas palavras de Kant (2005, p. 45): “Um imperativo difere de uma lei prática em que uma lei efetivamente representa uma ação como necessária, mas não considera se esta ação já é inerente por força de uma necessidade interna ao sujeito agente (como num ser santo) ou se é contingente (como no ser humano, pois quando ocorre o primeiro desses casos não há imperativo.” No entendimento de Kant: “O imperativo diz-me, pois, que a ação para mim possível é boa, e representa a regra prática em relação com uma vontade que não pratica uma ação porque seja boa, em parte porque o sujeito nem sempre sabe que ela é boa, em parte porque, mesmo que o soubesse, as suas máximas poderiam contudo ser contrárias aos princípios objetivos de uma razão prática.”

5 Complementando com Kant (2005, p. 45): “Todos os imperativos se expressam pelo verbo *dever* [sollen] e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que, por sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada por tal lei (uma obrigação). [...] Uma vontade perfeitamente boa estaria, portanto, igualmente sob leis objetivas (do bem), mas não se poderia representar como obrigada a ações conformes à lei, pois que pela sua constituição subjetiva só pode ser determinada pela representação do bem. [...] Por isso, os imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional – da vontade humana, por exemplo.”

quimérico; com isso, equilibra-se perfeitamente a comum razão humana em seus juízos práticos, e o citado princípio jamais deixa o seu campo de visão. (KANT, 2005, p. 29-30)

A primeira formulação kantiana destas leis práticas incondicionais morais – fundamentadas todas num conceito a priori de liberdade – que se limita a afirmar o que é a obrigação, é assim formulada: “Age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal” (KANT, 2007, p. 36). Esse imperativo, tido como categórico – pois, no sentido kantiano, categórico como sentido absoluto – consiste o tão famoso princípio supremo da moralidade kantiana, ou, nas palavras do próprio Kant (2005), o princípio supremo da doutrina dos costumes. Com isso, primeiramente devemos considerar nossas ações em termos de nossos princípios subjetivos – máxima própria – para, posteriormente, confirmarmos se tais princípios podem ter validade objetiva, o que ocorrerá se pudermos ser o produtor de uma lei universal através de nossos princípios subjetivos e qualificar essa produção como lei universal. (KANT, 2007) Isso faz de Kant um autor que desenvolveu sua teoria moral num sentido procedimental, diante da ausência de mandamentos substanciais que condicionam a conduta humana, e também, num sentido monológico, acompanhando todo o desenvolvimento de sua teoria do conhecimento a partir de uma razão prática monológica (TERRA, 2004).

E, diante da primeira formulação kantiana do imperativo categórico tem sido adotado, por diversos autores, como sendo denominada de “lei da liberdade moral” (HABERMAS, 1997, p. 40), “lei moral” (NOUR, 2004, p. 11), “princípio de unidade” (NOUR, 2004, p. 12)⁶, “princípio da moralidade” (NOUR, 2004, p. 17) etc. Com isso, a teoria moral nos “fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral”. (HABERMAS, 1997, p. 140).

De acordo com Kant (2005; 2007), uma máxima seria, pois um princípio subjetivo de ação, “um princípio que o próprio sujeito converte em sua regra (como ele deseja agir); um princípio de dever, por outro lado, é um princípio que a razão a ele prescreve absolutamente e, assim, objetivamente (como ele deve agir)” (KANT, 2007, p. 36). Portanto, uma máxima será moral quando for universalizável, consistindo, pois, o imperativo categórico como o procedimento utilizado para testar essas máximas – regras subjetivas – e sua capacidade de universalização.

⁶ Com esta denominação, Nour (2004) faz referência à primeira formulação do imperativo categórico kantiano, adotando um caráter de unidade universal.

Com o imperativo categórico, garante-se que a esfera moral tenha suas leis próprias, independentemente das outras esferas culturais, e também que estamos obedecendo a leis de cuja elaboração nós, como seres racionais, participamos. Trata-se de uma moral em que, para usar os termos da filosofia contemporânea, haveria a prioridade do justo sobre o bem – isto é, a prioridade do que pode ser aceito por todos sobre as concepções particulares acerca da vida boa e da felicidade. (TERRA, 2004, p. 13)

A personalidade moral, pois, não é “mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (enquanto a personalidade psicológica é meramente a faculdade de estar consciente da própria identidade em distintas condições da própria existência).” (KANT, 2007, p. 36).

Uma segunda formulação kantiana, também caracterizada como imperativo, e denominado por Kant como imperativo prático, temos que:

Se, pois, existirem um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que diz respeito à vontade humana, deverão ser tais que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para todos porque é fim em si mesmo, constitua um princípio objetivo da vontade, que possa, por conseguinte, servir de lei prática universal. (KANT, 2005, p. 59).

Esse imperativo categórico correspondente à primeira formulação kantiana, denominada por muitos como uma “lei universal”, e esse imperativo prático kantiano, correspondente à segunda formulação nos prescreve que: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2005, p. 59). Ao proceder a uma interligação entre as duas primeiras formulações dos imperativos (leis práticas), Kant nos esclarece que:

Deve, com efeito, o princípio de toda a legislação prática residir objetivamente na regra e na forma da universalidade que a capacita (segundo o primeiro princípio) a ser uma lei (sempre lei da natureza); contudo, subjetivamente ele reside no fim; mas o sujeito de todos os fins é (de acordo com o segundo princípio) todo o ser racional como fim em si mesmo: disso decorre o

terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância dessa vontade com a razão prática universal, quer dizer, a idéia da vontade de todo ser racional concebida como vontade legisladora universal. (KANT, 2005, p. 62).

Diante desta relação proposta por Kant (2005), temos como necessário de que o ser racional deve se considerar como legislador universal (primeira formulação), no intuito de julgar a si mesmo, e às suas ações, pois, "são rejeitadas todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade".

Deste modo, especificam-se os chamados *Conceitos preliminares da metafísica dos costumes kantiana*, demonstrando o conceito de liberdade para Kant, e delimitando-o em seu aspecto positivo (inicialmente), e demonstrando, já neste item, que para Kant, temos uma doutrina moral procedimental que deverá ser analisada de acordo com determinadas regras práticas, denominadas imperativos categóricos, e que dela decorrem as leis jurídicas.

3. O Direito para Kant

3.1 Observações introdutórias

Após o estudo de alguns conceitos preliminares da metafísica kantiana, passemos ao estudo a respeito da ética, moral e direito para Kant, pois Kant procede a uma distinção inicial entre as leis da natureza e as da liberdade, adquirindo, pois, o termo "moral" um sentido amplo, denominando as leis da liberdade como leis morais. A moral, para Kant, então, englobaria tanto o direito quanto a ética. (TERRA, 2004, p. 13-14) ⁷

Em contraste com as leis da natureza, essas leis da liberdade são denominadas *leis morais*. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de *leis jurídicas*; porém, se adicionalmente requerem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são *leis éticas* e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é

⁷ Nas palavras de Terra (2004, p. 14): "Dessa forma, usando o termo "costumes", que também abrange as duas disciplinas [direito e ética], Kant publica a *Metafísica dos costumes*, composta por dois tomos: a *Doutrina do direito* e a *Doutrina da virtude*, esta tratando da ética em sentido estrito."

a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo como no interno da escolha, porquanto é determinada por leis da razão. (KANT, 2007, p. 35).

Com isso, percebe-se claramente que as leis jurídicas, para Kant, decorrem das leis morais, e, por conseguinte, devem estar em conformidade com aquelas. E, como dito, as leis morais para Kant, são todas fundamentadas num primeiro conceito de liberdade, em seu aspecto positivo que irá provar sua realidade através de princípios práticos. Com isso, pelo fato da moral englobar as leis jurídicas e as leis éticas (virtude), Kant analisa os deveres os quais possuem os indivíduos, sob os dois aspectos:

Todos os deveres são ou *deveres de direito (officia iuris)*, quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou *deveres de virtude (officia virtutis s. ethica)*, para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim. (KANT, 2007, p. 55).

Elaboremos, então, uma rápida diferenciação entre as leis morais jurídicas e as leis morais éticas: um primeiro ponto distintivo é a natureza do móbil, pois “na ética o móbil é o próprio dever: o princípio que leva a certa ação é a própria lei”, sendo, pois, realizada a ação “não apenas conforme um princípio objetivo de determinação válido universalmente, mas também pelo dever, com um sentimento de respeito pela própria lei moral”(TERRA, 2004, p.14), já a lei jurídica irá admitir um outro móbil que não a ideia do dever:

[...] no caso [das leis morais jurídicas], móveis que determinam o arbítrio de maneira patológica (e não prática ou espontânea), ou seja, por elementos sensíveis, que causam aversão, pois a lei deve obrigar de alguma maneira eficaz. Portanto, no plano jurídico há

legalidade, a correspondência da ação com a lei, mesmo que o móbil seja patológico; e no plano ético há moralidade, em que essa correspondência não é suficiente, sendo exigido ainda que o móbil da ação seja o respeito pela própria lei. (TERRA, 2004, p. 15).

Já demonstrado o entendimento kantiano de que as leis morais englobariam as leis éticas e as leis jurídicas, passemos à análise da doutrina kantiana acerca do Direito.

3.2 Kant e o Direito

Kant (2007), num primeiro momento, irá dividir os “direitos” (*Der Rechte*), como doutrinas sistemáticas, em “direito natural, o qual se apoia somente em princípios *a priori*, e o direito positivo (estatutário), o qual provém da vontade de um legislador.” (KANT, 2007, p. 53). Diante de tal consideração, na sua obra *Metafísica dos Costumes* quando na *Introdução à doutrina do direito*, distingue o direito natural do direito positivo em quatro aspectos: existência, fonte, justiça e fundamentação (NOUR, 2004), pois:

1) o direito natural constitui-se de princípios *a priori*, podendo existir ou não na realidade, enquanto o direito positivo é empírico, o que “existe efetivamente”, determinado no *tempo e no espaço*; [...] 2) o direito natural tem a sua fonte na *razão*, enquanto o direito positivo procede da vontade do legislador; 3) o direito natural corresponde à questão “o que é direito”, no sentido de “o que é justo e injusto” (*iustum et iniustum*), enquanto o direito positivo corresponde à questão “o que é de direito”, isto é, o que dizem as leis existentes, que não oferecem no entanto um critério para se distinguir o justo do injusto; 4) o direito natural constitui os princípios imutáveis de toda legislação possível, o fundamento do direito positivo. (NOUR, 2004, p. 4).

Após tal ponto, parte-se para a chamada divisão superior dos direitos de Kant, constituindo, pois, faculdades (morais) de submeter outra pessoa a obrigações, i.e., a divisão entre direito *inato e adquirido*. (KANT, 2007). Um direito inato é aquele que pertence a todos por natureza, independentemente de qualquer ato que estabelecesse um direito; um direito adquirido é aquele para o qual se requer tal ato” (KANT, 2007). Como para Kant (2007) o direito positivo encontra fundamento no direito na-

tural, e, temos a categoria do direito inato, consistindo naquele que pertence a todos por natureza, demonstra-se a existência de um único direito inato: a liberdade, consistindo, pois, a independência de ser constrangido pela escolha alheia.

Acompanhando a relação de fundamentação entre direito positivo e o direito natural, consistindo este nos princípios imutáveis de toda legislação possível, Kant (2007) critica tanto um direito positivo dogmático, desvincilhado de um direito natural, como um direito natural dogmático, que prescinde do direito positivo (NOUR, 2004), e a "doutrina do direito natural não visa, portanto elaborar um sistema jurídico que subsista por si só, mas apenas o fundamento e os princípios, os critérios de justiça de qualquer legislação positiva." (NOUR, 2004, p. 5). Conforme Kant:

A divisão superior do direito natural não pode ser a divisão (por vezes feita) em direito natural e direito social; em lugar disso, tem que ser a divisão em direito natural e direito civil, o primeiro sendo chamado de direito privado e o segundo, de direito público, pois o estado de natureza não se opõe à condição social, mas sim à condição civil, visto ser certamente possível haver sociedade no estado de natureza, mas não sociedade civil (a qual garante o que é meu e teu mediante leis públicas). Esta é a razão porque o direito num estado de natureza é chamado de direito privado. (KANT, 2007, p. 58)

De modo a clarificar o entendimento sobre este ponto, temos que Kant (2007), ao tratar sobre o tema do direito natural e direito positivo, irá identificar três conceitos: o *Naturrecht*, o *natürliche Recht* e o *öffentliche Recht*. "O *Naturrecht* corresponde ao direito natural, meta positivo; o *natürliche Recht*, ao direito privado, o direito no estado de natureza abstraído do Estado; o *öffentliche Recht*, ao direito público, o direito assegurado por instituições jurídico-públicas" (NOUR, 2004, p. 6).⁸

8 Complementando a transcrição realizada: "O *natürliche Recht* consistiria no "conjunto de leis que não precisam de uma declaração exterior", e o *öffentliche Recht*, no "conjunto de leis que necessitam de uma declaração pública." Soraya Nour nos esclarece sobre o equivocado entendimento doutrinário de que Kant iria abrir "a era do positivismo legalista": "O *natürliche Recht* e o *Naturrecht* são também diferenciados na *Reflexão* 7.084, o que no entanto é ignorado na tradução francesa da "Doutrina do Direito" que Villey prefacia, publicada pela Vrin. A correção só se deu de Joëlle Masson e Olivier Masson para a Pléiade em 1986. Alain Renaul chama a atenção para esse fato na "Présentation" de sua tradução para a Flammarion em 1994: "confundir os dois falando a cada vez em 'direito natural' era dar crédito (já que Kant sustenta que o *natürliche Recht* só adquire consistência pelo direito público) à lenda absurda, mas persistente, segundo a qual Kant, submetendo o direito natural ao direito público, prepara para o positivismo jurídico (...) – lá onde no texto não se diz nunca que o *Naturrecht* encontra sua verdade nos sistemas de direito positivo existentes (que ao contrário, enquanto *dever-ser*, ele permite julgar)". (NOUR, 2004, p. 6).

Tanto o direito privado (*natürliche Recht*) quanto o direito público (*öffentliche Recht*) tem os seus princípios no direito natural (*Naturrecht*), e a principal distinção encontra-se entre o direito privado ser consistente no direito no estado da natureza, numa sociedade sem Estado, e o direito público ser consistente no direito que é garantido por leis públicas num Estado. (NOUR, 2004).⁹ Assim, continuando, o direito natural (*Naturrecht*), metapositivo, não pode ser identificado apenas com o direito no estado na natureza, pois engloba tanto o direito privado quanto o público. (TERRA, 2004, p. 28).

A lei natural é necessária e provém a priori de um legislador universal, da idéia da vontade unida do povo, da própria razão. Já o "direito positivo (estatutário) provém da vontade de um legislador", por isso a lei positiva é contingente e arbitrária. Como as leis positivas provém de um legislador determinado que detém o poder no Estado, elas formam uma legislação efetiva; e o Estado tem meios coercitivos de fazer com que esta seja obedecida. (TERRA, 2004, p. 28).

Conforme Höffe, a prioridade do direito natural "é assim fundada no parágrafo A da "Doutrina do direito" normativamente como o conhecimento dos princípios a priori de toda legislação positiva, e na *Crítica da razão pura* epistemologicamente como o conhecimento a partir de princípios." (NOUR, 2004, p. 7)

Após termos tratado a respeito da distinção entre direito natural e direito positivo, e o esclarecimento da relação de fundamentação entre os dois tipos, um retorno à perspectiva moral kantiana, adicionando determinados pontos específicos para o futuro prosseguimento na análise do direito para Kant, torna-se imprescindível. Desta forma, prosseguiremos no estudo da doutrina moral formulada por Kant, quando da definição do conceito de "reino dos fins", que se trata de um conceito implícito no conceito de um ser racional autônomo.

O conceito segundo o qual todo o ser racional deve se considerar, por todas as máximas de sua vontade, o legislador universal, para julgar a si mesmo e às suas ações desse ponto de vista, conduz a um outro conceito bastante fecundo que se lhe relaciona e que é o de reino dos fins. (KANT, 2005, p. 63).

⁹ Trata-se da principal distinção, pois, numa possível divisão do direito natural entre estado de natureza e sociedade torna-se falha, pois no estado de natureza pode existir uma sociedade, porém, sem Estado.

Conforme Kant, "reino dos fins" trata-se da "ligação sistemática, por meio de leis comuns, tanto de diversos seres racionais enquanto fins em si como também dos próprios fins que cada ser racional se dê." (NOUR, 2004, p. 10).

Ora, como as leis determinam os fins segundo a sua validade universal, se se abstrair das diferenças pessoais entre os seres racionais e de todo o conteúdo de seus fins particulares, poder-se-á conceber um todo do conjunto dos fins (tanto dos seres racionais como fins em si mesmos como dos próprios fins que cada qual pode propor a si mesmo) em ligação sistemática, quer dizer, um reino dos fins que seja possível segundo os princípios acima referidos. (KANT, 2005, p. 64)

Por "ser racional" deve se entender, por seu conceito, como sendo aquele que "tem a faculdade de agir *conforme a representação* de leis, isto é, conforme princípios – ou seja, tem uma vontade" (KANT, 1785 *apud* NOUR, 2004, p. 9)¹⁰, e pela análise de sua existência, que este ser racional "existe como fim em si, com um valor absoluto, e não como meio para outros fins, como valor relativo (a estes outros fins)." (KAN, 1785 *apud* NOUR, 2004, p. 9). E todos esses seres racionais encontram-se submetidos à segunda formulação que os impede de tratá-los entre si e a si mesmo como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si, sendo que, dessa sujeição comum a todos decorre necessariamente uma ligação entre tais seres, podendo denominada de uma ligação através de leis comuns a todos, objetivas. E, justamente porque essas leis têm em vista a relação desses seres uns com os outros como fins e meios Kant a denomina como reino dos fins (KANT, 2005).¹¹

Deste modo, o ser humano, como ser dotado de vontade, constitui um ser racional, consistindo um fim em si mesmo, absoluto, sendo que, "ao serem identificados como seres autônomos, são ao mesmo tempo identificados como membros de um `reino`." (NOUR, 2004, p. 10). Desta situação de membros de uma comunidade,

10 Observa Kant (2005, 2007), pelo fato do ser humano não constituir apenas um ser racional, agindo apenas pela razão, constituindo também um ser empírico, torna-se necessário "que o princípio da ação receba a forma de um comando da razão, sendo chamado de *imperativo*, expresso pelo verbo *dever*." Por sua vez, o *imperativo* divide-se em hipotético e categórico: o hipotético seria "quando a ação que comanda é boa para alguma *outra coisa*", e categórico, "quando a ação que comanda é boa em si."

11 Para Kant (2005, p. 65): "Um ser racional pertence ao reino dos fins na condição de membro quando nele é legislador universal, ainda que igualmente submetido a essas leis. Pertence-lhe na condição de chefe quando, como legislador, não está submetido à vontade de um outro. O ser racional tem de se considerar sempre como legislador em um reino de fins possível pela liberdade da vontade, seja como membro, seja como chefe. Mas o lugar desse último, não o pode assegurar só pela máxima da sua vontade, mas tão-somente ao se fazer um ser totalmente independente, sem necessidade nem restrição de uma faculdade adequada à vontade."

um "reino", esses seres racionais deixam de constituir uma pluralidade de indivíduos isolados, passando a constituir uma "totalidade que une esses mesmos indivíduos sistematicamente (por meio de leis, e não casualmente) e na qual contudo não há uma supressão do indivíduo, devido à inclusão de seus próprios fins." (NOUR, 2004, p. 10).

Ao fornecimento dos determinados conceitos superiores fornecidos pela moral - vontade, arbítrio, ação, etc. -, e acompanhando que as leis jurídicas, assim como as leis éticas, encontram-se englobadas pelas leis morais, temos que o direito irá limitar a teoria moral em três dimensões: a primeira dimensão consiste em que: "o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários" (HABERMAS, 1997, p. 140), pois, se tratando "da relação do arbítrio apenas com o arbítrio do outro – e não com o desejo e, conseqüentemente, com a necessidade do outro, o que seria não uma relação jurídica, mas sim beneficente" (NOUR, 2004, p. 23); a segunda dimensão limitadora: o direito "abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra" (HABERMAS, 1997, p. 140), pois "só concerne à relação exterior, e na verdade prática, de uma pessoa com outra, de modo que suas ações, como fatos, possam (imediate ou mediatamente) influenciar-se entre si", e a terceira dimensão: o direito "recebe a *autorização para a coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso." (HABERMAS, 1997, p. 140).¹² Diante dessas três dimensões (HABERMAS, 1997), na qual a doutrina do direito reduz os conceitos fundamentais da moral, ou, como sendo três condições de aplicação do direito (NOUR, 2004), retoma-se o conceito final do direito para Kant como sendo "o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode unificar-se com o arbítrio do outro de acordo com uma lei universal da liberdade", sendo que, a partir dessas limitações "a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc."¹³

12 Para Nour (2004), a terceira dimensão da limitação do direito à moral – diversamente do que entende Habermas (1997) – é entendida como: "a relação recíproca do arbítrio diz respeito a sua forma e não a sua matéria (o fim)."

13 Como se está a analisar uma comunidade jurídica de pessoas, decorrente de um reino dos fins surgido *a priori* - acompanhando o ser humano como fim em si mesmo e possuidor de autonomia de produção de fins próprios, lembre-se o conceito de "insociável sociabilidade" (*die ungesellige Geselligkeit*), introduzido por Kant na quarta proposição da *Idéia de uma história universal*, e consistindo, pois, na causa do ordenamento legal que, para Kant limita a teoria moral nas três dimensões citadas acima. (NOUR, 2004, p. 64). Com isso, as condições empíricas da humanidade como sendo: 1) a limitação do mundo exterior que gera a obrigação das pessoas conviverem; 2) que as pessoas possuem um corpo extenso que exige uma parte física do mundo comum, "constituem a antropologia do direito, na medida em que estabelecem uma relação prática [...] entre os seres humanos", gerando relações sociais empiricamente inevitáveis que, ao serem reguladas pelo direito produzem o liame necessário à ligação sistemática que constitui a base para a formação da comunidade jurídica. (NOUR, 2004, p. 20).

Kant, então, partindo “do conceito fundamental da lei da liberdade moral”, irá, dela, extrair “as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*” (HABERMAS, 1997, p. 140), pois, conforme dito, as leis jurídicas, ao lado das leis éticas, constituem subdivisões das leis morais. Com isso, partindo das formulações do imperativo categórico, teríamos a correspondência de: à categoria da “*unidade da forma da vontade* (sua universalidade)” (NOUR, 2004, p. 11), a primeira formulação; à categoria da “*pluralidade da matéria* (dos objetos, isto é, dos fins)” (NOUR, 2004, p. 11), a segunda formulação; e uma terceira categoria, proveniente “da ligação da segunda com a primeira”, constituindo, pois, como “a pluralidade vista como uma unidade” (NOUR, 2004, p. 11), chegando-se à categoria da “*totalidade do sistema dos fins*” (NOUR, 2004, p. 11) (denominada anteriormente como “reino dos fins”). Por conseguinte, a lei moral universal, constituindo o princípio de unidade, irá unir todos os seres racionais, mediante leis jurídicas – das quais são extraídas por redução (HABERMAS, 1997) – transformando a pluralidade dos seres a uma totalidade.

Essa submissão de uma pluralidade (segunda formulação) – dos diversos seres racionais como fins em si – a um princípio de unidade (primeira formulação) – a lei moral – constitui uma totalidade sistemática (terceira formulação): o reino dos fins. [...]A autonomia provoca portanto duas mudanças essenciais no conceito de um ser racional: fundamentando a segunda formulação, a autonomia faz de um ser racional, que se relaciona consigo próprio dando-se sua própria lei, uma pessoa, conferindo-lhe “dignidade”: o ser humano é fim em si mesmo, e não meio, instrumento para outros fins; além disso, ao implicar o conceito de reino dos fins (terceira formulação), a autonomia mostra que o ser racional, como pessoa, relaciona-se sistematicamente (por meio de leis) com todos os outros seres racionais, também como pessoas. O conceito de pessoa fundamenta-se desse modo numa auto-relação que implica, ao mesmo tempo, uma relação com o outro. O ser humano, como pessoa, é um ser social, membro de uma totalidade sistemática. (NOUR, 2004, p. 12)

Com isso, repete-se o conceito de reino dos fins, conforme o pensamento kantiano, de “ligação sistemática, por meio de leis comuns, tanto de diversos seres racionais enquanto fins em si [segunda formulação] como também dos próprios fins que cada ser racional se dê [primeira formulação].” (NOUR, 2004, p. 10).

Passados o conceito de ser racional e o princípio da autonomia da vontade, as formulações kantianas que unidas demonstram essa ligação sistemática realizada pelas leis jurídicas entre os seres racionais, transmudando-se uma pluralidade de indivíduos numa totalidade, sendo a mesma denominada de reino dos fins, chega-se, com isso ao conceito kantiano de “comunidade jurídica”, pois:

O reino dos fins orienta a construção da comunidade jurídica, na qual se podem identificar estes seus elementos: uma lei universal (da liberdade) como princípio da unidade; os elementos que são unidos sistematicamente por essa lei: os seres racionais como fins em si bem como os fins que cada um queira se dar; o caráter sistemático desta ligação, dado pelas leis jurídicas. (NOUR, 2004, p. 12)

Com o estabelecimento da lei da liberdade moral - correspondente à primeira formulação -, a demonstração da pluralidade dos seres racionais autônomos como fins em si mesmo - correspondente à segunda formulação - e a necessidade da presença das leis jurídicas para a realização da ligação sistemática destes seres racionais autônomos, chega-se à conclusão de que o direito deverá garantir, pelo fato de tratar da relação do arbítrio de um indivíduo com o arbítrio de outro indivíduo e de proceder à regulação apenas da relação externa entre esses mesmos indivíduos, a preservação destes seres racionais autônomos como fins em si mesmos, e a possibilidade de realização dos fins pessoais que cada indivíduo queira se dar, ou seja: o direito deverá garantir a presença das duas formulações. (NOUR, 2004)

Com isso, um conceito inicial formulado por Kant de liberdade, em seu sentido positivo, vinculado ao seu conceito de autonomia (e à sua primeira formulação), irá gerar o seu chamado princípio da autonomia:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças a qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal. Que essa regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é algo que não se pode demonstrar pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois trata-se de uma proposição sintética. (KANT, 2005, p. 71).

Porém, posteriormente “Kant introduz na “Doutrina do Direito” o conceito de liberdade como limitação recíproca do arbítrio, ao lado da noção de liberdade como autonomia.” (KANT, 2005, p. 71).

Como dito, Kant partindo do conceito fundamental da lei da liberdade moral, irá, dela, extrair as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*, consistindo as mesmas, ao lado das leis éticas, subdivisões das leis morais. E para diferenciar as leis jurídicas das leis éticas, porém, conferindo a ambas um estatuto moral fundamental (lei da liberdade moral), Kant (2005) analisa uma dupla concepção das normas reguladoras de ação, tanto jurídicas, quanto éticas: “Uma parte objetiva – a lei, que prescreve uma certa ação deve ser necessariamente realizada e uma parte subjetiva – o móbil da ação, que determina, subjetivamente, a realização da ação que a lei prescreve que deve ser realizada.” (NOUR, 2004, p. 21).

Direito e ética têm em comum o dado objetivo da legislação, a lei, fundada na noção de liberdade como autonomia, que no direito é a “faculdade de não obedecer a nenhuma lei externa senão àquelas às quais possa dar meu consentimento”. Daí sua pretensão de universalidade e seu caráter moral. Entretanto, pelo dado subjetivo da legislação, o móbil, direito e ética se diferenciam: na legislação ética, a própria idéia de dever é o que me move a agir; na legislação jurídica ao contrário, é indiferente o motivo pelo qual ajo. (NOUR, 2004, p. 21).

Pelo fato então, das leis jurídicas decorrerem da lei universal da liberdade moral, Kant irá analisar essa mesma lei universal como critério diferenciador sobre o que consistiria direito legítimo e direito ilegítimo, criando o princípio universal do direito. Conforme Höffe:

[...] somente aquelas determinações do direito que permitem a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os outros segundo leis estritamente universais, são legítimas, produzem um padrão de medida que forma a contrapartida jurídica do imperativo categórico familiar a nós. Ele obriga a comunidade da liberdade externa à legislação universal exatamente da mesma maneira que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal em relação às máximas postas por ela mesma. (HÖFFE, *apud* TERRA, 2004, p. 18)

Em sua *Introdução à Doutrina do Direito*, no *Parágrafo C*, Kant irá determinar, primeiramente, o princípio universal do Direito, consistente em que: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2007, p. 47); após, fixa a definição de sua lei universal do direito: “Age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”. (KANT, 2007, p. 47). Após a análise do conceito kantiano de princípio universal do Direito e da lei universal do Direito, conclui-se o pensamento com o conceito kantiano de Direito: “O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, 2007, p. 46).

Nas três diferenciações elaboradas por Kant – conceito, princípio e lei universal do direito – percebe-se a presença dos elementos indispensáveis, básicos: “a relação mútua dos arbítrios e a lei universal.” (TERRA, 2004, p. 17). Essa relação mútua dos arbítrios, como primeiro elemento, irá implicar, necessariamente, aquela segunda proposição do conceito de liberdade – complementadora do conceito positivo de liberdade, onde irá afirmar a especificidade do Direito por se tratar da relação externa de pessoas (TERRA, 2004) – e a lei universal, como o segundo elemento, nos aponta para a razão prática, para o Direito como um dos ramos da doutrina dos costumes (TERRA, 2004), e nos remete à primeira concepção da liberdade, consistindo, pois, em seu conceito positivo, como autonomia. (NOUR, 2004).¹⁴

Estabelecida então esta tripla diferenciação, e já explicitado o pensamento kantiano acerca da relação de fundamentação entre o direito natural e o direito positivo, demonstra-se então, que este ser racional, autônomo – no significado de produzir, por si próprio, a lei moral universal da primeira formulação – que constitui um fim em si mesmo, de modo absoluto – conforme a segunda formulação –, deixa, em decorrência destes dois aspectos, de ser considerado como um ser isolado dos demais que deve ser unido artificialmente. (NOUR, 2004).

Diante desta consideração de que o indivíduo não é isolado dos demais, constituindo já um membro de um reino dos fins (porém ainda ausente de leis jurídicas que irão construir uma comunidade jurídica), é que Kant justifica sua distinção não

14 Nas palavras de Terra (2004, p. 18): “Aqui as leis são dadas a priori e fundadas na liberdade, entendida como autonomia. A tensão entre a liberdade entendida como limitação recíproca e a liberdade como autonomia estará presente em várias partes da obra de Kant.”

entre “o ser humano fora da sociedade – como indivíduo – e o ser humano na sociedade – unido aos demais indivíduos pelo contrato social”, adotando, por outro lado, linha de pensamento que funda a “divisão do direito natural [...] na diferença entre o ser humano na sociedade, da qual o Estado é abstraído (“direito privado”), e o ser humano no Estado (“direito público”).” (NOUR, 2004, p. 27).¹⁵

Como a comunidade jurídica consiste numa união sistemática de todas as pessoas já interligadas no reino dos fins e para tanto, requer, necessariamente, a presença de leis jurídicas – para Kant, leis morais jurídicas –, então, este “direito privado [o *natürliche Recht* - o direito no estado de natureza abstraído do Estado] deve ser assegurado”, criando condições para que também sejam assegurados os fins do reino dos fins. Para tanto, Kant “exige o direito público, dividido em três níveis – direito civil, direito das gentes e direito cosmopolita – que surgem da idéia de uma ligação sistemática de pessoas autônomas.”, e por não se tratarem de indivíduos isolados, o direito público irá assegurar as “relações jurídicas já existentes entre as pessoas”. (NOUR, 2004, p. 28)

Sobre tal ponto, conforme Höffe:

[...] desaparece com isso o poder do Estado. A propriedade de coisas, o contrato, o casamento, a família e a sociedade familiar são instituições jurídicas pré-estatais (...). O Estado é uma instituição de segunda ordem, que serve às instituições de primeira ordem, a saber, a propriedade das coisas, o contrato, assim como o casamento e a família. (HÖFFE, *apud* NOUR, 2004, p. 7)

Conclusão

A perspectiva moral kantiana, fincada em seu conceito de liberdade (*positiva*, inicialmente, como visto) proporcionou o desenvolvimento de toda a estrutura de sua doutrina moral procedimental, fincada em leis *a priori* (imperativo categórico, primeira formulação), complementado pelo imperativo categórico (segunda formulação), e que proporcionará, a partir da razão, o desenvolvimento de seu conceito acerca do

¹⁵ Nas palavras de Nour (2004, p. 27): “Kant mantém a linguagem da tradição, mas fundamenta filosoficamente a diferença entre sociedade e Estado. A “ Doutrina do direito” representa assim a passagem das teorias do direito natural moderno, que se ocupavam principalmente com os problemas da legitimidade e da soberania, para as teorias políticas contemporâneas, que se ocupam também com os problemas da relações entre sociedade e Estado.”

Direito, consistente no conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode unificar-se com o arbítrio do outro de acordo com uma lei universal da liberdade (KANT, 2007).

E, pelo fato de, a partir da lei de liberdade moral kantiana, pelo caminho da redução, extrairmos as leis jurídicas (HABERMAS, 1997), um retorno às formulações (morais) kantianas nos torna obrigatório para o bom desenvolvimento da progressão entre a perspectiva procedimental-monológica kantiana, e o reino dos fins, no sentido de ligação sistemática entre os seres racionais.

Depois de feito tal desenvolvimento, pode-se abordar a tripla limitação realizada pelo direito à moral, passando-se ao desenvolvimento do conceito de comunidade jurídica, analisável, juntamente, com o princípio universal do direito ("Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de cada um poder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal"); com a lei universal do direito ("Age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal").

Esclarecidos os pontos iniciais de imbricação entre a perspectiva moral kantiana e o seu impacto na análise do direito, partimos para o desenvolvimento e classificações a partir do conceito de direito formulado por Kant, demonstrando-se a relação entre o direito natural e o direito positivo – analisando-se os quatro aspectos diferenciadores: existência, fonte, justiça e fundamentação – e especificando a fundamentação do direito positivo fincada no direito natural. Relembrando, também, a existência, para Kant, das categorias de direito inato, e direito adquirido, consistindo, pois, a liberdade, o único direito inato, o qual é pertencente a todos os indivíduos por natureza.

Analisamos, ainda, a relação existente entre direito natural e direito positivo, na qual Kant estabelece a distinção entre o *Naturrecht* (direito natural), o *natürliche Recht* (direito privado) e o *öffentliche Recht* (direito público), sendo que, tanto o direito privado, quanto o direito público, possuem sua fundamentação no direito natural, e com relação ao direito público, este é dividido em três categorias: Direito Civil, Direito das Gentes e Direito Cosmopolita.

Referências

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução: Marco Antonio de A. Zingano. São Paulo: L&PM Editores S/A, 1989.

_____, **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____, **Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito**. São Paulo: Edipro, 2007.

HABERMAS Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TERRA, Ricardo. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E EDUCAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TUTELA AMBIENTAL

Dario Aragão Neto

Mestre em Ensino em ciências da Saúde e do Meio Ambiente (UniFOA). Doutorando em Direito (Universidade de Buenos Aires), Advogado. Professor Responsável pelo Escritório da Cidadania do UniFOA.

Sumário. Introdução. 1 A atual crise socioambiental. 2 O desenvolvimento sustentável como direito fundamental constitucional. 3 Participação democrática na tutela ambiental. 4 Educação ambiental e participação cidadã na tutela do meio ambiente. Conclusão. Referências.

Introdução

Desde os primórdios, época em que o homem ensaiou os primeiros passos rumo à vida em sociedade, fixando moradia e deixando o nomadismo para trás e tornando-se um agricultor e pecuarista, ainda que de forma muito rudimentar, os seres humanos já concorriam na busca por recursos da natureza, mesmo que ainda, de forma tímida, no entanto, já caracterizada pela inconsequência do uso das reservas naturais.

Milhares de anos depois, em plena revolução industrial, a produção manufaturada passou a ser promovida em larga escala e a utilização direta e indireta desses recursos naturais para alimentá-la, aliada ao impacto no meio ambiente pelos resíduos das grandes fábricas, cresceram na mesma proporção. Daquele tempo em diante, teve início uma era antropocêntrica e economicista, com o surgimento do sistema capitalista, baseado no lema "tudo em nome do progresso e do desenvolvimento econômico". Acrescente-se a esse cenário, o crescimento desenfreado da

população humana, produto base e essencial à manutenção de toda a economia, qual seja, a sociedade de consumo e pronto, temos hoje, o legado de um planeta em colapso ambiental crescente.

No entanto, hoje, a grande maioria das pessoas acredita piamente que é de fundamental importância a preservação do meio ambiente. Os movimentos ecológicos e a preocupação com o patrimônio ambiental estão previstos até mesmo em nossa Constituição Federal, mas paradoxalmente, vivemos atualmente uma destruição ambiental ainda maior que a de tempos atrás, quando essa crença era alertada apenas por uma pequena minoria. Trata-se, portanto, de uma questão não só ambiental, porém de uma crise muito mais profunda, já que mesmo sendo conscientes e críticos de nossas ações, não estamos aptos a desvincular de certos valores sociais, econômicos e culturais, ou seja, precisamos romper com paradigmas característicos da atual visão de civilização, que a nossa sociedade hoje tanto cultua.

1 A atual crise socioambiental

De fato, não há como desenvolver uma crítica sócioeconômica, sem reavaliar os valores fundamentais que norteiam a sociedade moderna, ainda mais havendo plena consciência de que os valores atuais nos foram impostos pelas gerações passadas através de ideologias e concepções que não mais atendem às questões atuais.

O que se vê hoje, diante desta crise de valores, é a sociedade ser bombardeada por informações e conceitos, seja através de governos, do mercado, e principalmente pelos meios de comunicação, que insinuam a mercantilização do mundo, nas palavras de Sader(2001, p. 8-12):

O que nos une, a todos, antes de tudo, é a luta contra a mercantilização do mundo. Contra a concepção e a prática de que tudo se vende, de que tudo se compra, de que o mercado e os seus preços manipulados definem o que se pode e não se pode fazer, o que é bom e o que é ruim, o que é belo e o que é feio, o que é justo e o que é injusto.

A Constituição Federal brasileira indica que há uma grande influência nas diretrizes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mormente os indicadores de competência sociais por ela ditados os quais garantem as condições de ser um

cidadão: educação, saúde, trabalho, segurança, lazer, condição de ir e vir, e liberdade.

O fim da existência humana em razão de questões como a escassez de recursos naturais, explosão demográfica, sociedade de consumo, dentre outros problemas, ainda que sejam esses assuntos polêmicos, estão em pauta nos espaços acadêmicos e em determinados segmentos sociais, o que nos indica a pertinência ao debate aberto dessas problemáticas, e o resultado disso, é justamente o fato de que há uma chance considerável que a humanidade transforme seus rumos e consiga construir uma nova sociedade, solidária e equilibrada, livre de antiquados paradigmas e que preconize a defesa do patrimônio ambiental e do desenvolvimento sustentável.

2 O desenvolvimento sustentável como direito fundamental constitucional

Na mesma Constituição Federal de 1988, foi conferida ao meio ambiente uma proteção mais abrangente, estabelecendo-se, inclusive, no seu art. 225, §3º que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Sabe-se que o Direito Ambiental se relaciona de forma intrínseca com três outras esferas do direito: os Direitos Penal (*crimes e sanções*), Civil (*relações privadas*) e na esfera Administrativa (*administração pública*) para uma maior garantia na preservação de todo o patrimônio ambiental brasileiro. No direito penal, por exemplo, ressalta-se a importância da Lei 9.605, de 13/02/98 (Lei dos Crimes Ambientais)¹. Essa lei significou um enorme passo na proteção ambiental, pois trouxe consigo dispositivos modernos no que tange à repressão ao crime ambiental e também com o objetivo central de coibir os atos ilícitos promovidos contra o patrimônio ambiental brasileiro.

Mas sem dúvida é na esfera constitucional que se encontram os principais dispositivos e garantias a um futuro sustentável para o povo brasileiro, dispositivos esses que transformaram a proteção ambiental em bem e um direito de caráter, sobretudo, coletivo. O direito a um meio ambiente sadio deve ser sempre interpretado como um direito humano fundamental, pois o meio ambiente é patrimônio de uso comum do povo e condição *sinequa non* a uma melhor qualidade de vida. Dessa

¹ Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm;

forma, não há como ignorar o fato de que são o meio ambiente e patrimônio ambiental integrantes da categoria de bens pertencentes à coletividade, e de uso comum a todos os cidadãos.

Tanto é que a previsão expressa no art. 5º, inc. LXXIII, o qual se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que a ação constitucional visando à defesa do meio ambiente, é direito fundamental do ser humano.

Insere-se, assim, o desenvolvimento sustentável como estratégico para um país com dimensões continentais como o Brasil, já que seus recursos naturais é patrimônio inalienável do povo brasileiro.

Como pressuposto para a sustentabilidade ambiental global futura, o Relatório Brundtland (1991), que deu surgimento ao conceito de desenvolvimento sustentável na década de 80, propôs tornar o “desenvolvimento mais participativo”. Isso quer dizer que na prática, democracia e sustentabilidade devem seguir juntas, e o pleno desenvolvimento da segunda, pressupõe uma reformulação da primeira. De fato, um intenso debate tem se estabelecido no sentido de se demonstrar que a relação entre estes dois institutos não é apenas simbiótica, mas sim, no sentido de se procurar estabelecer até que limite a democracia pode apoiar o desenvolvimento sustentável.

Autores como Barry (1999), Dryzek (1990), e Smith (2003) apontam que, para a realização da sustentabilidade, há a necessidade de se vincular à mesma a criação de uma democracia com considerável participação popular. Esse pensamento, porém, não é absoluto, eis que, na prática, interesses econômicos sempre se alinham aos interesses políticos, em detrimento aos anseios e opiniões da população em geral, que convive cotidianamente com a falta de informações sobre assunto e sem a formação educacional apropriada para essa participação.

3 Participação democrática na tutela ambiental

A democracia assegura ao cidadão, ainda que de forma rarefeita, sua participação em alguns procedimentos administrativos que endossam a política ambiental. Em sentido amplo, a democracia consiste em procedimento no qual determinado grupo de pessoas, em coletividade discorre e decide sobre questões e princípios, visando a uma gestão futura comum. Sua organização política faz com que essa coletividade de pessoas busque através da decisão majoritária, ações políticas capazes de satisfazer suas ansiedades e demandas, ambas de natureza coletiva.

A democracia hoje é o modelo que melhor formata, em termos de formas de governo participativo e de sua representatividade, os anseios do povo, da nação, e sendo assim, encontra-se em um nível satisfatório de desenvolvimento, muito embora muitas chagas ainda insistam em enfraquecê-lo e drená-lo, mas não o suficiente para abalar suas estruturas. Apesar de jovem, a democracia brasileira traz a herança de um passado ditatorial que ainda está suficientemente viva na memória dos cidadãos, para que se negligencie a liberdade e os direitos constitucionais recém conquistados.

No Brasil, as experiências de exercício de uma democracia deliberativa, através de ações participativas, vêm estimulando o hábito do exercício da cidadania e desenvolvendo e incorporando novos conceitos junto aos cidadãos, bem como espaços para o seu exercício político. Com efeito, a experiência de uma democracia deliberativa, ainda que de forma tímida, tem sido efetivamente, o principal instrumento de avaliação dessa participação, na medida em que, irriga a relação entre cidadãos e Estado nos processos de discussões e decisões políticas. Nesse diapasão, Enrique Leff (2001, p. 62-63) muito claramente enfoca que talvez seja este, o único modelo democrático que possa efetivamente solucionar a crise socioambiental na qual nos encontramos:

Os princípios de gestão ambiental e de democracia participativa propõem a necessária transformação dos Estados nacionais e da ordem internacional para uma convergência dos interesses em conflito e dos objetivos comuns dos diferentes grupos e classes sociais em torno do desenvolvimento sustentável e da apropriação da natureza. (...) A gestão ambiental participativa está propondo, além da oportunidade de reverter os custos ecológicos e sociais da crise econômica, a possibilidade de integrar a população marginalizada num processo de produção para satisfazer suas necessidades fundamentais, aproveitando o potencial ecológico de seus recursos ambientais e respeitando suas identidades coletivas.

- qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor,

salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Dentre os vários instrumentos jurídicos e administrativos que proporcionam a participação cidadã direta ou ainda indireta na tutela ambiental, podemos citar a ação civil pública a qual consiste no instrumento processual mais adequado à repressão a danos ambientais, dentre outros (art. 1º da Lei 7.347/1985), protegendo os interesses difusos da sociedade, configurando-se como um meio ágil e eficaz de prevenção e repressão ao dano ambiental. Há também a Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da C.F. de 1988) instrumento judicial previsto na Constituição Federal que legitima ao cidadão o direito de propô-la também na defesa do meio ambiente.

Temos ainda, como exemplo de instrumentos judiciais social participativos, inclusive na tutela ambiental, os mandados de segurança e de injunção, também por nós já devidamente analisados em obra pretérita (ARAGAO NETO; COSTA FILHO, 2010), assim como as audiências públicas no processo de licenciamento ambiental. Esse último, porém, de caráter essencialmente administrativo, segue o exemplo mais preciso de ferramenta eficaz de participação democrática cidadã com característica puramente deliberativa no país. As audiências públicas ambientais estão dispostas no processo administrativo de concessão de licenças ambientais, originária da Resolução CONAMA nº 01, de 23 de janeiro de 1986 e depois, na Resolução CONAMA nº 09 de 09 de novembro de 1987. Nesse contexto, colaboram com o efetivo exercício do princípio da publicidade e do princípio da participação pública ou comunitária consagrados entre os fundamentais pela Constituição da República e em consonância com o momento atual que vivemos. Segundo Édis Milaré (2009) chegou a hora de uma participação mais efetiva da sociedade civil no processo administrativo, em defesa da sustentabilidade:

"diversos instrumentos de garantia foram previstos para as hipóteses de agressões ao meio ambiente, impondo-se, agora, a abertura de espaço e de canais aos grupos sociais intermediários (associações civis de defesa do meio ambiente, de moradores de bairro, sindicatos etc.), para que, em constante mobilização, pudessem permitir a adequação necessária da ação dos detentores do Poder às exigências e necessidades populares".

De fato, as audiências públicas ambientais fazem parte de todo o processo administrativo que concede as ditas licenças ambientais e, em consonância com os

princípios da participação e informação, têm contribuído de forma significativa para o aprendizado dos cidadãos na participação efetiva dos processos licitatórios de obras públicas, privadas ou mistas, que sofram qualquer tipo de impacto ambiental, ainda que de ordem minimizada.

No entanto, para haver uma participação plena e pertinente dos cidadãos, seja nas Audiências Públicas ou ainda na fase de comentários desta, necessário se faz que os mesmos tenham assegurados o efetivo respeito ao Princípio Democrático, um dos alicerces do Direito Ambiental², o qual visa não só o direito à participação, mas também o direito à informação, matéria prima essencial ao transbordamento do conhecimento que gerará qualidade nas deliberações dos participantes. Certamente, com a participação de cidadãos informados esta será a melhor forma encarar a crise socioambiental que atualmente vivemos.

Informação e participação estão intimamente relacionados um com o outro, pois não haverá uma participação efetiva do indivíduo sem que haja de sua parte pleno conhecimento do assunto tratado. Em outras palavras: não se pode opinar sobre determinado assunto sem o prévio domínio e conhecimento sobre este. Nas palavras de Paulo Afonso Leme Machado (2006, p.34):

"a qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e intensidade da *participação* na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar."

Destarte, vê-se que não se pode atingir uma democracia plena, participativa, e, sobretudo, eficaz, sobre o ponto de vista de sua funcionalidade, se os cidadãos que dela participarem não passarem por uma formação educacional suficientemente crítica e baseada em valores fundamentais preconizados pela legislação constitucional.

Se não houver uma maior qualidade de informação aos cidadãos, sua participação poderá ser até mesmo desastrosa para o interesse da coletividade. Toda ação educacional é uma de relação de consciências, ou de consciências com o mundo em que vivemos. Uma melhor participação cidadã implica, antes de qualquer coisa, uma maior base educacional que possa trazer ao indivíduo, o estado de consciência plena

² Esse Princípio constitucional está disposto não só no capítulo destinado ao meio ambiente, como também no capítulo que trata os direitos e deveres individuais e coletivos na Constituição Federal.

de seus direitos e deveres e, acima de tudo, da noção exata de seu papel dentro da sociedade em que vive.

Operada com qualidade, a educação deve alicerçar a participação cidadã da sociedade civil como um todo, diante das inúmeras oportunidades de contribuição nas decisões que orientam o destino da República, em especial, no que concerne às questões ambientais.

4 Educação ambiental e participação cidadã na tutela do meio ambiente

Não podemos ser ingênuos a ponto de esquecermos que a distância entre direitos proclamados e direitos efetivamente acessados é ainda muito grande em nosso país, e em várias nações pelo mundo afora. Muito embora devamos reconhecer os avanços obtidos pelo Estado no Brasil neste último decênio, muito ainda há que ser feito para garantir um acesso pleno à educação, mais ainda, no que se refere à questão da educação ambiental e do tema sustentabilidade. Sem querer desprestigiar e ignorar as inúmeras e louváveis tentativas de justificar os direitos sociais, Bobbio (1992) afirma que, hoje em dia, o alvo que devemos proteger são as garantias e não os fundamentos dos direitos, já que o importante não seria a fundamentação nos direitos do homem, mas sim, a sua efetiva proteção. Nesse sentido, para proteger esses direitos, não bastaria proclamá-los, mas sim enfrentar o problema real que existe constante nas medidas imaginadas e imagináveis para a sua efetiva viabilidade.

O efeito da participação cidadã encontrará voz e efeito maiores e mais bem fundamentados se o membro da comunidade trazer consigo valores educacionais que possam guiá-lo nessa jornada. A participação dos cidadãos interessados só será adequada quando estes tiverem acesso às informações ambientais disponíveis, inclusive sobre materiais e atividades perigosas existentes, aliados à oportunidade de participar dos procedimentos que decidem o futuro daquela comunidade focada.

Nesse sentido, a Educação, mais especificamente a Educação Ambiental (EA), surge em consenso social como principal alternativa ao enfrentamento dos problemas decorrentes da crise socioambiental, pois não haverá nem democracia, nem cidadania e muito menos sustentabilidade, sem uma formação pedagógica crítica sobre o assunto.

A legislação educacional vigente está fundamentada não só na Constituição Brasileira, mas também em documentos oficiais da Organização das Nações Unidas

para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Para a UNESCO (2007), "a educação, é concebida como um processo formativo de valores e atitudes em favor da paz, da compreensão internacional, da cooperação, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais". Nessa perspectiva, o que se depreende é que a educação não se limita à transmissão de conhecimento, muito menos "resolve em si mesma" e sim, trata-se de uma forma de desenvolvimento ao entendimento, tolerância e respeito ao multiculturalismo dos povos e civilizações, assim como a formação uma base crítica de valorização dos Direitos Humanos.

A necessidade da Educação Ambiental (E.A.) faz-se cada vez mais presente, como instrumento de viabilização de uma sociedade mais consciente de seus direitos e deveres coletivos, afastando por fim o culto ao individualismo e o papel de meros expectadores das políticas governamentais de desenvolvimento sustentável.

De acordo com o pensamento de GUIMARÃES (2005), a qualidade de vida, necessariamente está vinculada à qualidade ambiental (do meio em que vivemos) e sua percepção é influenciada por fatores culturais, geográficos e históricos da sociedade humana.

Uma política democrática da sustentabilidade só pode realmente dizer-se efetiva, se desprovida de quaisquer interesses, sejam econômicos ou políticos, contrários aos seus princípios, e mesmo que adequados às normas morais, éticas ou legais. Esse comprometimento com os valores socioambientais exige dos sujeitos uma formação calcada na ruptura com os valores impostos pelo atual sistema econômico, bem como numa visão crítica que indique ações governamentais efetivas contra a destruição dos recursos naturais.

Por outro lado, o engajamento da população pela preservação dos recursos naturais não pode cessar, mesmo que os resultados ainda sejam insuficientes para transformar valores e sistemas. Existem várias formas, programas e recursos pedagógicos com modelos viáveis de provocação dessa conscientização. Uma vez estimulada por essas ferramentas, a percepção ambiental deflagrará, através de múltiplos instrumentos, uma sensibilização e estímulo, nas soluções e práticas preventivas que venham a integrar definitivamente o quadro de habilidades de cada integrante da comunidade alvo, em busca de uma orientação educacional mais eficaz no enfrentamento de problemas ambientais.

Diante dessa perspectiva, a E. A. deverá assumir uma perspectiva mais abrangente, não restringindo seu olhar à proteção ou ao uso sustentável de recursos natu-

rais, mas incorporando fortemente a proposta de construção de uma sociedade sustentável. Mais do que um segmento, a educação em sua complexidade e completude.

Conclusão

Estamos hoje, diante de uma situação ao mesmo tempo delicada e desafiadora: como mitigar os valores do sistema capitalista essencialmente voltado ao consumo desenfreado de bens e serviços, valorizados cada vez mais pela mídia de massa e pelo próprio modelo democrático atual?

Há, sem dúvida, muita expectativa em relação à democracia deliberativa no sentido de que esta seja, no futuro próximo, a forma de governo democrático que melhor atenda aos valores de cidadania concomitantemente ao respeito aos princípios delineadores do desenvolvimento sustentável. No entanto, face aos problemas decorrentes do processo, tais como a política e gestão educacional governamentais e o acesso precário à Justiça, mesmo uma democracia baseada numa participação mais efetiva de seus cidadãos tem limites a transpor no duro processo de sua formulação histórica.

A legislação pátria disponibiliza diversas ferramentas no auxílio de uma participação mais intensa e comum da população nas questões ambientais. No entanto, essa participação depende diretamente da intensidade e qualidade do ensino absorvido durante a sua formação, bem como, o acesso obtido às informações sobre a questão a ser focada e opinada, sendo certo que a deficiência ou mesmo ausência de valores educacionais bem alicerçados durante o processo educacional daquele cidadão, seja no ensino fundamental ou no ensino médio, prejudicará por demais sua atuação no processo participativo.

É preciso atentar-se para o fato de que a crise socioambiental na qual vivemos não será solucionada sem que antes haja uma mudança no comportamento social do ser humano, através de uma perspectiva reflexiva que evidencie a distorção de valores fundamentais que nos são impingidos diariamente.

Essa deficiência ou distorção só poderá ser precisamente corrigida e sanada através de uma educação ambiental crítica e consistente, pois mesmo que ainda possuamos uma legislação moderna, avançada e bem estruturada para promover o desenvolvimento sustentável, ainda que o coletivo humano esteja voltado para atitudes que promovam a preservação de nossos recursos, fato é que, se os atores que

vão fazer dela o uso devido não tiverem suficiente discernimento do potencial de sua aplicação, as consequências de suas decisões no processo como um todo não terão o efeito desejado, fonte de inspiração do modelo democrático participativo.

Referências bibliográficas:

ARAGÃO NETO, D., COSTA FILHO, A.. Instrumentos Judiciais e Administrativos de Participação do Cidadão na Defesa da Saúde e do Meio Ambiente. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 10, mai. 2010. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1185/998>. Acesso em: 01/03/2012.

BARRY, J., Rethinking green politics. London: Sage, 1999.

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

BRUNDTLAND, G. H. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil; disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05/02/2012.

DRYZEK, J. S. Discursive democracy: politics, policy and political science. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

GUIMARÃES, S.T.L. Nas trilhas da qualidade: algumas ideias, visões e conceitos sobre qualidade ambiental e de vida. São Paulo, Geosul, 20(40), 2005.

LEFF, Enrique. Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia MathildeEndlich Orth. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 05/02/2012.

MACHADO, P. A. L. . Direito à informação e meio ambiente. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2006. v. 1. 288 p. ISBN: 8574207446.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

SADER, E. Soberania e democracia na era da hegemonia americana. Fórum: outro mundo em debate, São Paulo, v.1, nº 1, p.8-12, jan.2001.

SMITH, G. Deliberative democracy and the environment. London: Routledge, 2003.

UNESCO. Disponível em: http://www.unesco.org.br/unesco/sobreaUNESCO/index_html/mostra_documento. Acesso em 02/02/2012.

ENTRE O DIREITO E A ANTROPOLOGIA: O CASO DO AVENTUREIRO, ILHA GRANDE-RJ

Córa Hisae Hagino

Professora de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda, UNIFOA. Professora de Direito da Universidade Federal Fluminense. Estudante de doutorado do Programa "Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI" do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

Sumário: 1. Introdução. 2. A relação entre Direito e Antropologia. 3. Grupos étnicos. 4. Identidades étnicas. 5. O caso do Aventureiro, Ilha Grande. 6. Unidades de Conservação 7. Considerações Finais. 8. Referências.

Introdução

No presente estudo, pretendo desvendar as relações estabelecidas entre o direito e a antropologia através dos conceitos de grupos étnicos e suas identidades. Isso porque, segundo Barth "o conceito de grupo étnico é um problema que concerne diretamente à política brasileira e às minorias étnicas que vivem no Brasil" (2000, p.16).

Nesse contexto, tem sido crescente a atuação interdisciplinar entre o direito e a antropologia e de seus respectivos profissionais nos procedimentos de demarcação de territórios e de reconhecimentos de direitos de minorias étnicas, como indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

A importância da intervenção antropológica nos processos judiciais não é a de definir claramente um território estabelecendo suas fronteiras físicas, como muitas vezes é desejado pelo direito e por uma visão senso comum da sociedade, mas

compreender como se estabelecem as relações de poder, a visão que o grupo possui de si mesmo, a relação do grupo com o território ocupado e com possíveis vizinhos, e como esse território é expresso nas práticas culturais do grupo e de sua organização social, entre outras questões.

Para desenvolver a relação entre direito e antropologia, utilizarei minha etnografia que foi realizada no povoado do Aventureiro, Ilha Grande, Angra dos Reis-RJ. Esse estudo teve como objetivo a elaboração da minha dissertação de mestrado, que tratou da transformação da categoria jurídica de um território de reserva biológica (REBIO) para uma possível área de proteção ambiental (APA) ou reserva de desenvolvimento sustentável (RDS).

Pretendo analisar neste artigo a atuação dos atores sociais e seus discursos nesse processo de recategorização que decidiria como se daria a permanência dos pescadores, que tipo de atividade econômica poderia ser desenvolvida, e, ainda se os moradores seriam proprietários ou concessionários da terra.

Estive no campo durante 55 dias no ano de 2008, acompanhando reuniões dos moradores com órgãos ambientais e reuniões informais dos próprios moradores, além de acompanhar a rotina dos "aventureiros" que ali residem

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj) aprovou somente neste ano de 2014 o projeto de lei que cria a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro, na Ilha Grande, Região Sul fluminense. Cabe destacar que foi a primeira Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Estado do Rio de Janeiro.

1. A relação entre Direito e Antropologia

Neste capítulo pretendo desenvolver as principais dificuldades em se fazer um estudo interdisciplinar entre o direito e a antropologia. A antropologia possui diversos recursos a oferecer ao direito, entre eles o relativismo. Pode, ainda, ajudar o direito a não separar fatos e lei e a entender visões distintas, sem tratá-las como exóticas. O estudo do direito deve lidar com as diferenças, ao invés de tentar apagá-las.

Contudo, apesar de cada vez mais o estudo interdisciplinar ser frequente, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento do direito de populações tradicionais, indígenas e quilombolas, não há dúvidas que a relação entre direito e antropologia não é simples.

João Pacheco de Oliveira (1998, p. 270) traz alguns questionamentos sobre essa relação:

"O antropólogo dispõe da competência para – ou mesmo lhe é eticamente facultado – dizer se tal ou qual indivíduo é (ou não) membro de um dado grupo étnico? Ou ainda, o antropólogo pode efetivamente assegurar que um determinado grupo humano é (ou não) indígena, isto é, se mantém relações de continuidade com populações pré-colombianas? E, por fim, pode o antropólogo estabelecer, tendo em vista tal grupo étnico, qual é precisamente o território que lhe responde?"

O conflito nesse questionamento reflete a dificuldade de relacionamento entre duas disciplinas com preceitos diversos. Ao passo que o direito pretende definições claras da "perícia", o trabalho antropológico exige um maior rigor científico, que nem sempre vai fornecer as respostas desejadas pelos juízes, advogados e promotores.

Os operadores jurídicos estão acostumados a perícias realizadas por profissionais das ciências naturais, como biólogos, médicos, legistas e outros, que fornecem respostas precisas, como por exemplo o resultado de um exame de DNA.

No entanto, a antropologia nem sempre pode se aprofundar nas respostas às questões formuladas, pois correria o risco de perder sua metodologia e o caráter ético-científico de sua atuação.

"A Antropologia, lidando com símbolos e práticas de uma sociedade, opera necessariamente em uma escala de abstração muito diferente, onde o objeto do conhecimento não é independente do sujeito cognoscente, nem peritos e juízes são totalmente estranhos ou indiferentes aos sentimentos e opiniões suscitadas pelos fatos por ele considerados. Ademais, as Ciências Naturais tratam com sistemas fechados, enquanto as direções de um processo social podem ser mudadas pelos atores que o integram, até mesmo em virtude do conhecimento ou das expectativas face a essas tendências." (OLIVEIRA, 1998, p.270)

João Pacheco de Oliveira explicita alguns instrumentos de bordo a serem utilizados. Em primeiro lugar, destaca a necessidade do antropólogo voltar-se para encontrar uma identidade étnica do grupo estudado. Em um segundo momento, seria compreender que a identidade étnica não é algo substancial, fixa e sem divisões

internas, como pensa o "senso comum". E o terceiro ponto estaria relacionado à caracterização do grupo étnico, como por exemplo: "Em que medida um grupo humano atual, que configure uma unidade distinta e se reconheça como tal, poderia vir a ser classificado como indígena?" (IDEM, p. 279).

Para não ficar preso aos impasses relatados é essencial o estudo do conceito de grupo étnico.

2. Grupos étnicos

Weber, apesar de não ser muito citado por autores que trabalham o tema da etnicidade, foi precursor nesses estudos. Ele critica o etnocentrismo e desconstrói a ideia de primordialidade. Para ele, o grupo étnico não possui essência, mas é construído socialmente, resultante de uma vontade consciente e política.

Barth, em seu trabalho antropológico, questiona conceitos tradicionalmente desenvolvidos como os conceitos de grupos étnicos e suas fronteiras. Ele critica a forma como a cultura é geralmente pensada. Por considerar o impacto da pesquisa de campo como o mais relevante de sua formação, ele destaca a necessidade de se estudar uma sociedade em seu contexto e, a partir daí, desenvolver uma teoria sobre o seu funcionamento e não o contrário. Ou seja, "A teoria tem de se adaptar à realidade, e não o inverso, isto é, as categorias ênicas são a base dos conceitos sociológicos" (2000, p.11).

Fredrik Barth se utiliza das práticas sociais e das interações entre pessoas e grupos para compreender uma sociedade, ao invés de tentar compreendê-la isoladamente.

"Isto significa para a prática da pesquisa antropológica que em vez de reificar os valores de um sistema a partir de suas aparências coletadas em uma única localidade, é necessário analisar as atitudes e o comportamento das pessoas em seu cotidiano num raio de ação maior que o grupo ou a comunidade inicialmente estudada, é necessário aceitar a diversidade cultural, não se devendo retirar da realidade suas imperfeições ou seus enigmas" (IDEM, 2000, p.13).

Barth (2000, p. 27) descarta o conceito típico-ideal de grupo étnico tradicionalmente designado como uma população que:

1. em grande medida se autoperpetua do ponto de vista biológico;
2. compartilha valores culturais fundamentais, realizados de modo patentemente unitário em determinadas formas culturais;
3. constitui um campo de comunicação e interação;
4. tem um conjunto de membros que se identificam e são identificados por outros, como constituindo uma categoria que pode ser distinguida de outras categorias da mesma ordem”.

Segundo ele, essa noção de que uma raça = uma cultura = uma língua, traz uma visão preconcebida do que seria um grupo étnico e enxerga o problema das fronteiras étnicas como consequência de um isolamento.

“Com isso, limita-se também a gama de fatores que usamos para explicar a diversidade cultural: somos levados a imaginar cada grupo desenvolvendo sua forma cultural e social em isolamento relativo, respondendo principalmente a fatores ecológicos locais, através de uma história de adaptação por invenção e empréstimos seletivos. Essa história produziu um mundo de povos separados, cada qual com sua cultura e organizado em uma sociedade, passível de ser legitimamente isolada para descrição como se fosse uma ilha” (IDEM, p.28).

Barth entende o grupo étnico como um tipo de organização social, sendo que essa definição passa por critérios de auto-atribuição e atribuição por outros.

Ele vai deslocar o foco da investigação da constituição interna e da história de cada grupo para as fronteiras étnicas e sua manutenção. Quanto às fronteiras étnicas, essas são estabelecidas por processos de inclusão e exclusão e não pelo isolamento. As fronteiras podem ser atravessadas e a identidade pode mudar, mas as fronteiras permanecem.

3. Identidade Étnica

A idéia de identidade étnica a ser desenvolvida neste item traz subentendida a crítica ao conceito de grupo étnico enquanto unidade portadora de uma cultura. Como vimos, o fato de partilhar uma cultura comum é uma consequência e não o ponto de partida.

Daniel Glaser citado por Cardoso (1976, p. 3) assim define identificação étnica: "refere-se ao uso que uma pessoa faz de termos raciais, nacionais ou religiosos para se identificar e, desse modo, relacionar-se aos outros".

Barth mostra como a identificação étnica não se reduz às formas culturais ou como diferentes formas de organização pathan representam várias formas de exercer a identidade em diferentes oportunidades e meios. Ele cita o exemplo de um pathan do sul, quer possui uma organização homogênea e que ao se deparar com a forma de se comportar dos pathan do norte, dizem que estes não são mais pathan. Contudo, ao explicar as circunstâncias em que vivem os pathan do norte, o pathan do sul pode compreender que os do norte também são pathans.

"É, portanto inadequado considerar que as formas institucionais manifestas constituem as características culturais que a todo momento permitem distinguir um grupo étnico, pois estas formas são determinadas tanto pela ecologia quanto pelo legado cultural"(BARTH, 2000, p.11).

Roberto Cardoso de Oliveira distingue dois tipos de identidade: a pessoal e a coletiva. No entanto essas identidades não estão dissociadas, mas interconectadas. Segundo ele, é preciso compreender os mecanismos de identificação, pois estes refletiriam o processo identitário. Ou seja, como a identidade é assimilada e produzida por pessoas e grupos em diversas situações.

Ele elabora a noção de identidade contrastiva, que seria a "afirmação do nós diante dos *outros* [grifo do autor]. É uma identidade que surge por oposição. Ela não se afirma isoladamente" (OLIVEIRA, 1976, p.5). Já as relações interétnicas são aquelas que ocorrem através do contato entre etnias em geral.

Uma preocupação frequente ocorre no que diz respeito a possíveis simulações de grupos para obterem o reconhecimento de direitos e territórios, o que seria possível em casos individuais. Entretanto, para agir no coletivo é preciso que haja valores e crenças comuns, ainda que não haja uma homogeneidade no grupo.

Esse assunto é tratado por Roberto Da Matta no artigo: "Quanto custa ser índio no Brasil?" que mostra as dificuldades sociais de assumir a identidade indígena, majoritariamente tratada com caráter pejorativo, mostrando ser equivocada a noção de que assumir essa identidade fosse acarretar apenas benefícios materiais.

A identificação étnica corresponde a uma classificação de auto identificação de um sujeito e da sociedade envolvida - já que vimos que mesmo o estigma pode ajudar a formar uma identidade - em um dado tempo histórico e um certo ambiente, ou seja em um contexto situacional, que obviamente pode ser alterado.

Barth adverte que às vezes em uma localidade estudada por pesquisadores diversos, "há que se levar em conta contextos socioeconômicos distintos e condições de meio ambiente variadas" (2000, p.12). Dessa forma, pode-se apreender que toda análise de um grupo estudado é uma análise situacional. Ele afirma que nenhum lugar se esgota em razão de já existirem trabalhos antropológicos e que há infinitas questões a serem suscitadas.

4. O caso do Aventureiro, Ilha Grande

O Aventureiro se localiza na parte da Ilha Grande voltada para o mar aberto. Possui cerca de cem moradores. O único acesso é através de barco, quando o mar está calmo. Caso contrário se vai de barco até o Provetá e se segue por uma trilha de uma hora e meia até chegar o aventureiro. A outra vila que fica próxima é a Parnaioca, a duas horas de caminhada pela praia, pedras e trilhas.

Os caiçaras mais velhos remetem a existência do Aventureiro a seus avós e bisavós, há cerca de duzentos anos atrás. Eles viviam da pesca, da roça e da caça. Entretanto, em 1981, houve uma mudança implementada arbitrariamente pelo governo estadual, que criou a reserva biológica da praia do sul, que engloba a vila do Aventureiro. A partir daí órgãos ambientais passaram a reprimir os nativos proibindo-os de pescar com rede, caçar e fazer lavouras.

Na época de existência do presídio em Dois Rios, vilarejo a quatro horas por terra do aventureiro, os moradores viviam sob tensão quando havia fuga de presos, pois estes costumavam fazer os pescadores de refém para que levassem os presos até o continente.

Com o fim do presídio na década de 90, iniciou-se o turismo na Ilha Grande, principalmente no Abraão e, de forma menos incisiva, no Aventureiro. A partir de 2000, se intensifica o turismo na comunidade estudada, que chegou a receber mais de duas mil pessoas em uma praia de apenas 600m de extensão. A partir desse fato, órgãos ambientais em conjunto com a prefeitura de Angra dos Reis proibiram totalmente o turismo no Aventureiro. Essa situação gerou revolta entre os moradores, que

perderam sua única fonte de renda.

Foi feito, então, um termo de ajustamento de conduta (tac) com o Ministério Público, que passou a permitir o turismo ao número de 560 pessoas, dividido pelos 18 campings. Esse termo era provisório e já venceu, mas o Aventureiro continua a receber o número de turistas estipulados pelo tac.

Ocorreram durante o ano de 2008 reuniões mensais convocadas pelos moradores do aventureiro convocando a Turisangra, o Ief (Instituto de Parques e Florestas)¹, a Feema (Fundação Estadual do Meio ambiente), a Procuradoria do Estado, o Ministério Público e as Ong's que atuam na Ilha Grande, para debater e analisar qual a opção de categoria de unidade de conservação a ser aplicada nessa parte da ilha.

5. Unidades de Conservação

Para compreender melhor o estudo de caso apresentado, farei uma breve exposição sobre o surgimento do direito ambiental brasileiro e sobre unidades de conservação.

O direito ambiental brasileiro teve grande influência do modelo norte-americano de parque, que é aberto à visitação, mas não permite que se resida no local do parque. No Brasil, esse modelo foi implantado sem respeitar a peculiaridade local, como, por exemplo, a existência de populações tradicionais. Nesse processo, ambientalistas adeptos de um modelo conservacionista têm pleiteado a expulsão dessas populações, que vivem geralmente no local há mais de um século e que se valem do extrativismo e da agricultura de subsistência.

O caso do Aventureiro é emblemático, pois a população nativa vive no local há pelo menos três séculos e essa localidade passou a configurar uma área de reserva biológica com a criação de um decreto estadual em 1981, sem qualquer estudo técnico ou conhecimento de tal fato por parte dos moradores.

A reserva biológica é uma categoria jurídica implementada pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação, inspirada no modelo ambiental norte americano, que não permite a permanência do homem dentro da reserva, exceto para finalidades científicas, com autorização do órgão competente. Logo, os moradores do Aventureiro passaram após a implementação do decreto a serem considerados ilegais e um

¹ O Instituto Estadual de Florestas – Ief e a Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – Feema, juntamente com a Superintendência Estadual de Rios e Lagoas (Serla) fundiram-se em 2009, em um único órgão ambiental, o Instituto Estadual do Ambiente ou Inea.

obstáculo à preservação ambiental.

Com a proibição da pesca de rede, da lavoura e da caça, os caiçaras, como eles se autodenominam com certo ar de orgulho, passaram a se organizar e a lutar pela permanência no Aventureiro, mas como em qualquer grupo, não há homogeneidade de pensamentos e muitas vezes surgem conflitos internos.

Barth (2000, p.212) ressalta a diversidade existente entre os nativos: "Ela já existe antes de nossa chegada, continua durante nossa permanência e prosseguirá existindo depois de nossa partida."

Como os caiçaras não foram retirados do local, atualmente se estuda a possibilidade de alteração da categoria de reserva biológica (Rebio) para uma área de proteção ambiental (Apa) ou reserva de desenvolvimento sustentável (Rds).

A Apa permite a modalidade de terras públicas ou privadas, mas é uma categoria mais frágil dentro do direito ambiental e segundo a Feema e o Ief, nessa categoria, nem os moradores nem o Aventureiro permaneceriam por muito tempo em razão da forte pressão imobiliária. No entanto, essa categoria possibilita que os moradores possuam o título de proprietário e possam futuramente vender suas terras a particulares, fato desejado por alguns.

A Rds é, segundo a Feema e o Ief, a melhor solução para os moradores do aventureiro, pois os protegeria dos grandes empreendimentos imobiliários e por ser uma categoria nova, eles seriam precursores e teriam maior apoio dos órgãos ambientais. Mas o que incomoda os moradores é o fato de que a terra seria pública, do Estado, União ou Município de acordo com a lei de criação da reserva, logo os nativos jamais teriam a propriedade, mas tão somente a posse. E, só poderiam vender para outros moradores e para o Estado, o que diminuiria o valor a ser pago pela moradia.

6. Considerações finais

Como vimos anteriormente, parte do território do Aventureiro sairá da reserva biológica da praia do sul, que continuará a existir. Mas qual será a porção de terras que será destinada aos pescadores? Será analisado o que é ser caiçara para o próprio grupo do aventureiro? Qual o território com o qual se relacionam?

Esses são alguns questionamentos que servem como reflexão para compreender como tem se estabelecido as relações de poder na comunidade pesquisada,

em que há fortes pressões em razão de interesses de empresários de implementar grandes empreendimentos turísticos, como os chamados *resorts*. E, por outro lado, setores de órgãos ambientais que possuem visão conservacionista têm interesse em retirar as famílias do local, com o objetivo de preservar o meio ambiente, como se uma população que vive há alguns séculos no local e o mantém preservado fosse o maior risco para a área.

Espremidos entre essas duas fortes pressões os pescadores do Aventureiro tentam reafirmar e reformular sua identidade de caiçara, com o intuito de permanecer no local em que sempre viveram e mantém vínculos sociais. Nesse processo eles tentam inverter preconceitos, incorporando discursos preservacionistas, como afirmam frequentemente os moradores: "O Aventureiro é a parte da ilha grande mais preservada". Nessa frase deixam claro que querem fixar status superior, marcar seus direitos sobre a terra.

O Estado cria territórios fechados, como fez em 1981 no Aventureiro, mas na vida dos caiçaras o ambiente ecológico está integrado, ele mantém contato com turistas, organismos ambientais e com outras comunidades caiçaras, não permanecendo isolados, mas nem por isso deixam de ser caiçaras ou perdem suas identidades, eles atravessam a fronteira.

Os caiçaras têm sua condição questionada por pessoas interessadas em construir grandes empreendimentos hoteleiros, ou autoridades ligadas ao meio ambiente que pretendem limitar seu território e sua autonomia, dificultando um reconhecimento do direito ao território ocupado. Isso porque, o que garante aos pescadores do Aventureiro o direito à posse da terra foi o fato de ser um grupo étnico, ou na linguagem jurídica, uma população tradicional.

Talvez por isso reafirmem perante os não caiçaras: "eu sou caiçara" ou "eu sou nativo", com certo ar de orgulho e possuam certa desconfiança com quem não é "filho da terra".

Outra forma de reafirmar a identidade se dá através da história. Quando os nativos dizem: "Vivemos aqui há trezentos anos", "Minha vó era índia e foi pega no laço". "Meu avós e bisavós moravam aqui".

"A possibilidade da emergência dessa identidade étnica talvez seja proporcional à consciência de sua história, ou à sua 'historicidade', que remanescentes tribais ou étnicos possam possuir" (OLIVEIRA, 1976, p.13).

É preciso compreender que identidade e territórios são processos de formação e, portanto não são fixos e imutáveis e mesmo o próprio estigma pode ser uma forma de comunicar as diferenças entre *nós* e os *outros*.

“E, nos termos de uma teoria das relações interétnicas, fenômenos como as ‘flutuações’ da identidade étnica – graças às possibilidades abertas à sua manipulação – e o exercício da identificação (étnica), devem ser interpretados como o esforço muitas vezes dramático do indivíduo e do grupo para lograrem sua sobrevivência social”(OLIVEIRA, 1976, p.25)

Referências

ACSELRAD, Henri. **Conflitos Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. Tradução Denice Barbara Catani. São Paulo, Editora UNESP, 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **O trabalho do antropólogo**. 2 ed. São Paulo: Editora, Unesp, 2006.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Caminhos da identidade: Ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2006

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Identidade, Etnia e Estrutura Social**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

COSTA, Gustavo. **A população do Aventureiro e a Reserva Biológica Estadual da Praia do Sul: Conflitos e disputas sob tutela ambiental**. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PPGAS, Museu Nacional-UFRJ, 2004.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant’Ana. **O nosso lugar virou parque: estudo sócio-ambiental do Saco de Mamangá-Parati-Rio de Janeiro**. 2ªed. São Paulo: NUPAUB/USP, 1999.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant’Ana. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: Editora Huicitec, 1994. Disponível em: <http://raizesefrutos.files.wordpress.com/2009/09/diegues-o-mito-moderno-da-natureza-intocada.pdf>, acessado em 15 de Junho de 2014.

MILARÉ, É (2007) **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Helena Catão. **Redefinindo territórios: preservação e transformação no Aventureiro – Ilha Grande RJ.** Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: CPDA-UFRJ, 2004.

HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. **O conflito sócio-ambiental no processo de recategorização da Reserva Biológica da Praia do Sul, Ilha Grande, Angra dos Reis-RJ:** A praia do Aventureiro em disputa. Dissertação de mestrado. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, 2004.

LOBÃO, Ronaldo. **Cosmologias Políticas do Neocolonialismo:** como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento. Tese de doutorado. Brasília: PPGAS/UnB, 2006.

LOBÃO, Ronaldo. **Reservas Extrativistas Marinhas: uma reforma agrária no mar?** Uma discussão sobre o processo de consolidação da Reserva Extrativista Marinha de Arraial do Cabo/RJ. Dissertação de Mestrado. Niterói: PPGACP/UFF, 2000.

MADEIRA FILHO, Wilson, HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. Uma análise situacional dos debates relativos à recategorização da vila do Aventureiro no processo de alteração da Reserva Biológica da Praia do Sul, na Ilha Grande, em Angra dos Reis (RJ). Anais do IV Congresso Nacional da ANPPAS, Brasília-DF, 2008. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT16-953-736-20080518235152.pdf>, acessado em 22 de junho de 2014.

MATTA, Roberto Da. Quanto Custa ser Índio no Brasil? Considerações sobre o Problema da Identidade Étnica. In: **Dados, publicação do IUPERJ**, Nº 13- 1976, p.33-54.

MOTA, Fabio Reis. O estado contra o estado: direitos poder e conflitos no processo de produção da identidade “quilombola da Marambaia”. In: **Antropologia e Direitos Humanos**, vol.3, p.133-184. Niterói: Eduff, 2005.

O’ DWYER, Eliane Cantarino (org.). **Quilombos:** identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

O’DWYER, Eliane Cantarino. Resenha da obra BARTH, Fredrik. 2000. O Guru, o Iniciador e Outras Variações Antropológicas (organização de Tomke Lask). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria. 243 pp. **Mana - Estudos de Antropologia Social**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 167-171, 2001.

OLIVEIRA, João Pacheco. “Instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais”. In: **Indigenismo e Territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo.** Organizador: Oliveira, João Pacheco. Contra Capa Livraria Ltda. Rio de Janeiro, 1998.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, Etnia e Estrutura Social.** São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976

WEBER, Max. Relações comunitárias étnicas. In: **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**, vol. 1. Brasília: Editora Unb, pp. 267-277, 2006.

REGULAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Igor de Abreu

Doutor em Direito (UGF). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor do Curso de Direito do UniFOA.

Benevenuto S. dos Santos

Mestre em Direito (UGF). Advogado. Professor titular do Centro Universitário Radial e Professor do Centro Universitário de Volta Redonda-UniFOA.

Sumário. 1. Estado constitucional de direito. 2. Estado-rede. 3. Sociedade de risco e estado. 4. Agências reguladoras. 5. Agência Nacional de Águas – ANA. 6. A produção das cidades. Conclusão. Referências.

Introdução

A crise capitalista e a do Estado têm sido os fatores fundamentais das profundas transformações reconhecidas pela teoria política, apontando-se a passagem do capitalismo de nacional e concorrencial para oligopolista e transnacional, como um dos fatores dessa transformação, além da dependência do subsídio direto e indireto do Estado¹.

Nessas circunstâncias, a necessidade da criação de órgãos reguladores de Estado com autonomia suficiente para frear e conduzir políticas públicas, preocupados com o abuso que pode ter origem no domínio, e não com o domínio em si

¹ CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Campinas, SP: Papirus, 2003. p.311.

mesmo², mostra-se como o instrumento adequado à mudança necessária de paradigmas³ que se perpetuam com as falhas administrativas que, conforme uma das razões apontadas pela Teoria da Falha Permanente (*Permanent Failure Theory*), ou seja, a existência recorrente de um não alinhamento de interesses entre a organização, cujo objetivo é a elevação da *performance* e, "os atores estratégicos da arena política"⁴, explica o fenômeno, havendo desinteresse quanto à melhora do desempenho por parte destes atores.

Ao adotar-se a ideia da necessidade da criação de órgãos ligados ao Estado, mas com independência- esta assegurada por recursos que garantam seu financiamento sem ingerência de terceiros, colegiado composto por membros escolhidos sob critérios de eficiência e reputação- foram criadas as Agências Reguladoras que, em última análise, devem propiciar o equilíbrio das aspirações dos consumidores, das expectativas do capital e, das políticas públicas estabelecidas pelo Estado, ficando, quando necessário, imune às políticas de governo, principalmente aquelas notadamente de caráter provisório, sem perspectivas de médio/longo prazos. Essa posição de aparente neutralidade, deve considerar a adoção de novos paradigmas políticos e, necessariamente, o rompimento com estruturas que não mais satisfazem.

Ao tratar da compreensão moderna da democracia, Jürgen HABERMAS afirma que esta difere da clássica devido à sua relação "com um tipo de direito dotado de três características principais, a saber: o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente"⁵.

O pensador alemão entende que o direito é resultado de normas elaboradas por um legislador e sancionadas pelo Estado, objetivando a garantia de liberdades subjetivas. Assim, pensa que "o direito vigente tem que ser um direito legítimo" e, para satisfazer essa condição, deve ser formado conforme os "procedimentos da

2 CAIRNCROSS, Frances. *O fim das distâncias: como a revolução nas comunicações transformará nossas vidas*. São Paulo: Nobel, 2000. p. 213.

3 ASSMANN, Hugo. *Reencantar a educação: rumo à sociedade aprendente*. Petrópolis: Vozes, 1998. p.169. O sociólogo esclarece que a palavra deriva do grego *parádeigma*, esta que significa modelo, exemplo e, do verbo *paradeigmatízo*, propor, mostrar. Esclarece que o termo, usado na filosofia e linguística, foi recolocado em cena pelo epistemólogo Thomas KUHN no início dos anos 1960 com a obra *A estrutura das revoluções científicas*, tendo como definição de caráter bastante geral a afirmativa de ser o "conjunto de convicções e conceitos que caracterizam uma determinada maneira de perceber o mundo e interagir com ele"

4 REZENDE, Flávio da Cunha. Por que as reformas administrativas falham? *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 17, n. 50, p. 123-142, out. 2002. Conforme o autor, a teoria da falha permanente, formulada por Lynne G. ZUCKER e Marshall W. MEYER, tem a pretensão de explicar como organizações de baixa *performance* têm a capacidade de sobreviver, sejam elas públicas, privadas e do terceiro setor.

5 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153.

formação democrática da opinião e da vontade”, estes que devem fundamentar “a suposição da aceitabilidade racional dos resultados”. Nessas circunstâncias, “aquilo que dá direito à participação política liga-se com a expectativa de um uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação do bem comum”(p.172).

1. Estado Constitucional de Direito

O moderno Estado constitucional e de Direito criou instituições como resposta ao absolutismo que, além de proteger e garantir o direito ao cidadão em um Estado soberano, era forte o bastante para oprimi-lo e dispor de maneira arbitrária do direito⁶. A limitação dos poderes neste Estado constitucional, em sua origem, limitou os poderes por meio de um equilíbrio dos poderes⁷. A “perigosa concentração de poder” tem, na divisão dos poderes na esfera organizativa do Estado, a criação de um sistema em que o exercício do poder tende a ser moderado e controlado, por meio de uma divisão e “coordenação ordenada das competências estatais (funções de regulação)⁸”.

Gustavo ZAGREBELSKY, ao tratar do Estado constitucional, afirma⁹:

La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.

Assim, a regulação por parte das Agências Reguladoras que, por princípio, devem estar aliadas à defesa de políticas públicas fundamentadas em princípios constitucionais, é, contemporaneamente, uma forma de garantir liberdades e direitos do Estado constitucional de Direito. Desvinculadas das ações políticas diretas, essas

6 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 384

7 *ibid.* p. 387. O autor faz referência à Revolução Gloriosa de 1688 e, principalmente, à elaboração da constituição norte-americana (§ 31).

8 *Ibid.* p. 401-402. ZIPPELIUS defende a ideia de que: “O poder de regulação do Estado deve, desde logo, ser limitado pela distribuição das competências dentro da organização centralizada do Estado. Podem ser criados, além dela, sistemas de regulação juridicamente autônomos: em Estados federais sob a forma dos Estados federados, noutros Estados sob a forma de entidades administrativas autônomas. Para que desta maneira se constituam verdadeiros pesos e equilíbrios, estas entidades administrativas autônomas não devem ficar sob a dependência financeira do Estado e os estados federados não se devem converter em pensionistas da federação, ou seja, a autonomia deve ser acompanhada de autarquia”.

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 5 ed. Madri: Editorial Trotta, 2003. p. 34.

autarquias especiais podem ser trincheiras importantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

2. Estado-Rede

A necessidade de compartilhar a soberania diante da complexidade do Estado e de respostas cada vez mais urgentes e precisas criou um novo paradigma que afasta a ideia de transferência de soberania a níveis superiores. Há de se considerar, nesse aspecto, a teoria da argumentação de Chaim PERELMAN, esta que defende o uso da razão na ação, possibilitando aos atores sociais a escolha de caminhos e valores, compatibilizando objetivos. Assim, o pensador afirma ser necessário ao exercício do poder que este seja reconhecido como legítimo e, que goze de uma autoridade que tenha tido o consentimento daqueles submetidos a ele¹⁰.

Esse compartilhamento de autoridade característico do Estado-rede, assim defendido por Manuel CASTELLS¹¹, reflete a capacidade institucional de impor uma decisão. Essa rede não se caracteriza por estar centrada em determinado ponto, e sim pela existência de nós que se relacionam numa rede assimétrica e coordenada. Essa proposta deve ser acompanhada de uma reforma da administração que, no entendimento do autor, precisa acontecer em torno da combinação de oito princípios de funcionamento administrativo, aqui relacionados:

Subsidiariedade, em que a gestão administrativa deve ser o mais descentralizada possível; *flexibilidade* na organização e atuação administrativa, havendo a necessidade de se passar de “de um Estado decretador a um Estado negociador, de um Estado controlador a um Estado interventor” (p.166); *coordenação* que estabeleça mecanismos de cooperação com administrações locais, regionais, nacionais e supranacionais, de forma permanente; *participação* cidadã, indispensável à legitimação e necessária à compreensão da intervenção estratégica por parte dos cidadãos; *transparência administrativa*, cada vez mais necessária em uma “economia cada vez mais invadida por máfias e em uma política cada vez mais vulnerável à corrupção” (p.167); *modernização tecnológica*. O Estado-rede necessita o contínuo uso de redes informatizadas e de telecomunicações avançadas; *transformação* dos agentes da

10 PERELMAN, Chaim *apud* MANELI, Mieczyslaw. *A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 67.

11 CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. UNESP, p. 147-171.

administração por meio da profissionalização destes, tornando-os mais eficazes e, por consequência, melhor pagos; *retroação* na gestão, necessária à aprendizagem e correção de erros.

Por fim, CASTELLS afirma: "A reforma da administração precede a administração da reforma"(p.169).

3. Sociedade de risco e Estado

Este conceito contemporâneo cunhado por Ulrich BECK¹² representa as angústias decorrentes do reconhecimento da necessidade de que a sociedade perceba a insegurança generalizada decorrente do processo desenvolvimentista. A impossibilidade de previsão- com margens de certezas importantes, dos riscos a que o planeta está exposto- reforça a necessidade da reformulação do Estado. BECK entende que "el marco de la sociedad del riesgo vuelve a conectar áreas que habían sido estrictamente discretas: el problema de la naturaleza, la democratización de la democracia y el papel futuro del estado"¹³.

BECK aponta a situação de mudança radical que sofre a economia, afirmando que, houve uma ocasião "- en el paraíso empresarial del capitalismo temprano – em el que la industria podía lanzar proyectos sin someterlos a controles y regulaciones especiales"¹⁴. Firma-se, assim, a necessidade de regulação por órgãos que demonstrem independência e transparência, que façam a leitura das necessidades sociais, das políticas públicas e de governo, além da capacidade técnica inerente às atividades.

A concepção liberal- que defende a restrição da liberdade dos indivíduos apenas na medida em que em que isso for necessário para que os fins que prevalecem na comunidade sejam atingidos¹⁵- deve, em certo sentido, ser o núcleo duro do novo paradigma que se apresenta. Porém, o liberalismo puro e simples não se mostra su-

12 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 237. O autor afirma que "a diferencia de todas las épocas anteriores (incluida la sociedad industrial), la sociedad del riesgo se caracteriza esencialmente por una carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos con amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas.

13 Id. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 7.

14 Ibid. p. 52.

15 ZIPPELIUS. op. cit. p. 389.

ficiente à resolução das questões que se apresentam contemporaneamente. Há a necessidade da conjunção das ideias de democracia deliberativa, notadamente aquelas desenvolvidas sob a ótica habermasiana, procurando-se conciliar racionalidade e legitimidade.

Nesse sentido, Seyla BENHABIB¹⁶ defende que o modelo deliberativo no que tange os processos de tomada de decisões coletivas em uma forma de governo, só alcançarão a legitimidade e racionalidade na hipótese em que as instituições dessa forma de governo e sua interconexão de relações estejam dispostas de tal modo que, aquilo que for considerado interesse comum seja resultado de processos de deliberação coletiva, realizados de forma justa e racional entre indivíduos livres e iguais.

A autora continua seu raciocínio afirmando sobre a necessidade de consentimento de todos aqueles que possam ser afetados por determinadas normas, ou seja, regras gerais de ação e disposições institucionais, para que estas possam ser consideradas válidas, sendo necessária a existência de um processo deliberativo alcançado por meio de regras de igualdade e simetria; em que todos tenham as mesmas oportunidades de começar os atos da fala, assim como, perguntar e abrir o debate; em que todos possam questionar os temas previamente acordados, a serem debatidos e; todos tenham o direito de expor argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e sobre como devam ser aplicadas ou levadas a cabo, não havendo, em princípio, regra limitadora da agenda de conversação, nem tampouco regra que limite a identidade dos participantes, de forma que toda pessoa ou grupo excluído, possa justificar a afetação relevante que tenha sofrido pela norma questionada.

Procura-se, conforme termo utilizado por Reinhold ZIPPELIUS, a unidade na diversidade¹⁷ com vistas à manutenção da diversidade estrutural e, igualmente, da repartição de funções. Nessas circunstâncias, visando à desconcentração, o autor defende a procura de um compromisso ótimo entre objetivos antagonônicos, quais sejam, "a necessidade de diversificação das funções, organização e responsabilidade próprias, por um lado, e a necessidade de coordenação, regulação uniforme e responsabilidade global, por outro".

16 BENHABIB apud MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003. p. 62-63.

17 Ibid. p. 405. Conforme o autor, "O denominador comum a que [...] se deve reduzir o problema do controlo do poder chama-se 'diversidade estrutural e repartição de funções'. As virtualidades essenciais de uma tal diversidade estrutural e repartição das funções são designadas com os conceitos clássicos de separação organizativa dos poderes, da descentralização, do federalismo, da autonomia administrativa, do princípio de subsidiariedade e, especialmente para o caso dos poderes sociais, com os conceitos de desconcentração e da concorrência".

4. Agências Reguladoras

Diferentemente do modelo norte-americano, conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, no Brasil, o Chefe do Poder Executivo integra a Administração Pública, orientando-a e dirigindo seu funcionamento, sendo afastada qualquer hipótese da criação de agências sem a direção do Presidente da República¹⁸. DI PIETRO sustenta ser o sistema europeu-continental aquele que inspirou o direito brasileiro, tendo a Administração Pública uma organização complexa, formada por uma série de órgãos que integram a Administração Direta e, entidades que formam a Administração Indireta, fato que não ocorre nos EEUU, onde "toda a organização administrativa se resume em agências".

Afirma a jurista ser o modelo norte-americano decadente, visto que as agências daquele país perderam prestígio e tornaram-se alvo da desconfiança por parte dos cidadãos e do governo. Além disso, sofrem limitação quanto à função regulatória, devido à disputa do seu controle entre o Legislativo e a Presidência da República.

Contudo, existe uma outra questão que torna o sistema de agências reguladoras americanas peculiar em relação ao modelo administrativo brasileiro, a saber, a ausência de qualquer ligação dessas entidades com os departamentos do Executivo (no Brasil seriam equivalentes aos ministérios).

As agências reguladoras estadunidenses recebem delegação do Congresso nacional para normatizar setores da economia. Essa delegação sofre, contudo, um controle específico de próprio legislativo americano, que pode, inclusive, convocar essas autoridades para prestar esclarecimentos à suas comissões permanentes. Essas mesmas agências também prestam contas quanto à gestão orçamentária e de pessoal ao Poder Executivo, através do Gabinete de Orçamento e Gestão (OMD), que, aliás, o faz em relação a todos os órgãos e entidades administrativas que orbitam na esfera do Executivo.

Logo, as agências reguladoras estão localizadas na esfera do Poder Executivo americano, mas, em razão da delegação normativa congressional, devem atender às convocações e sujeitar-se ao controle parlamentar para que verifiquem se as mesmas exorbitaram esses poderes regulatórios. São os melhores exemplos de agências reguladoras (denominadas de comissões independentes a SEC (Securities e Exchan-

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 399. A Profa. lembra o art. 84, II da Constituição Federal que estabelece: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;"

ge Commission)¹⁹ e a FCC (Federal Communications Commission)²⁰, cujas atuações reportam-se diretamente ao Congresso Nacional e ao Presidente dos Estados Unidos, sem ação ministerial intermediária.

SOUTO²¹ defende a necessidade da existência de autoridade reguladora independente, apontando ser esta denominação utilizada pelas doutrinas francesa e italiana, com personalidade jurídica de direito público. O Professor entende ser a forma autárquica "a ideal para a descentralização da regulação estatal". Além disso, afirma que esses entes que integram a Administração Pública indireta devem garantir a transparência de seus atos, por meio do julgamento de "seus processos em sessões públicas, sorteio de relator e deliberação colegiada, motivada e publicada". Salvo melhor entendimento, o núcleo da ideia de Agência Reguladora é centrado no modelo de democracia deliberativa²².

O modelo de *agência reguladora* no Brasil, como forma de atuação da Administração Pública, não é novo, inclusive, com formas de atuação bastante semelhantes, como, por exemplo, o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) e o Instituto Brasileiro do Café (IBC), vinculados ao então Ministério da Indústria e do Comércio, ambas extintas em 1990, na reestruturação da Administração Federal promovida pelo Governo Collor. Temos também como exemplos o Banco Central, CVM e INMETRO, dentre outros, que exercem função regulatória, sempre vinculados aos respectivos ministérios de suas áreas afins, no caso, Fazenda.

Essa tônica de dizer vinculados, em nosso sistema- até pelo comando determinado pelo art. 87, parágrafo único- não exclui os ministérios de exercerem uma

19 The mission of the U.S. Securities and Exchange Commission is to protect investors, maintain fair, orderly, and efficient markets, and facilitate capital formation. (...) It is the responsibility of the Commission to: interpret and enforce federal securities laws; issue new rules and amend existing rules; oversee the inspection of securities firms, brokers, investment advisers, and ratings agencies; oversee private regulatory organizations in the securities, accounting, and auditing fields; and coordinate U.S. securities regulation with federal, state, and foreign authorities. In <http://www.usa.gov/directory/federal/index.shtml>, acesso em 29.jun.2014.

20 **The Federal Communications Commission** regulates interstate and international communications by radio, television, wire, satellite and cable in all 50 states, the District of Columbia and U.S. territories. An independent U.S. government agency overseen by Congress, the commission is the United States' primary authority for communications law, regulation and technological innovation. In its work facing economic opportunities and challenges associated with rapidly evolving advances in global communications, the agency capitalizes on its competencies in: Promoting competition, innovation and investment in broadband services and facilities; Supporting the nation's economy by ensuring an appropriate competitive framework for the unfolding of the communications revolution; Encouraging the highest and best use of spectrum domestically and internationally; Revising media regulations so that new technologies flourish alongside diversity and localism; Providing leadership in strengthening the defense of the nation's communications infrastructure.

21 SOUTO, op. cit. p. 230.

22 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 13. O jurista defende que: "A teoria constitucional da democracia participativa é, portanto, o artefato político e jurídico que em termos de identidade há de criar entre nós o Brasil do povo. O Brasil da democracia nacional e nacionalista, o Brasil que nos sonegaram".

certa hierarquia, denominada de supervisão, apesar de a doutrina negar. No sistema americano, há ausência de supervisão departamental do Executivo das agências reguladoras.

Questão controversa é aquela que trata da usurpação da função legislativa por parte da *agência reguladora*. Nesse caso, SOUTO²³ defende a posição de que não há confusão entre *regulação* e *regulamentação*. O jurista entende que a primeira é técnica e a segunda, política. Esta depende de legitimação eleitoral, atendendo interesses públicos, que têm caráter geral, enquanto que a *regulação* deve atender interesses coletivos, ou seja, setoriais.

No Brasil, o modelo de agências reguladoras (cujas autoridades detinham mandato e a entidade absoluta de competência normativa sobre a matéria) deu-se, inicialmente, após o plano Real, para a normatização autônoma dos setores de petróleo, energia e telecomunicações, associados à abertura dos mercados de exploração do petróleo pela iniciativa privada, à transferência do controle acionário das empresas de distribuição de energia elétrica e da cisão, e conseqüente delegação negocial dos serviços de telecomunicações.

Esse conjunto inicial de desestatização, apelidado vulgarmente de privatização, permitiu o surgimento das primeiras agências reguladoras, de natureza autárquica, no caso, Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para regulação dos setores anteriormente mencionados.²⁴

No entanto, não foi apenas isso, o modelo regulatório por agencificação estendeu-se aos serviços públicos e aos privados de interesse público, envolvendo as áreas de transporte terrestres e de transporte aquaviário, sendo criadas as autarquias (agências reguladoras), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ),²⁵ respectivamente, para os seguimentos concessões de rodovias, permissão de transporte de passageiros, além de controle de transporte de cargas, para a primeira, enquanto à segunda cabe a regulação de portos, exploração econômica de hidrovias e controle de embarcações de marinha mercante. Mais recente, foi estabelecida a Agência Nacional de Aviação

23 Ibid. p. 233.

24 Autarquias criadas pelas Leis 9.427/96 (Aneel), 9.472/97 (Anatel) e 9.478/97 (ANP).

25 ANTT e Antaq criadas pela Lei 1.233/01.

Civil (Anac),²⁶ integrando o sistema de regulação das concessões aeroviárias e de infraestrutura aeroportuária.

Também se estendeu a regulação por meio de agências aos serviços de saúde, no caso, ao sistema nacional de vigilância sanitária (ANVISA), à normatização específica dos seguros de saúde (ANSS), até então não abrangidos pela SUSEP. No caso particular do estudo que seguirá, tem-se a ANA, Agência Nacional de Águas, cuja finalidade é normatização do uso da água pluvial com maior complexidade do que vinha acontecendo.

A ANA veio para suprir uma lacuna que ocorreria desde a criação do código de águas, que, na realidade, era uma norma geral que permitia a uso privativo de águas, bem como para fins energéticos, sem abordar a questão de regulação partir do comando constitucional estabelecido no art. 21, XIX, a União teve que normatizar o uso múltiplo das águas, pois este bem passou a ser de interesse difuso e sob gestão do Estado.

Logo, a ANA não se constitui um sistema de monitoramento ambiental para controle da poluição hídrica, ela pode zelar para que essa conduta poluidora não ocorra, seu objetivo é garantir o uso sustentável das águas sob domínio público, conforme determinado nos artigos 20 e 26, da CF.

5. Agência Nacional de Águas – ANA

No relatório da Organização das Nações Unidas que trata da problemática da água no planeta, *Water for People Water for life*²⁷, traz um quadro realista e contundente da situação atual do recurso água no planeta. A relação de dependência e descuido que o ser humano tem com a água leva a uma já tardia necessidade de mudança de paradigmas nas relações antrópicas com esse bem, sob pena de um colapso generalizado da água potável²⁸. Nesse contexto, o relatório remete à Conferência de Dublin de 1992, ocasião em que foi criado a Dublin Conference on Water

26 Autarquia criada pela Lei 11.182/05.

27 ONU. *Water for People Water for Life*. Barcelona: UNESCO Publishing, Berghahn Books, 2003.

28 Ibid. p. 5. Neste sentido: *This increase in water withdrawals implies that water stress will increase significantly in 60% of the world, including large parts of Africa, Asia and Latin America. Will this lead to more frequent and more serious water crises? Assuming business as usual: yes.*

and Sustainable Development e, os quatro Princípios de Dublin²⁹:

a água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial à manutenção da vida, desenvolvimento e ao meio ambiente; o desenvolvimento e gerenciamento da água deve ser baseado numa abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e produtores das políticas de todos os níveis; as mulheres representam uma parte essencial na provisão, gerenciamento e proteção da água; a água tem valor econômico em todos os seus competentes usos e deve ser reconhecida como um bem econômico.

No que se refere ao gerenciamento e à proteção das águas, a Agenda 21³⁰ estabelece em seu capítulo 18³¹:

Os objetivos para o século XXI são:

- Providenciar água potável para os cidadãos, assim como o direito ao saneamento básico e reciclagem de materiais;- Assegurar as condições de moradia da população rural, promovendo também cursos de capacitação para utilização de recursos naturais nos processos de irrigação;- Controlar e combater as doenças transmitidas pela água contaminada;- Incentivar pesquisas para o gerenciamento dos ecossistemas aquáticos e das águas potáveis, incluindo alternativas para obtenção da mesma;- Estabelecer padrões de escoamento e tratamento dos esgotos das instalações construídas, obedecendo o princípio do "poluidor-pagador".

Especificamente sobre a relação da água com o desenvolvimento urbano sustentável, a Agenda 21 reflete a preocupação com o crescimento acelerado da popula-

29 Ibid. p. 17-18. *Freshwater is a finite and vulnerable resource, essential to sustain life, development and the environment. Water development and management should be based on a participatory approach, involving users, planners and policy-makers at all levels. Women play a central part in the provision, management and safeguarding of water. Water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good.* Nota: tradução livre do autor.

30 SATO, Michele, SANTOS, José Eduardo dos. *Agenda 21*. São Carlos, SP: UFSCar, 1999. p. 15. Os autores explicam o surgimento da Agenda 21 como os compromissos consensuais entre políticos, pesquisadores, professores, estudantes, entre outros atores sociais. Representavam 179 países, participantes da Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, ou simplesmente Eco-92 ou Rio-92.

31 Ibid. p. 40.

ção urbana, aumento da pressão sobre os recursos hídricos, a escassez de recursos de água doce, custos de tratamento e reflexos econômicos importantes sobre a economia mundial³²

Essa autarquia sob regime especial - com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente- é responsável pela implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e foi criada por meio da Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. A ANA deve, ainda, implementar a Lei das Águas, Lei n. 9.433/97, esta inspirada no modelo francês, esta que estabelece ser dos comitês de bacias, as decisões sobre o uso dos rios em todo o país. A agência deve dar o suporte técnico para a criação dos comitês, buscando, num primeiro momento, buscar solução para dois graves problemas³³:

1. as secas prolongadas , especialmente no Nordeste, cuja solução depende do aumento da oferta de água e do gerenciamento da demanda; e

2. a poluição dos rios, por ocasião de ação pactuada no âmbito da bacia hidrográfica, abrangendo mais de um Estado.

A atuação da ANA depende, fundamentalmente, da articulação deste órgão com os Comitês de Bacia Hidrográfica, estes que são constituídos por representantes dos poderes públicos, dos usuários das águas e das organizações civis, cujas ações devem ser desenvolvidas para a recuperação e conservação do meio ambiente e dos recursos hídricos. O objetivo desses Comitês é a gestão participativa e descentralizada dos recursos hídricos em determinado território.

O Comitê para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, instituído pelo Decreto n. 1.842, de 22 de março de 1996 e, instalado no dia 18 de dezembro

32 AGENDA 21. Capítulo 18.Sessão E. *A água e o desenvolvimento urbano sustentável*: base para a ação. Item 18.56, "No início do próximo século, mais da metade da população mundial estará vivendo em zonas urbanas. Até o ano de 2025, essa proporção chegará aos 60 por cento, compreendendo cerca de 5 bilhões de pessoas. O crescimento rápido da população urbana e da industrialização está submetendo a graves pressões os recursos hídricos e a capacidade de proteção ambiental de muitas cidades. É preciso dedicar atenção especial aos efeitos crescentes da urbanização sobre a demanda e o consumo de água e ao papel decisivo desempenhado pelas autoridades locais e municipais na gestão do abastecimento, uso e tratamento geral da água, em particular nos países em desenvolvimento, aos quais é necessário um apoio especial. A escassez de recursos de água doce e os custos cada vez mais elevados de desenvolver novos recursos têm um impacto considerável sobre o desenvolvimento da indústria, da agricultura e dos estabelecimentos humanos nacionais, bem como sobre o crescimento econômico dos países. Uma melhor gestão dos recursos hídricos urbanos, incluindo a eliminação de padrões de consumo insustentáveis, pode dar uma contribuição substancial à mitigação da pobreza e à melhora da saúde e da qualidade de vida dos pobres das zonas urbanas e rurais. Uma alta proporção de grandes aglomerações urbanas está localizada em torno de estuários e em zonas costeiras. Essa situação leva à poluição pela descarga de resíduos municipais e industriais, combinada com a exploração excessiva dos recursos hídricos disponíveis, e ameaça ao meio ambiente marinho e o abastecimento de água doce." Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/index.cfm>. Acesso em: 02 dez. 2003.

33 ANA. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/Institucional/default.asp>. Acesso em: 02 dez. 2003.

de 1997, tem a atribuição de gerenciar os recursos hídricos da bacia, de forma descentralizada e participativa, com a finalidade de promover

... a viabilização técnica e econômico-financeira de programas de investimento e a consolidação de políticas de estruturação urbana e regional, visando ao desenvolvimento sustentado da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul³⁴.

O CEIVAP é integrado por três representantes do Governo Federal, sendo um do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; outro, das Minas e Energia; e o terceiro, do Planejamento e Orçamento; doze representantes do Estado de Minas Gerais; doze representantes do Estado do Rio de Janeiro; e doze representantes do Estado de São Paulo, sendo os representantes dos Estados indicados pelos respectivos Governadores, prefeitos municipais, entidades da sociedade civil organizada e de usuários de recursos hídricos, sendo que a estes devem ser garantidos, no mínimo, cinquenta por cento da representação estadual³⁵.

Nessas circunstâncias, Poder Público e sociedade civil, são responsáveis pela gestão compartilhada de um dos maiores problemas que assolam a humanidade neste início de século: a água. A Agência brasileira responsável pela implementação das políticas públicas que visam solucionar esses problemas na esfera da União, não pode nem pretende prescindir do apoio e da participação dos poderes locais e das populações, sob pena de perder a legitimidade e os objetivos traçados.

O sistema de gestão de recursos hídricos coexiste ou está inserido no sistema de gestão ambiental, o que os torna complementares um ao outro. A implantação de um sistema de gestão de recursos hídricos atende à necessidade de compatibilizar os conflitos gerados pelo uso da água, antevendo a possibilidade de escassez, em uma eventual incapacidade de atender às demandas.

Embora haja instrumentos regulatórios similares entre a gestão de recursos hídricos e a gestão ambiental, há uma diferença marcante: a executividade. A gestão ambiental tende a ser apenas regulatória e fiscalizatória, enquanto a gestão de recursos hídricos deve possuir um caráter executivo, sob a forma de programas de intervenções físicas que resultem em recuperação, preservação e/ou ampliação da

34 BRASIL. Decreto no 1.842, art.1o, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1842.htm. Acesso em: 03 dez. 2003.

35 Ibid. Art. 2º.

oferta hídrica, projetos e obras de recuperação de bacias hidrográficas e de despoluição de rios, lagoas e baías.³⁶

A possibilidade de escassez da água impõe a cooperação entre as esferas governamentais, prevalecendo o interesse de escala territorial mais abrangente. A coordenação entre sistemas regulatórios busca resultados uniformes, sem, contudo, enfraquecer a atuação dos poderes públicos locais, tampouco alienar suas respectivas competências, servindo, ao contrário, para o fortalecimento das capacidades institucionais e administrativas dos níveis envolvidos.³⁷

6. A produção das cidades

Estabelecido o caos decorrente do processo de urbanização desenfreado que ocorreu a partir da Revolução Industrial, tendo como consequência o esgotamento dos recursos naturais e a poluição ambiental em larga escala, há a necessidade urgente da mudança de paradigmas que sustentaram a ideia desenvolvimentista presente até os nossos dias. Dessa forma, a revisão de conceitos leva à retomada do planejamento, cujos elementos fundamentais, Marcelo Lopes de SOUZA³⁸, modificando os comentários de J. Barry CULLINGWORTH³⁹, entende como válidos para qualquer atividade de planejamento:

- Pensamento orientado para o futuro.
- Escolha entre alternativas.
- Consideração de limites, restrições e potencialidades; consideração de prejuízos e benefícios.
- Possibilidade de diferentes cursos de ação, os quais dependem de condições e circunstâncias variáveis.

O autor complementa com um quinto elemento fundamental acrescentado por CULLINGWORTH: “a preocupação com a resolução de conflitos de interesse”.

36 No plano federal, o Ministério da Integração Nacional tem atribuição de planejar, coordenar e executar programas de manutenção da infra-estrutura hídrica, conforme dispõe a Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, em seu artigo 27, XIII; este detalhe o torna gestor da política de obras de transposição do rio São Francisco.

37 Cf. Marta ARRETCHE apud BERCOVICCI, Gilberto. Dilemas do estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

38 SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 34.

39 CULLINGWORTH, J. Barry. *Planning in the USA*. Policies, Issues and Process. Nova York e Londres: Routledge, 1997.

Tendo esses princípios como orientadores de políticas públicas, fica clara a necessidade da existência de órgãos da Administração pública, direta e indireta, comprometidos com eixos traçados pela sociedade, e não com aqueles sujeitos às decisões unilaterais do Poder Público instituído, ratificando a necessidade da existência de órgãos possuidores de autonomia.

Na produção dos espaços urbanos no Brasil, questões fundamentais de planejamento são desconsideradas e, os investimentos públicos obedecem aos interesses privados, produzindo bolsões de pobreza em espaços deteriorados, formando duas categorias de cidade: a cidade legal e a cidade real⁴⁰.

A consequência imediata é a pressão ambiental cada vez mais forte e a necessária busca de insumos em pontos cada vez mais distante. Alimentos, energia e água fazem parte de uma grande lista de recursos que, a cada dia, ficam mais escassos e disponibilizados em locais cada vez mais remotos. Especificamente quanto à água, sofrem-se as consequências da falta de políticas públicas e de governo no sentido de se solucionar os problemas, solução esta que só é possível em ações integradas.

Conclusão

A reforma do Estado passa, necessariamente, pela inclusão de mecanismos que deem sustentação à transparência esperada pela sociedade. Esta necessita de um Estado atuante e compromissado com seus anseios, capaz de agir em sua defesa e, além disso, com habilidade para planejar na direção da resolução dos problemas de determinada sociedade, sem desconsiderar as questões que envolvem o mundo globalizado.

A criação de *Agências Reguladoras*, mais do que um modismo, é uma necessidade dentro dessa sociedade complexa e de risco (BECK). Como se viu, autarquias com funções regulatórias não são novidade no país, porém, o modelo que se deseja é aquele que tenha autonomia e capacidade de articulação com a sociedade civil, Poder Público e capital privado, não ficando sob a tutela direta de qualquer dos Poderes.

40 MARICATO, Ermínia. Contribuição para um plano de ação brasileiro. In BONDUKI, Nabil (org.). *Habitat*. 2 ed. São Paulo: Studio Nobel, 1997. p. 39. A Arquiteta, neste sentido, afirma: "O tratamento da questão urbana, no Brasil, combina uma visão burocrática, cartorial, com um pragmatismo exacerbado". E continua: "De um lado estão os Planos Diretores, cuja eficácia se restringe às áreas de mercado imobiliário privado. Alguns urbanistas já admitem que a detalhada legislação de zoneamento contribuiu decisivamente para a carência habitacional e para a segregação urbana, na medida em que alimentou a relação de monopólio do capital imobiliário sobre localizações valorizadas. A convivência da regulação detalhista com vastas regiões ocupadas ilegalmente por favelas, loteamentos irregulares e cortiços, numa mesma cidade, como acontece em todas as capitais brasileiras, não é fruto do acaso (grifei)".

O modelo de *Democracia Participativa* deve ser o marco desse novo paradigma que começa a ser implantado pelo Estado. A importância da autonomia e da transparência reflete-se nos anseios do capital privado, convocado a participar dos investimentos públicos, e.g., Parceria Público-Privada, em que o Poder Público espera investimentos privados em infraestrutura, em que os contratos entre Estado e a iniciativa privada são de longo prazo, devendo variar de 20 a 30 anos. Ressalta-se, neste caso, a grande importância das *agências reguladoras*, havendo necessidade de marco regulatório e definição do papel das agências.

As *Agências Reguladoras* devem garantir a passagem de governos, estabilizando as relações entre o Estado e a iniciativa privada e sempre comprometidas com as políticas públicas previamente definidas. Projetos- como o que altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, Projeto de Lei, de 23 de setembro de 2003, o qual retira a independência das *Agências Reguladoras*, criando ouvidorias independentes, estabelecendo um potencial conflito entre órgãos genéricos de defesa da concorrência e as *Agências Reguladoras*, entre outras disposições- frustram as expectativas dos que desejam órgãos independentes e fortes.

Nessas circunstâncias, pensa-se que as *Agências Reguladoras* não podem ser alijadas das prerrogativas que garantem as passagens de governos, sequer da autonomia suficiente ao enfrentamento necessário às garantias dos direitos dos cidadãos e, do comprometimento com as questões que extrapolam fronteiras políticas.

Referências

ANA. *Agência Nacional de Águas*. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/Institucional/default.asp>. Acesso em: 02 dez. 2003.

ASSMANN, Hugo. **Reencantar a educação**: rumo à sociedade aprendente. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

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

_____. **La sociedad del riesgo global**. Tradução por Jesús Alborés Rey. Madri: Siglo Veintiuno de España, 2002.

BERCOVICCI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONDUKI, Nabil (organizador). **Habitat**: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras. 2 ed. São Paulo: Studio Nobel, 1997.

BRASIL. Decreto no 1.842, de 22 de março de 1996. **Institui Comitê para integração da bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1842.htm. Acesso em: 03 dez. 2003.

BRASIL. Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm. Acesso em: 02 dez. 2003.

BRASIL. Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá providências. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9986.htm. Acesso em: 22 out. 2003.

BRASIL. Projeto de Lei, de 23 de setembro de 2003. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/agencias_reguladoras.htm. Acesso em: 22 out. 2003.

CAIRNCROSS, Frances. **O fim das distâncias**: como a revolução nas comunicações transformará nossas vidas. Tradução por Edite Sciulli e Marcos T. Rubino. São Paulo: Nobel, 2000.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. Tradução pela equipe de tradutores do Instituto de Letras da PUC-Campinas. 8 ed. : Campinas, SP: Papirus, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Para o Estado-rede**: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Tradução por Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (Orgs.). Sociedade e Estado em transformação. UNESP, p. 147-171.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução e introdução por Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21*: capítulo 18, sessão E, item 18.56: a água e o desenvolvimento urbano sustentável: base para a ação. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/index.cfm>. Acesso em: 02 dez. 2003.

ONU. *Water for People Water for Life: the United Nations World Water Development Report*. Barcelona: UNESCO Publishing, Beghahn Books, 2003.

PERELMAN, Chaim apud MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI. Tradução por Mauro Raposo de Mello. Barueri, SP: Manole, 2004.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que as reformas administrativas falham?** Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 17, n. 50, p. 123-142, out. 2002.

SATO, Michele, SANTOS, José Eduardo dos. **Agenda 21**: em sinopse. São Carlos, SP: EdUFSCar, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

US GOVERNMENT. Executive Branch. <http://www.usa.gov/directory/federal/index.shtml>. Acesso em 29.jun.2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução por Marina Gascón. 5 ed. Madri: Editorial Trotta, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. CANOTILHO, J.J. Gomes (Coord.). Tradução por Karin Praefke-Aires Coutinho. 3 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ERRO MÉDICO NO JUDICIÁRIO: FALHA TÉCNICA OU DESCONHECIMENTO JURÍDICO?

THAÍS EDUARDA DE CERQUEIRA

Bacharel em Direito. O presente capítulo é parte de Projeto de Iniciação Científica desenvolvido no Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA), bem como de monografia acadêmica concluída pela autora.

ALINE CALDEIRA LOPES

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise de processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre cirurgias mal sucedidas. 2.1. Processos Derivados de Falhas Técnicas Pré-operatórias e Pós-operatórias: o Papel do Perito. 2.2. Processos Derivados de Uma Relação Médico-Paciente Ineficiente: o Dever de Informar Como Parte Inerente da Profissão Médica. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tenta compreender se o aumento de demandas judiciais contra o profissional médico decorre de falhas técnicas ou da deficiência do conhecimento jurídico. Para isso foram estudados dezessete processos relativos à cirurgia mal sucedida do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) através da pesquisa selecionada do mesmo. Desses, apenas quinze foram analisados, pois dois deles tratavam do âmbito odontológico, o qual não foi objeto de estudo.

O trabalho busca visualizar como os casos de erro médico se desenvolvem do ponto de vista jurídico, tentando aferir se a responsabilidade médica é oriunda de erros médicos propriamente ditos ou da deficiência dos deveres jurídicos, como o dever de informar do médico. Através da análise procura-se entender se o ensino básico de direito deveria ser obrigatório no curso de medicina e se serviria para reduzir significativamente a demanda processual por erro médico.

O tema foi escolhido devido à atualidade e importância do mesmo, pois engloba direitos constitucionais como a vida e mais especificamente a saúde. Inúmeras são as notícias diárias que apresentam casos de erro médico, o que originou o interesse de se verificar como o judiciário lida com tais questões.

O trabalho é relevante porque destaca áreas interessantes a serem pesquisadas futuramente. A pequena amostra processual não permite que os resultados encontrados sejam generalizados, entretanto aponta questões que devem ser observadas em análises posteriores. Os números encontrados mostram ainda que, caso sejam mantidos em espaço amostral maior, podem ser preocupantes.

A seleção processual realizada através da pesquisa selecionada do site do TJRJ foi utilizada para limitar o espaço amostral, visto que em pesquisa livre de jurisprudência o número de processos encontrados é inviável para o estudo proposto. Os processos analisados se encontram entre 2006 e 2011, sendo que a pesquisa restringiu-se àqueles que envolveram indenizações entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais).

Desse modo, ainda que a generalização de questões trazidas neste trabalho possa apresentar-se temerária, o mérito do mesmo está em contribuir com um acúmulo no campo metodológico para a observação e análise do erro médico no Poder Judiciário.

Como forma de unificar a observação empírica à teoria, a análise processual se baseou no estudo bibliográfico realizado previamente, considerando questões como a espécie de responsabilidade, a verificação da natureza do dano e a quantificação indenizatória do mesmo. Notou-se que a responsabilidade pode ser ética, civil ou criminal e que dependendo do erro médico apresentado ele poderá ser enquadrado em uma ou até mesmo em todas as categorias. A análise apenas tratou da responsabilidade civil, não sendo mencionadas as demais espécies nos processos estudados.

Verificou-se a presença de duas ações relativas à cirurgia plástica (que foram incorporadas à análise), a qual a obrigação é considerada, de modo geral, de resultado. Estudou-se que esse posicionamento é majoritário, mas que existem doutrinadores defendendo que essa é uma especialidade também passível de falhas e que deveria apresentar responsabilidade de meio, como as demais. Além disso, tratou da cirurgia puramente estética e da reparadora, mas nos casos analisados só foram encontradas cirurgias estéticas.

Com relação ao dano, os processos apresentaram dano moral, material e estético, tanto de forma conjunta como em separado. A classificação de cada um, assim como os critérios para a quantificação foram estudados, sendo diferenciado o dano moral do mero aborrecimento, o qual não resulta em dever de indenizar.

Nesse sentido, tratou-se ainda da importância das provas para a decisão judicial, principalmente do laudo pericial e do consentimento informado. Averiguou-se que em todos os processos analisados a prova pericial foi fundamental para a decisão do magistrado. Com relação à falha no dever de informar, notou-se a ocorrência em três, dos quinze processos.

Caso a proporção de um processo relativo à ausência do consentimento esclarecido em cada cinco processos analisados se mantenha em uma análise com universo amostral maior, isso significaria que o conhecimento básico do direito poderia reduzir significativamente a demanda referente a erro médico. Sabe-se, contudo, que essa é apenas uma hipótese decorrente do resultado encontrado na análise feita no presente trabalho.

Com o desenvolvimento do trabalho notou-se outros pontos relevantes para estudos futuros, como a importância da prova pericial na apreciação judicial do erro médico. Como todas as decisões encontradas utilizaram o laudo pericial como fundamento, é interessante o estudo aprofundado desse meio de prova, verificando se há maior valoração da mesma em detrimento de outras, por exemplo.

Outro ponto passível de discussão são os critérios utilizados para a quantificação dos danos, visto que são decorrentes de lesões à saúde e não apenas de um bem fungível. Nos processos analisados o *quantum* indenizatório foi limitado devido à própria escolha do recorte do objeto, mas em uma pesquisa posterior é interessante analisar se as indenizações são coerentes com o dano e com o sofrimento da vítima. Realizar a contraposição de indenizações decorrentes de casos de consumo, de mero aborrecimento e de erro médico comprovado pode proporcionar um trabalho

de relevância.

O estudo aprofundado do termo de consentimento esclarecido e de seus requisitos, a verificação se ele atende à sua função primordial é outro ponto passível de trabalho posterior. Esse termo possui requisitos próprios e verificar se eles são atendidos na prática, tanto particular quanto pública, pode ser objeto de investigação. Pesquisar a finalidade dada a esse documento é outro ponto possível a ser estudado, se ele é utilizado como direito do paciente e dever do médico ou apenas como burocracia a ser cumprida, por exemplo.

Logo, a pesquisa evoluiu para apontar possíveis temas a serem pesquisados futuramente. O pequeno número de processos propiciou a visualização de diversos campos de pesquisa possíveis, sendo realizada a análise deles de maneira a enquadrá-los em assuntos derivados da responsabilidade médica.

2. Análise de processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre cirurgias mal sucedidas

Objetiva-se a análise das ações selecionadas para se verificar a possibilidade do profissional médico ser mais processado devido ao seu desconhecimento jurídico. O aumento de ações contra médicos é notável, conforme afirmam alguns autores, como Diniz (2011, p. 756 - 757) e Policastro (2013, p. 75). A ideia desse trabalho é tentar verificar se o aumento decorre de falhas técnicas ou de possível desconhecimento jurídico.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a análise de processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) relacionados à cirurgia mal sucedida. Os resultados foram encontrados no sítio eletrônico do TJRJ, a partir da busca no link "consultas". A partir deste dado, buscamos a aba "jurisprudência", em seguida "pesquisa selecionada" e tópico "Valores relativos à Verba Indenizatória". O documento "Erro Médico - Cirurgia Mal Sucedida" é apresentado em PDF e será analisado em seu tópico "Valor da Indenização: R\$ 5.000,00 a R\$ 19.000,00". Nesse tópico estão listados 17 processos em grau de apelação, todos compreendidos entre os anos de 2006 e 2011.

A pesquisa selecionada disponível no site do TJRJ é realizada rotineiramente por solicitação dos Magistrados e Assessores dessa Corte, segundo o Serviço de Pesquisa Jurídica e Publicação de Jurisprudência do mesmo site. É importante res-

saltar que certas palavras chaves quando utilizadas na pesquisa livre apresentam muitos resultados. A pesquisa selecionada foi utilizada como recorte de um tema extenso por abranger processos com um tema em comum e com exemplos compreendidos entre vários anos.

Foi realizada uma organização primária dos processos analisados, sendo destacada a comarca originária, o número correspondente. Separou-se o apelado e o apelante, sendo verificado também, em caso de uma das partes ser uma instituição hospitalar, se essa era pública ou privada. Verificou-se ainda o tipo de ação, o pedido e o motivo da ação, ou seja, qual o dano alegado que ensejou o pedido indenizatório.

Verificou-se ainda, de forma superficial nessa primeira análise, o conteúdo da decisão de 1ª e 2ª instância, assim como o fundamento jurídico utilizado e os principais argumentos da decisão. Por fim, constatou-se os valores de indenização determinados em ambas instâncias, confrontando-as para averiguar se ocorreu alteração do *quantum* indenizatório.

Foram encontrados processos com origem em diversas Câmaras, sendo oito deles advindos da capital Rio de Janeiro, três de Campo Grande, um de Volta Redonda, um de São Gonçalo, um de Três Rios, um de Petrópolis, um de Nova Iguaçu e um de Niterói.

Nesses 17 processos foram encontrados dois que tratam de cirurgias odontológicas, as quais não serão comentadas por não ser objeto de interesse da pesquisa, por adentrarem o campo da odontologia. Também se encontram dois processos referentes a cirurgias plásticas, sendo importante lembrar que nesses casos a responsabilidade do médico é considerada, regra geral, de resultado. Os processos relativos a cirurgia plástica serão estudados em conjunto com os demais, sendo excluídos da análise apenas as duas ações referentes à odontologia.

Nesse sentido está a afirmação do ministro relator no caso de nº 0002651-03.2000.8.19.0001:

A cirurgia plástica por ele realizada na paciente foi exclusivamente de natureza estética, com resultado embelezador. Nesses casos, a tarefa do médico cirurgião não se caracteriza como obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado.

Apenas em três processos o hospital processado era público, um caso em que o processo teve como réu o próprio município, cinco em que o hospital era particular,

três em que o hospital e o médico foram processados conjuntamente e três em que apenas o médico foi processado. Em todos os casos analisados o paciente, após decisão do TJRJ, teve direito a indenizações.

Com relação às indenizações, as decisões de 2ª instância mantiveram o *quantum* indenizatório estabelecido pelo tribunal *a quo* em sete situações, majorou o valor total determinado em cinco casos e reduziu em três casos. Notou-se que o critério utilizado para se estabelecer o valor é bem esclarecido no voto do relator no processo de nº 134435-74.1998.8.19.0001:

A doutrina e jurisprudência apontam critérios que devem ser observados para a fixação do quantum indenizatório, dentre eles, a condição sócio-econômica das partes, as circunstâncias do caso, a extensão do dano, o propósito compensatório e o punitivo-pedagógico, devendo o julgador estar ainda atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar o enriquecimento seu causa da parte ofendida.

É possível perceber que os critérios não são objetivos, sendo preciso analisar cada caso de maneira individual. Não se pode afirmar, todavia, que a determinação do valor é aleatória, pois existem critérios para a quantificação, sendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade os mais citados nos casos analisados.

Sobre os valores arbitrados, a escolha dos processos restritos ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) impede conclusões sobre o tema. Assim, não é possível comparar valores indenizatórios de casos relativos a bens fungíveis, com a de cirurgias mal sucedidas, que tratam da saúde. Tal análise seria interessante para averiguar se há maior valorização dos sofrimentos do paciente ou de situações de consumo, por exemplo.

Com relação às indenizações, em apenas um processo foi concedido danos morais, materiais e estéticos. Em um caso foi concedido danos estéticos e morais e em três casos foram cumulados danos morais e materiais. Em dois casos foram cumulados todos os danos e em nove casos se entendeu a ocorrência apenas de danos morais.

Diante disso, pode-se considerar possível que nos casos que envolvem saúde o dano moral tem maior reconhecimento que os demais. Se os dados averiguados nessa análise se mantiverem em maior número de processos, pode-se relacionar a

ocorrência do dano moral com o erro médico. É plausível comparar a determinação do valor arbitrado nesses casos com o de ações de mero aborrecimento, por exemplo.

Um dos casos que cumulou os três tipos de danos é o de nº 22643-08.2004.8.19.0001, o qual trata de estenose causada durante realização de cineangiogramia, conforme comprovou o laudo pericial. Diante disso, o ministro relator afirmou:

Correta, portanto, a sentença ao constatar a existência do nexos causal e de danos materiais, morais e estéticos a serem indenizados, uma vez que a estenose produzida pelo ato cirúrgico não seria propriamente um risco a este inerente, mas sim uma falha na técnica utilizada, configurando a má prestação do serviço e repercutindo no dever de indenizar.

Foram encontrados três processos que tratam da falha no dever de informar. Em praticamente todos os processos se encontrou a expressão “nexo causal”, mostrando que esse é um critério muito utilizado para a verificação de culpa do médico, pois busca-se a ligação entre o dano e a conduta do profissional. Essa verificação foi realizada em todos os casos analisados através da perícia.

Desse modo, infere-se que, de acordo com a presente análise, a instituição médica é colocada no polo passivo, provavelmente por apresentar maior poder econômico que apenas o médico. Tal fato pode decorrer também da responsabilidade dos hospitais ser considerada, de modo geral, objetiva.

Além disso, o pedido costuma ser por danos morais, decorrentes do sofrimento experimentado pelo dano, principalmente em caso deste ser temporário. Nota-se ainda que a sentença de primeira instância tende a ser mantida, sendo sempre analisados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em segunda instância. Observa-se ainda que o laudo pericial foi sempre utilizado para fundamentar as decisões e que o paciente saiu vencedor em todos os casos analisados.

2.1. Processos Derivados de Falhas Técnicas Per-operatórias e Pós-operatórias: o Papel do Perito

Esse tópico trata do enquadramento das ações analisadas em três categorias: falhas técnicas, problemas no pós-operatório e inadequação de técnica cirúrgica.

Observou-se que em todos esses casos o laudo pericial foi fundamental para a decisão de primeira e de segunda instância. Assim, também será discutido a importância dessa figura auxiliar do judiciário na formação de opinião do magistrado.

Esse tópico visa demonstrar que a análise processual das ações selecionadas encontrou situações em que o processo adveio de falhas técnicas, problemas no pós operatório ou até mesmo da inadequação de técnica cirúrgica utilizada. Em todos esses casos o laudo pericial foi essencial para a decisão do juiz e do tribunal, visto que o perito é a figura que detém conhecimento específico na área e auxilia na averiguação dos fatos.

Dois casos foram selecionados para exemplificar a categoria “falha técnica”. O primeiro caso demonstra que a lesão do paciente resultou do procedimento cirúrgico e o segundo trata de retirada parcial de vesícula, quando deveria ter sido realizada a remoção completa. Foram encontrados outros casos, entretanto serão utilizados apenas dois a título de ilustração.

O processo de número 134435-74.1998.8.19.0001 trata de uma apelação interposta pela vítima/paciente, pedindo a majoração dos danos morais decretados em decisão de 1ª instância. O caso diz respeito à cirurgia realizada devido à fratura de antebraço esquerdo ocasionada por queda no serviço, sendo necessária a colocação de prótese, placa e pino. O paciente se queixou de dores no local fraturado e de imobilidade do membro, sendo então encaminhado para tratamento ambulatorial e fisioterápico.

Entretanto, três meses após a cirurgia o antebraço em questão se encontrava paralisado, sendo constatado através de exame lesão do nervo ulnar. O pedido de dano moral se baseou na impossibilidade da vítima exercer plenamente sua função de mecânico devido à lesão em questão. O hospital (apelado) alegou que o pós operatório foi sem anormalidades, mas que o local lesionado não respondeu adequadamente, sendo que a lesão não se originou do ato cirúrgico, mas de compressão do próprio edema no local fraturado.

Além disso, a instituição alegou que o autor comparecia alcoolizado a fisioterapia, o que dificultou a cura tanto pela não adesão ao tratamento quanto pelo fato do alcoolismo. Diante disso, o voto do ministro relator se baseou na perícia médica realizada, a qual constatou que “houve lesão do nervo ulnar incompleto do cotovelo durante o ato cirúrgico, tal acontecimento não era para ocorrer. Tal fato caracteriza uma falha técnica no transcurso do ato cirúrgico”.

O ministro verifica ainda que a responsabilidade do hospital é objetiva e que não houve culpa exclusiva do paciente, referindo-se ao art. 14, §3º do CDC. Diante disso, o ministro afirma:

Assim, tem-se como configurado o dever de indenizar do réu, tendo em vista demonstrada a falha na prestação do serviço, bem como o nexo de causalidade entre a referida falha e os danos suportados pelo apelante, elementos mais do que suficientes para a caracterização da responsabilidade civil do prestador de serviço.

Cabia ao apelado manter incólume o paciente, no caso o autor, livre de outras lesões que não aquelas oriundas dos procedimentos médicos, decorrente da cláusula de incolumidade estabelecida entre partes, respondendo pela habilidade profissional dos seus médicos no atendimento àqueles que utilizem os seus serviços, podendo ser responsabilizado não apenas por escolha incorreta destes profissionais, mas também se não exercer controle dos mesmos no desempenho de suas atividades.

Por fim, conclui que “no que se refere ao dano moral, em casos como o presente, a sua demonstração está ínsita ao próprio fato, ou seja, é inerente ao próprio evento danoso”. A decisão foi no sentido de manter o *quantum* indenizatório estabelecido em 1ª instância, de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), negando provimento ao recurso.

Outro caso que a responsabilidade médica decorreu falha técnica foi o processo de número 27449-18.2006.8.19.0001. Nessa ação foi realizada cirurgia em que se retirou parcialmente a vesícula biliar, sendo necessária realização de nova cirurgia para a remoção total. A defesa médica alegou que não havia indicação da extração total devido a processo inflamatório, o que não foi corroborado pelo laudo pericial.

Assim, o voto do ministro relator se baseou nas conclusões do perito, porque “por tratar-se de questão de ordem técnica, o auxílio pericial se mostra fundamental para valoração do acervo probatório”. Além disso, o ministro observou:

Assim, na valoração das provas constantes dos autos, num primeiro momento se verifica que a informação do Perito é

no sentido de que a conduta de extração parcial da vesícula, considerando a tese defensiva, mostrou-se inadequada tecnicamente.

Por fim, como não havia nos autos evidências de que o procedimento realizado era o adequado, a decisão em 2ª instância foi de majorar os danos morais para R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais) devido à falha técnica constatada e dos sofrimentos suportados pela vítima.

Foram selecionadas outras duas ações para exemplificar a ocorrência de problemas no pós operatório, sendo demonstrada negligência médica e consequente dever de indenizar devido acompanhamento inadequado do paciente após o procedimento cirúrgico.

O processo de nº 20629-81.2000.8.19.0004 trata de uma cirurgia para fixação e estabilização de fratura de punho com sequela oriunda de consolidação viciosa. A ação foi proposta contra o médico e a clínica, tendo sido os réus condenados solidariamente ao pagamento de indenização por dano estético, além de arcarem com as custas do tratamento (cirúrgico e fisioterápico) necessário para a correção do mesmo. A decisão de 1º grau fixou a indenização em R\$18.000,00 (dezoito mil reais), a qual foi mantida em 2º grau, sendo apenas acrescido juros de mora.

A vítima alegou que foi operado pelo profissional após ter sofrido acidente, momento em que foi constatada fratura distal do rádio, e que como consequência desse procedimento e da negligência dos réus/apelantes, perdeu o movimento do punho esquerdo. Diante disso formulou pedido de pensão vitalícia, danos morais e estéticos, além do pagamento de tratamento necessário.

A defesa afirmou que não houve erro médico, informando que foram realizadas duas avaliações articulares, sendo constatada, na segunda, discreto desvio de angulação dorsal, considerado dentro do limite de normalidade. Em função disso, fez-se a recomendação da realização de 60 sessões de fisioterapia, mas o paciente abandonou o tratamento após a 21ª sessão, o que resultou nas sequelas objeto do processo.

Entretanto, o primeiro laudo pericial concluiu que a fixação e a estabilização não foram realizadas de forma adequada, o que resultou em incapacidade permanente. Uma segunda perícia foi realizada por solicitação da clínica, sendo que o perito especialista declarou que não houve devido acompanhamento do paciente, resultando em sequela estética apenas, sem sequela funcional.

Desse modo, as duas perícias confirmaram que a falha ocorreu no pós cirúrgico, visto que a deficiência da fixação foi o que gerou a lesão. A primeira perícia afirmou ainda que tal fato era absolutamente previsível, e a segunda complementou afirmando que não foram realizados os exames com a frequência apropriada para evitar a lesão, sendo inadequado o acompanhamento realizado e o diagnóstico feito tardiamente.

Nota-se exatamente esse posicionamento no voto do relator:

Em síntese: após a realização do procedimento para a fixação da fratura no punho do autor, procedimento, aliás, realizado com sucesso, o que se percebe é a prematuridade na retirada do material de síntese óssea, isto é, na retirada daquilo que estava sustentando e fixando a fratura, culminando no desvio desta.

Essa retirada prematura, sem o devido acompanhamento radiológico, segundo os peritos, é a grande responsável pelo desvio da fratura no punho do autor e no conseqüente dano estético. Sendo assim, não restam dúvidas do sucesso do procedimento cirúrgico realizado, embora o mesmo não se possa afirmar quanto ao acompanhamento da evolução do paciente no pós-operatório.

A teoria de contribuição do paciente para a lesão foi afastada diante dos laudos periciais. Por fim, o relator concluiu pela responsabilidade solidária do médico e do hospital:

Daí porque devem arcar, solidariamente, os réus com o dano estético suportado pelo autor. Cristalina é a responsabilidade do 2º réu, que procedeu de forma desidiosa após a alta do paciente, sendo certo que se constatada a perda de redução da fratura em momento anterior à retirada do fio de sustentação, mediante exame radiológico, poderia ter se evitado o desvio. E a responsabilidade do 1º réu decorre do inadequado tratamento prestado por seu preposto em suas dependências, bem como, repita-se, daquela prevista no caput do artigo 14 do CDC.

Portanto, no caso em questão ficou clara a importância da perícia para a determinação de indenização por dano estético, com valor citado anteriormente. O se-

gundo caso é uma exceção, pois foi o único entre os analisados em que o paciente perdeu na sentença de 1ª instância. Trata-se de cirurgia para a retirada de miomas, sendo detectada durante o procedimento a necessidade de realizar uma histerectomia, ou seja, a retirada do útero.

A cirurgia foi realizada com sucesso, entretanto a paciente apresentou complicações pós-operatórias decorrente de um pequeno corte no ureter. Ela então acionou o judiciário requerendo danos morais e materiais em face do médico e da clínica, alegando que o corte decorreu do processo de cauterização realizado durante a cirurgia.

A sentença, posteriormente reformada pelo Tribunal de Justiça, observou que "conforme o entendimento do MM. Juízo 'a quo' que, no que se refere à responsabilidade por erro médico, não procede o pedido autoral". No relatório pericial foi concluído que a fístula não foi causada durante a cirurgia, sendo excluída a hipótese de erro médico.

Contudo, concluiu-se que a lesão foi desenvolvida no pós-operatório devido ao calor decorrente da cauterização, sendo a mesma caracterizada pelo perito como "dano iatrogênico". A respeito dessa situação, o ministro relator afirmou:

Se o médico cirurgião sabia das difíceis condições orgânicas da paciente e da probabilidade de ocorrência de fístula no ureter, devido à exposição ao calor na fase de cauterização, tendo conhecimentos técnicos quanto à possibilidade de tais efeitos colaterais e, inclusive, dos riscos decorrentes da saída da urina para a cavidade abdominal, não poderia ter agido com tanta calma e descuido ou, melhor, com negligência diante das primeiras reclamações da paciente e, diante dos sintomas a ele relatados, impunham-se-lhe medidas rápidas e eficazes, que não comprovou ter tomado.

Mesmo que a fístula no ureter da apelante não tenha ocorrido por erro médico e, mesmo que tais efeitos colaterais sejam possíveis em tal tipo de cirurgia e devido às condições da paciente, ou ainda, que, atualmente, não reste na apelante qualquer sequela decorrente da operação realizada pelo primeiro réu/apelante, não se pode negar que a omissão de pronto diagnóstico e de procedimentos eficazes para debelar tais efeitos colaterais, além de colocar em risco a saúde e a vida da paciente, no mínimo, deu causa ao prolongamento dos sofrimentos físicos e emocionais

da mesma, os quais poderiam ter sido evitados pelo primeiro réu, se tivesse tido com a paciente a relação de atenção, em respeito à dignidade da pessoa humana, posto que diretamente ligada à relação médico-paciente.

Desse modo, concluiu-se com base no laudo pericial que apesar da fístula não ter decorrido de falha no ato cirúrgico, ela se desenvolveu após a operação e o médico deveria ter apresentado maior zelo diante das reclamações da paciente. Por fim, o relator afirmou que “entretanto, os réus [apelados] não trouxeram provas que elidam as afirmações e documentos trazidos pela autora/apelante de que houve desprezo, indiferença, ou seja, negligência em relação às complicações pós-operatórias”. A decisão de 2º grau determinou o pagamento R\$15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais pelo médico, isentando a clínica de qualquer indenização.

Foram encontrados ainda ações em que a técnica cirúrgica foi inadequada, como é o caso do processo nº 0003959-43.2004.8.19.0063, em que foi realizada cirurgia para reparação de hérnia inguinal sem a utilização de tela (técnica de Lincnstein). O paciente processou o médico que realizou tal cirurgia, imputando a esta diversas consequências danosas e requerendo danos morais, materiais e estéticos.

Entretanto, o laudo pericial demonstrou que apenas a queixa relativa a técnica cirúrgica utilizada poderia ser imputada ao profissional médico, sendo as demais oriundas de outro procedimento realizado por terceiro ou de problemas de saúde do paciente anteriores à cirurgia em questão. Diante disso, o voto do ministro relator afirmou:

Em reforço ao reconhecimento do erro médico, o perito, em sua avaliação, busca esteio na literatura técnica especializada que não recomenda a utilizada pelo recorrido, mas a alvitrada pelo experto (fls. 174).

Torna a justificar o erro médico, às fls. 279, enfatizando que, segundo a mesma literatura, os índices estatísticos mostram o menor número de recidivas quando se coloca tela no reforço das hérnias.

O erro se torna mais visível e evidente, dado que o apelante é paciente com mazela pulmonar, com tosse crônica, o que provoca maior esforço abdominal e, conseqüentemente, a

possibilidade de recidiva, daí a menor necessidade de colocação daquele material.

Assim, o relatório conclui que houve falha grosseira, pois a técnica utilizada não é a mais recomendada pela literatura médica, comprovando o nexo causal entre a cirurgia realizada e o dano alegado. O ministro relator assegurou ainda que “de outro lado, é de conhecimento de todos que a recuperação da cirurgia de paciente portador de hérnia inguinal é dolorida e delicada”, ou seja, configurou-se o dano moral.

Por fim, foi desconsiderado o dano estético, baseado também na perícia realizada, pois inferiu-se que as “cicatrizes normais [foram] inerentes aos atos cirúrgicos”. Desse modo, a indenização foi arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nota-se que a perícia é muito utilizada como fundamentação para as decisões, o que ocorreu não só nos casos citados, mas em todos os analisados. Isso mostra a importância que a prova pericial assume no processo.

Sabe-se que todas as provas devem ser valoradas da mesma forma, sendo que todas apresentam valor relativo. A prova pericial não é uma exceção, entretanto observa-se o perito é um auxiliar da Corte e seu parecer, apesar de ser livre e não vinculado, acaba sendo muito valorado pelo magistrado.

França (2013, p. 294) trata da função do perito:

Os objetivos essenciais dessa avaliação pericial resumem-se em considerar o dano, estabelecer o nexo causal, considerar a existência de concausas, caracterizar as circunstâncias do ato médico, avaliar o estado anterior da vítima e estabelecer o padrão médico-legal.

Os peritos, resumidamente, devem analisar o dano do caso em questão e verificar se decorreu do ato médico alegado e determinar suas consequências. Entretanto, não cabe a ele analisar se houve culpa, pois emitir parecer é função apenas do judiciário, conforme determina o parecer-consulta 19/99 do Conselho Federal de Medicina:

Somente o Poder Judiciário (magistratura) e os Conselhos Regionais de Medicina têm competência para, firmando o convencimento, julgar - aquela a existência da culpa, estes o delito

ético que envolve também a ação ou omissão culposas. Sendo assim, "exorbita competência" o médico legista emitir parecer, ainda que por indícios, da existência ou não de negligência, imperícia ou imprudência praticadas por médico, pois isto é um julgamento, missão privativa de juiz ou dos Conselhos Regionais de Medicina.

Não se notou o protecionismo de classe entre os médicos peritos e os processados em nenhum dos casos analisados. O laudo pericial acusou o erro médico quando este existia, caracterizou desídia ou má escolha, fundamentando o parecer de forma clara e objetiva.

Deve-se considerar, entretanto, que o laudo pericial, assim como qualquer outro meio de prova, pode apresentar falhas. Não é correto basear a decisão nas conclusões do perito apenas porque este é especialista na área analisada, pois nesse caso se transferiria a responsabilidade decisória toda para o técnico.

É por esse motivo que o magistrado deve sempre decidir conforme o princípio da livre convicção, devendo acatar o laudo pericial apenas quando acreditar na força das razões nele apresentadas. Portanto, o juiz pode fundamentar suas decisões sem considerar o parecer pericial, ainda que isso não tenha ocorrido nos casos analisados no presente trabalho.

2.2. Processos Derivados de Uma Relação Médico-Paciente Ineficiente: o Dever de Informar Como Parte Inerente da Profissão Médica

Nesse tópico serão apresentados os três processos, entre os quinze analisados, nos quais o paciente foi indenizado devido à falha no dever de informar. Como estudado anteriormente, um dos deveres do médico consiste em informar ao paciente acerca dos procedimentos a serem realizados, das possíveis complicações, tempo de recuperação, medicamentos e seus efeitos colaterais etc.

A ausência da informação, ou até mesmo sua parcialidade, poderá ensejar a responsabilidade médica. A relação médico-paciente deve ser baseada na confiança, a qual depende diretamente do médico apresentar todas as informações necessárias para o paciente manifestar seu livre consentimento. Obviamente, é essencial que o enfermo forneça informações completas a seu respeito, como histórico médico próprio e familiar.

Assim, o dever de informar pode ocorrer de forma oral ou escrita, sendo fundamental que a linguagem seja acessível ao paciente. O mais comum é a informação escrita, através do consentimento informado, o qual pode ser utilizado como importante meio de prova frente ao judiciário. Nota-se que nos casos a seguir foi alegado que o dano poderia ser esperado ou que o mesmo era inerente à atividade, entretanto o magistrado entendeu que a ausência do consentimento do paciente e da informação prévia ensejam, por sua vez, o dever de reparar.

Em 2010 foi publicado um trabalho em que se buscou analisar a importância do consentimento informado, em formulário apropriado, para o desfecho de ações indenizatórias. Assim, foram analisados 269 casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tratando de indenização em ações no âmbito civil contra profissionais de saúde e hospitais (SIMÕES, 2010).

Esse trabalho apontou que havia 194 absolvições dentre os 269 analisados, sendo o argumento principal a ausência denexo causal entre o dano e a conduta médica. Dentre as absolvições foram encontradas duas em que o argumento foi a utilização correta do termo de consentimento informado. Em 24 processos ocorreram a condenação e os outros 51 não foram analisados, pois eram direcionados contra planos de saúde, seguro de vida e outros (SIMÕES, 2010).

Por fim, Simões (2010) concluiu:

Embora o consentimento informado ainda tenha uso embrionário em nossos meios médico-jurídicos, este tem pleno amparo legal, já contando com o apoio de muitos médicos e juristas, devendo vir a se formar, por força das leis já existentes, prática corriqueira no exercício médico jurídico, assim como elemento componente na formação de convicção dos magistrados na elaboração de seus julgados.

O mero uso desse termo não isenta quanto a aplicação da lei nos erros por imperícia, imprudência ou negligência do profissional, nem dos processos médicos por tais atos, mas seus supostos erros podem ser descartados com razoável confiabilidade quando utilizados os meios acadêmicos adequados para o caso de cada paciente, associando-se a informação plena do mesmo, fato que torna-se inquestionável pela confecção de um termo consentimento informado redigido de forma honesta, clara,

simples e transparente, salvaguardando o médico de pesadas indenizações aplicadas pela Justiça.

Outro trabalho, publicado em 2003, apresentou considerações sobre o consentimento informado, comparando a prática americana e a brasileira. Entende-se por consentimento informado americano aquele resultante do diálogo entre médico e paciente, em que ambas as partes alternam perguntas e informações, resultando no acordo expresso do paciente para determinado procedimento (GIOSTRI, 2003).

Com relação ao valor auferido ao consentimento informado, Giostri (2003) afirma:

Nos EUA, o peso dado ao consentimento informado em alguns Estados norte-americanos é substancial. Se todos os critérios usados para um consentimento estiverem presentes, o documento assinado cria uma conclusiva presunção de validade.

Esse dado faz parte, inclusive, da legislação de alguns Estados da nação norte-americana e, mesmo onde não se reconhece que o documento cria uma conclusiva presunção de validade, ele, ainda assim, serve como parte da defesa em uma ação judicial.

O valor de um documento do tipo do consentimento informado não deve, contudo, ser superestimado: ele é uma peça de evidência. Porém, pode ser derrubado por outra evidência, como o uso de má-fé ou de malícia por parte da pessoa que obteve o consentimento ou, ainda, de inabilidade, por parte do paciente, em comunicar-se na língua em que o consentimento foi escrito.

Com relação ao Brasil, o autor afirma que não é uma prática usual em todas as áreas, sendo utilizada em especialidades, como a da cirurgia plástica. O trabalho destaca ainda, que o valor probatório do consentimento informado já estava ficando em evidência junto aos tribunais brasileiros. Garante ainda que a importância dessa prática deve-se ao fato de poder ser utilizado para isentar o médico da responsabilidade civil, sendo importante instrumento de defesa (GIOSTRI, 2003).

O processo nº 7644-83.2003.8.19.0066 trata de exame de colonoscopia em que o aparelho apresentou defeito durante o exame, resultando na perfuração do intestino do paciente, sendo necessária reparação cirúrgica. Após a cirurgia o paciente

não foi devidamente acompanhado, sendo necessária a realização de mais duas cirurgias, sem resultado positivo, entretanto.

O hospital alegou que não ficou claro pela perícia onexo causal entre o procedimento e a perfuração, e que mesmo que ela tenha ocorrido, a perfuração faz parte dos riscos do exame. Afirmou ainda que o paciente estava ciente dos riscos e que o mesmo deixou de seguir o tratamento, procurando outro hospital para realizar as duas últimas cirurgias corretivas.

Entretanto, a conclusão pericial foi de que “há nexode causalidade entre a perfuração ocorrida durante o exame colonoscópico e a evolução patológica da doença diverticular de diverticulose para peri-diverticulite”. O voto do relator esclareceu:

Ademais, o autor não foi informado dessa “possível complicação”, sendo necessário informar o paciente de forma clara e precisa sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que ele próprio possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado.

(...) Assim a falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos do ato invasivo.

Desse modo, ficou estabelecida que a responsabilidade do hospital é objetiva e que estão presentes os elementos necessários para o dever de indenizar. Foram estabelecidos danos morais no valor de R\$19.000,00 (dezenove mil reais), pois, nas palavras do próprio ministro relator:

Afloram, deste contexto, inegáveis prejuízos morais perpetrados ao paciente, situação a evidenciar erro médico causado pela imperícia do profissional, por falta não intencional, ipso facto.

(...) Desta sorte, não merece reparo o decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais, considerando como parâmetros: o dano, a situação anterior (status quo ante), o poder financeiro e econômico das pessoas envolvidas, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante.

Outro caso em que ficou clara a falha no dever de informar foi na ação de nº 0041275-87.2001.8.19.0001. Nesse processo o paciente realizou cirurgia devido a presença de cisto no ovário esquerdo, além de apresentar incontinência urinária por esforço. Durante a cirurgia foram colocados eletrodos na paciente para monitorização cardíaca, o que causou queimaduras do lado esquerdo, próximas ao seio.

O hospital alegou que a colocação de eletrodos foi necessária para a realização de monitorização realizada pela anestesista em função do procedimento cirúrgico. Sustentou ainda que há risco de queimaduras inerentes à atividade desenvolvida, mas que tal fato é imprevisível. Além disso, a paciente foi encaminhada ao serviço de cirurgia plástica, tendo a mesma abandonado o tratamento após um único encontro.

O voto do ministro relator mostrou que a perícia concluiu ser a cicatriz decorrente de queimadura causada pelo eletrodo, sem possibilidade de reversão da lesão. A causa da queimadura poderia ser uma falha do aparelho ou até mesmo uma má utilização do mesmo, o que não foi muito bem esclarecido. Com relação ao fato decorrer de risco inerente da atividade, o relator afirmou:

Ademais, se o fato ocorrido encontrava-se dentro do risco inerente à atividade desenvolvida pelo Hospital, como alegado pelo apelante, deveria este ter informado, expressamente, todos os riscos da intervenção cirúrgica a que a autora se submeteria, sob pena de assunção da responsabilidade.

Nesse sentido, declarou que “Há, pois, inegável vício de informação por parte do hospital, a ensejar a obrigação do apelante em reparar os danos causados à apelada”. Considerando então que a cicatriz é pequena, o quantum indenizatório foi reduzido pela metade, sendo fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Há ainda outro processo em que a falha no dever de informar foi claramente o que ensejou a condenação do hospital ou do profissional médico a pagar indenizações ao paciente. A ação de nº 0015159-41.2001.8.19.0002 trata de cirurgia plástica, portanto obrigação de resultado, como explicado em trabalho anterior (CERQUEIRA, 2014).

O paciente se submeteu a cirurgia plástica para obter a simetria entre as orelhas, entretanto foram necessárias duas cirurgias para alcançar o resultado esperado. A primeira intervenção foi realizada sem qualquer finalidade, conforme comprovou laudo pericial. Considerou-se então que ocorreu falha no dever de informar, pois

o paciente não sabia que seriam necessárias duas intervenções cirúrgicas para a obtenção do resultado pretendido.

Foi caracterizado o nexo causal entre a omissão da informação e o constrangimento sofrido pelo paciente. Assim, determinou-se o pagamento de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) a títulos de danos morais, sendo considerada a clínica e o médico responsáveis solidários.

Nota-se então que a ocorrência de processos em que houve a falha no dever de informar não é incomum, sendo encontrados três casos dentre os analisados, ou seja, do total de quinze. Um deles diz respeito à cirurgia plástica, o que demonstra, no universo desse trabalho, uma preocupação relativa a essa área, considerando que apenas dois processos envolvendo essa área cirúrgica específica foram encontrados.

Recomenda-se que o médico busque sempre utilizar o termo de consentimento esclarecido, pois resguarda os direitos do paciente e pode servir como mecanismo de proteção em caso de alegação de responsabilidade médica. O consentimento informado é importante meio de prova, como mostram as condenações supracitadas resultantes da ausência do mesmo.

Portanto, o dever de informar deve ser sempre respeitado, não só porque em caso de desrespeito haverá consequências jurídicas e/ou éticas, mas também porque é um importante mecanismo da relação médico paciente. Essa relação se baseia na confiança entre as partes, sendo o consentimento informado importante instrumento para formalizar uma parte dela.

3. Conclusão

O trabalho apresentou a análise aprofundada de quinze processos, agrupando-os de acordo com o estudo teórico realizado em trabalho monográfico (CERQUEIRA, 2014). Assim, os processos analisados referentes a cirurgias mal sucedidas apresentam casos julgados entre os anos de 2006 e 2011, se enquadrando na faixa indenizatória de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais).

Apresentou-se uma análise conforme o tipo de responsabilidade (civil, ética ou penal) encontrada, a espécie de dano e a quantificação do resultado. Além disso, relacionou-se os resultados com a produção de provas, ressaltando-se a importância conferida ao laudo pericial, o qual serviu como fundamento da decisão em todos

os casos analisados.

Com relação ao erro decorrente da deficiência do conhecimento jurídico, foram encontrados três processos, dentre os quinze analisados, em que o dever de indenizar decorreu da falha em outro dever: o de informar. Os resultados encontrados só podem ser considerados dentro do universo analisado, ou seja, dos quinze processos, não sendo possível afirmar que as proporções aqui descobertas se mantêm em uma análise com maior número de processos.

Deve-se atentar para os resultados como possíveis hipóteses a serem pesquisadas posteriormente, pois apresentam áreas interessantes a serem aprofundadas, como a questão da valoração da prova pericial, da ausência do consentimento esclarecido como causa significativa da demanda judicial por erro médico e dos critérios utilizados para a quantificação dos danos, principalmente morais.

É preciso ainda considerar que, caso as proporções encontradas se mantenham em um espaço amostral maior, os dados são significativos. Se a cada cinco processos por erro médico um decorrer da falha do dever de informar, conforme se encontrou nesse trabalho, é possível que o conhecimento básico do direito na formação médica influencie diretamente na demanda processual por erro médico.

Assim, é necessária a compreensão da formação médica no país para compreender certos números encontrados, como a própria falha do dever de informar. Isso porque a área médica depende diretamente de uma boa e eficiente relação entre médico e paciente, sendo que qualquer problema assim originado apresenta grande potencial para resultar em demanda judicial.

O que se pode afirmar é que o fortalecimento da relação médico-paciente é a principal maneira de se evitar o contínuo aumento de processos decorrentes por erro médico, sendo importante a confiança e a honestidade entre as partes. Desse modo, é possível que o número de processos judiciais sem fundamento técnico sejam reduzidos. A maior atenção do médico ao fornecer informações poderia, portanto, reduzir as reclamações por problemas no pós-operatório e nos casos de falha no dever de informar, que constituíram parte dos processos analisados.

4. Referências

CERQUEIRA, Thaís Eduarda. Erro Médico no Judiciário: Falha Técnica ou Desconhecimento Jurídico? Pesquisa monográfica apresentada como requisito para a conclusão do curso de Direito no Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA), 2014.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Domínio Público. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-mal-sucedida.pdf>>>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

FRANÇA, GENIVAL VELOSO DE. Direito médico. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GIOSTRI, H.T. Sobre o consentimento informado: sua história, seu valor. J Vasc Br, Vol. 2, Nº3, 2003

GOLDEMBERG, Monica. Publicação eletrônica. Esclarecimentos sobre a pesquisa selecionada do TJRJ. Mensagem recebida por <alinecaldeiralopes@gmail.com> em 27 de fevereiro de 2014.

POLICASTRO, Décio. Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas. 4ª ed., ver., amp. e atual. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2013.

SIMÕES, L.C.S. Consentimento informado: O desafio médico-jurídico de nossos dias. Rev Bras Ortop. 2010.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0007644-83.2003.8.19.0066 - Erro Médico / Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade da Administração. AUTOR: SEBASTIAO ONOFRE DA CRUZ. RÉU: HOSPITAL UNIVERSITARIO PEDRO ERNESTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0002651-03.2000.8.19.0001 - Indenização Por Dano Material - Outros / Indenização Por Dano Material / Responsabilidade Civil. AUTOR: DORIS BASTOS DE SOUSA MELO. RÉU: SAMY PASSY.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0134435-74.1998.8.19.0001- Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. AUTOR: ROBERTO DE SOUZA. RÉU: HOSPITAL SANTA RITA DE CASSIA LTDA.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0022643-08.2004.8.19.0001- Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. AUTOR: JORGE JOSE ALBINO DA SILVA. RÉU: ESHO - EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0027449-18.2006.8.19.0001- Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. AUTOR: JAQUELINE RODRIGUES DA CRUZ. RÉU: SANTA CASA DA MISERICORDIA DO RIO DE JANEIRO e EDUARDO CESAR COSTA BARROS.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0020629-81.2000.8.19.0004 - Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. AUTOR: EDUARDO DE SOUZA. RÉU: COG SERVICOS MEDICOS S/C LTDA e JORGE LUIZ CHAGAS MACHADO.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0003959-43.2004.8.19.0063 - Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. AUTOR: ANTÔNIO RODRIGUES FILHO. RÉU: ARY COUTINHO JUNIOR.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0041275-87.2001.8.19.0001 - Dano Moral / Responsabilidade da Administração. AUTOR: ELIZABETH DE MACEDO LYRIO. RÉU: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO HOSPITAL UNIVERSITARIO PEDRO ERNESTO.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0015159-41.2001.8.19.0002 - Erro Médico / Indenização Por Dano Material. AUTOR: FELIPE DE ALMEIDA DIAS. RÉU: NANCI E MAGACHO SERVICOS MEDICOS E HOSPITALARES LTDA e JOAO CARLOS NANCI e DULDSON PEGORIN MAGACHO.

O ETHOS GRECO-ROMANO NA RELAÇÃO DOS SEXOS: UMA REFLEXÃO SOBRE AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA E A QUESTÃO DA JUSTIÇA

Adilson Pereira

Doutorado em Filosofia, Mestrado em Filosofia, Especialista em história da Filosofia, Licenciatura em Filosofia, Professor no Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

Lilian Regina Telles Faro

Doutoranda em Gestão pela UTAD-PT, Mestrado em Ciências Pedagógicas, Licenciatura em Psicologia, professora e nucleadora na área de bases humanísticas no Curso de Medicina do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

Sumário: Introdução. 1 O *Ethos* em questão. 2 A questão da relação dos sexos nas culturas grega e romana: uma abordagem acerca do *Ethos*. 2.1 A *Paideia* grega. 2.1.1 - Esfera privada e esfera pública: uma análise acerca das culturas grega e romana na relação dos sexos. 2.1.1.1. A esfera privada. 2.1.1.2 A esfera pública. Conclusão. Referências.

Introdução

Abordar a questão do *Ethos*¹ referente às culturas grega e romana, no que diz respeito à problemática da relação dos sexos masculino e feminino é o objetivo de

¹ *Ethos* – com eta (e) significa a morada, o abrigo permanente, tanto dos animais quanto do ser humano (casa). No âmbito da *physis*, o ser humano delimita seu espaço e constrói para si a morada, integrando-se à economia da natureza (sustento, cultivo etc). *Ethos* com epsilon (E) significa o conjunto de valores e de hábitos consagrados pela tradição cultural de um povo.

nossa reflexão. Nesse intuito, instituímos como metodologia de análise a contraposição de opiniões acerca da interpretação da história dos homens e das mulheres, utilizando fontes bibliográficas em que subjaz o discurso que denominamos androcêntrico², contrapostas àquelas referências produzidas a partir da crítica a esse discurso e que nomeamos ginecocêntrico³.

De modo a tornar esse intento possível, consideramos como perspectiva androcêntrica a produção de Werner Wilhelm Jaeger em *Paideia – A formação do homem grego*, textos de Peter Brown, Michel Rouche e Evelyne Patlagean, reunidos e organizados por Philippe Ariès e Georges Duby na obra *História da vida privada – Do Império Romano ao ano mil* e, em contrapartida, segundo a perspectiva da abordagem ginecocêntrica, utilizamos as obras de Simone de Beauvoir em *O segundo sexo*, bem como os textos de Giulia Sissa, John Scheid, Monique Alexandre e Pauline Schminitt Pantel, reunidos e organizados por Georges Duby e Michelle Perrot nas obras *História das mulheres – A Antiguidade e Histoire des femmes en occident –II – Le moyen âge*, e ainda, R. Howard Bloch – *Misoginia Medieval e a Invenção do Amor Romântico Ocidental*, entre outros.

1 O Ethos em questão

Sabemos que a reflexão acerca dos valores morais exige o rigor e o cuidado necessários sobre os elementos constituintes desse fenômeno; afinal, essa esfera é inerente ao universo cultural humano. Assim, muitas são as características que dizem respeito ao universo dos valores, como heterogeneidade, pluralidade, mudança, contradição, entre outras, e essas são essenciais e inerentes a todo universo de valores, sobretudo o universo dos valores morais como determinante dos costumes, isto é, das normas de comportamento e hábitos cotidianos, emergentes da necessidade de ordem, mesmo que temporária.

Os gregos apreenderam no ordenamento da *physis*⁴ o modelo que seria adotado para todas as coisas, estendendo-o inclusive ao *Ethos*, cujos valores e padrões decorrentes, segundo esse pressuposto, não seriam imutáveis, mas, garantiriam por

2 Considerou-se, para efeito de análise, o conceito de androcentrismo aplicado aos textos que situam a descrição da relação dos sexos sem refletir suas contradições, atendo-se à descrição do papel desempenhado por homens e mulheres a partir de um discurso que tende a naturalizar o modo de relação sob o predomínio do sexo masculino.

3 Considerou-se, para efeito de análise, o conceito de ginecocentrismo àqueles textos que analisam a questão da relação dos sexos sob a perspectiva da descrição e crítica à misoginia.

4 Utilizamos o conceito de *physis* compreendido como princípio de vida e ordem do movimento de todas as coisas existentes.

certo tempo o equilíbrio das relações entre os homens. Assim, *Physis* e *Ethos* se relacionam; a primeira disposta naturalmente; e o segundo, construído pelo homem.

Concebido como morada e abrigo permanente, o *ethos* estabeleceria o enraizamento do homem em sua terra, integrando-o ao contexto natural a partir das atividades que desempenha, determinando geneologicamente a cultura no seio das sociedades pelo cultivo da terra e dos meios de subsistência. Contudo, essa relação, ao ser refletida pela consciência que ordenaria os fins das atividades humanas e ao suplantar a necessidade de abrigo e subsistência, procuraria transcender o sobreviver pelo viver bem, impondo a si mesma a necessária justificação sobre os fundamentos desse viver.

Dessa forma, o *ethos* seria traduzido como conjunto dos meios ordenados ao bem viver, segundo uma interpretação acerca do que é o Bem e dos bens de modo geral, estabelecendo o que podemos chamar de Moral, isto é, os costumes e valores de uma determinada cultura, orientados por uma interpretação teleológica acerca do Bem na administração que fazem dos bens, expressando-se como ação, hábito e costume.

Se o modo como se relacionam os humanos no seio social é estritamente dependente do *Ethos*, e se há uma hierarquia de valores informada por uma interpretação teleológica dos bens, podemos inferir que tanto o *Ethos* quanto sua hierarquia de valores determinariam o modo como as relações estabelecidas pelos humanos devem se tornar aceitáveis ou não no seio da comunidade em que habitam.

A questão da justificação dos modos de relação estabelecidos pelo *Ethos* requer uma investigação mais apropriada de maneira que este seja refletido racionalmente à luz da validade dos bens almejados. Esse intento estabeleceu para a razão a possibilidade de instituir uma ciência do *Ethos*, fato reconhecido pela tradição filosófica como fundante da Ética.

Desde os filósofos pré-socráticos, essa questão ocupou lugar relevante nas investigações filosóficas. Na esteira dessas investigações, destacamos Aristóteles (séc.IV a.C.) que tratou muito bem esse problema ao analisar as transformações advindas do *logos* reflexivo a respeito do *Ethos*, sintetizando-as nos polos fundamentais da ética, já denominada por ele ciência do *Ethos*. São eles: tradição e razão.

Nesses polos estariam explícitas as inquietações, os momentos de crise das sociedades e culturas em geral, destacando-se a ocidental, enfim, o caldo cultural que delineou a emergência e a queda dos modos de viver e os paradigmas das vá-

rias culturas desde a antiguidade. Assim, independente e diferente de uma ciência que investigaria o fundamento dos valores, o *Ethos* se estruturaria na tessitura das relações do cotidiano, e essas, por sua vez, seriam orientadas por certa hierarquia, imprimindo o modo de ser dos humanos naturalizado pelo hábito.

No âmbito de nossa investigação, é necessário que tenhamos uma compreensão da ciência do *Ethos*, a ética, de modo que possamos analisar criteriosamente alguns problemas oriundos dessa esfera no que diz respeito aos princípios de validade da moralidade, sobretudo no que diz respeito de questões que nos parecem fundamentais, como por exemplo, qual o princípio que determinaria a validade das ações humanas? Seriam as ações acordadas nas comunidades humanas realmente justas? E, ao contrário, as ações reprováveis seriam realmente injustas? Dentre os valores, quais os fundamentais para a validade da ação moral?

Sabemos que as ações morais (*Ethos*) se expressariam sob a forma de relação com os outros homens e se diferenciariam sob várias formas. Sem a investigação ética, o critério de justiça acerca da validade das ações morais remanescentes dessas diferenças residiria numa teleologia de bens que o *Ethos* estabeleceria, sobretudo em função das relações de poder, sobretudo, tornadas costumes, não importando a existência de fundamentação filosófica para sua sustentação.

Assim, por exemplo, as ações de mando seriam, pelo costume, de competência da autoridade, de senhores e as de submissão, dos escravos. Segundo essa interpretação, não haveria injustiça alguma na existência de senhores e escravos. E assim, muitas questões são naturalizadas pelos costumes, como ocorreria com o objeto de nossa análise, que diz respeito à relação dos sexos, isto é, de modo que tradicionalmente as relações de mando estariam na esfera da competência dos homens e a obediência endereçada às mulheres.

Analisar as várias dimensões e a totalidade das ações morais subjacentes ao *Ethos* não é o objeto do presente trabalho, já que nosso intento se limita à questão da relação dos sexos. Nesse sentido, as questões levantadas anteriormente encontram nova configuração se tomarmos essas relações como delimitação, pois essas dizem respeito à constituição do *Ethos* no que diz respeito à relação dos sexos. Assim, teríamos como exemplo: ações julgadas pelas comunidades como justas para os homens, necessariamente seriam ações justas para mulheres? Ou ainda, o que seria eticamente adequado a homens e mulheres? Haveria uma natural e necessária diferença na justificação das ações morais em relação aos sexos? Qual princípio teleológico estabeleceria essa justificação? A justiça seria princípio universal e ab-

soluto e se assim fosse, como esta deveria se referir aos tratamentos diferenciados remanescentes da relação dos sexos?

Essas são algumas das questões que necessitam de investigação. Nesse intuito, iniciamos nossa reflexão pela análise do *Ethos* grego por considerarmos, no âmbito da cultura ocidental, de extrema relevância para a compreensão dos problemas relativos à questão da relação dos sexos, sobretudo por ser o pensamento grego um dos elementos subsidiários à configuração da tradição moral endereçada à justificação dos costumes remanescentes da relação de homens e mulheres.

2 A questão da relação dos sexos nas culturas grega e romana: uma abordagem acerca do Ethos

2.1 A *Paideia* grega

Ao refletirmos os aspectos relacionados ao *Ethos* grego no que diz respeito à relação dos sexos, cumpre-nos indicar o que entendemos por cultura grega. Na realidade, compreendemos a expressão *cultura grega* identificada à palavra *Paideia*. Numa adequada significação, o termo *Paideia* atende ao rigor que designa o modo como os gregos antigos se compreendiam. A esse respeito, em sua investigação acerca da *Paideia* e a formação do Homem grego, nos diz Jaeger:

Ao empregar um termo grego para exprimir uma coisa grega, quero dar a entender que essa coisa se contempla, não com os olhos do homem moderno, mas sim com os do homem grego (...). Os antigos estavam convencidos que a educação e a cultura não constituem uma arte formal ou teoria abstrata, distintas da estrutura histórica objetiva da vida espiritual de uma nação; para eles, tais valores concretizavam-se na literatura, que é a expressão real de toda cultura superior.⁵

Assim, compreendemos *Paideia* como espaço de formação do Homem grego. Nesse, o *Ethos* se constituiu como fonte primária dos modos de relação dos membros de uma comunidade solidificados pela educação.

5 JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia – A formação do homem grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.1.

Toda educação é assim o resultado da consciência viva de uma norma que rege uma comunidade humana, quer se trate de família, de uma classe ou de uma profissão, quer se trate de um agregado mais vasto, como um grupo étnico ou um Estado.⁶

Entretanto, o modo de ser do *Ethos* grego é peculiar: *Todos os povos criaram o seu código de leis, mas os gregos buscaram a "lei" que age nas próprias coisas e procuraram reger por ela a vida e o pensamento do homem.*⁷

Não queremos em juízo ao pensamento de Jaeger, propiciar um discurso que privilegie a cultura grega em relação a outras culturas, sobretudo as orientais, mas reconhecemos que essa foi tradicionalmente apresentada pela história da filosofia como fonte da ciência do *Ethos* na tradição ocidental, de modo que a afirmação de Jaeger "o povo grego é o povo filosófico por excelência" nos é expressiva, pois muitos autores atribuem supostamente aos gregos o espírito responsável pela constituição do discurso racional do ocidente.

De antemão, sabemos que anterior à possibilidade de discurso racional havia o paradigma mítico, na qual a *Paideia* encontrou sua fonte de inspiração. Nesse paradigma estão sistematizados os elementos arquetípicos que configuraram a educação e o ideal do Homem grego expressos pela relação integral moral-ação. Homero (século VIII a.C) sintetizou essa relação em uma passagem da *Ilíada*, cujo comentário de Jaeger utilizamos:

[...] é altamente significativo o que o velho Fênix, educador de Aquiles, o herói-protótipo dos Gregos, que exprime este ideal. Numa hora decisiva, Fênix recorda ao jovem o fim para que foi educado: *Para ambas as coisas: proferir palavras e realizar ações.*⁸

Analisando-se as palavras do velho Fênix⁹ temos a síntese da educação no período homérico. A moral, fundamentada na concepção de Arete, era entendida ini-

6 Ibidem p.4.

7 Ibidem p.12.

8 Ibidem p.30.

9 Homero nos fala no canto IX, pondo na boca do velho Fênix, mediador e terceiro membro de embaixada, preceptor e educador de Aquiles, as seguintes palavras: "Fui eu que fiz de ti o que és!" Esse personagem é o responsável pela educação de Aquiles, que encarna a areté em sua plenitude. Para além do guerreiro valoroso, valente, corajoso e honrado, Aquiles é o protótipo do cavaleiro perfeito da época homérica, cortês, de boas maneiras, fino e delicado.

cialmente como espírito de nobreza norteador pela imagem do herói e não como virtude, como posteriormente ocorreu, sobretudo com a interpretação de Aristóteles. Nessa concepção primária, as ações do herói, ideal de Homem grego, seriam concebidas segundo a ordem das finalidades que possuem (télós) em função do bem a ser conquistado.

Mesmo que não tenha utilizado o termo *Arete* segundo a concepção de Aristóteles, já despontara no pensamento de Homero a utilização da palavra *Arete* transcendendo-a da forma belicosa com que se originou. Em Homero, seu significado guerreiro ganhou um sentido ético mais geral. Conforme o comentário de Jaeger:

Designa o homem nobre que, na vida privada como na guerra, rege-se por normas certas de conduta, alheias ao comum dos homens. O código da nobreza cavalheiresca tem assim uma dupla influência na educação grega. Dela herdou a ética posterior da cidade, como uma das mais altas virtudes, a exigência da coragem, cuja designação posterior – virilidade – recorda claramente a identificação homérica da coragem com a arete varonil.¹⁰ (grifo do autor).

Assim, segundo essa concepção, o homem só poderia adquirir consciência de seu valor pelo reconhecimento da comunidade a qual pertencia. Entretanto, diferenciando-se dessa perspectiva, para Aristóteles, a honra seria valor interno ao homem e, a partir do que, seria refletida pela estima social.

Segundo Aristóteles¹¹, essa perspectiva da *Arete* designaria a honra e estaria inseparável da habilidade e do mérito. Segundo ele, a honra seria a expressão natural do ideal de *Arete* que se aspira. Diz-nos Jaeger:

Os homens aspiram à honra para assegurar o seu valor próprio, a sua *Arete*. Desse modo, aspiram a ser honrados pelas pessoas sensatas que os conhecem, e por causa do seu próprio e real valor. Reconhecem assim como mais alto esse mesmo valor.¹²

¹⁰ Ibidem p.28.

¹¹ Cf. ARISTOTE. *Étique à Nicomaque*. Tradução de J. Tricot. Paris: Vrin, 1959. A3, 1095 b 26

¹² JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia – A formação do homem grego*. p.31

Nesse sentido, para Aristóteles, distante muitos séculos do período homérico, o prestígio externo não seria estranho, porém, ele refletiria o reconhecimento de algo que se constituiu no interior do homem. Eis, portanto, uma diferença significativa entre Homero (século VIII a.C.) e Aristóteles (século IV a.C.) no amadurecimento das questões relativas ao *Ethos*.

Se a relação implicativa moral-ação tornou-se significativa no paradigma mítico-homérico; com a emergência da filosofia, ela se tornou o cerne das investigações dos vários projetos éticos propostos pelos filósofos a partir do século IV a.C., sobretudo na relação de correspondência discurso-ação mediada pela reflexão sobre a justiça (*dike*). Consequentemente, o campo da ação moral, concebido à luz do ideal de homem grego, ganhou o refinamento da relação esfera privada e esfera pública.

Em síntese, devemos reconhecer o esforço dos gregos no que se refere à fundação da ética enquanto ciência do *Ethos* e o processo de refinamento do pensamento desenvolvido a respeito da relação moral-ação, discurso-ação, enfim, da produção da Ética no indivíduo (esfera privada) e de sua manifestação no espaço político (esfera pública).

Por outro lado, ao indicarmos a questão política na formação do Homem grego, nos é necessário compreender como essa dimensão tornou-se presente na *Páideia*. O melhor auxílio a essa questão nos proporcionou Aristóteles ao definir muito bem o homem como animal político e, muito embora essa sentença nos seja atualmente lugar comum, em Aristóteles emergiu como reconhecimento da criação da esfera pública, diferenciando-se do poder relativo à esfera privada.

2.1.1 - Esfera privada e esfera pública: uma análise acerca das culturas grega e romana na relação dos sexos

2.1.1.1. A esfera privada

A definição do homem como animal político expressaria, ao juízo de Aristóteles, uma dimensão crucial da existência do homem na *pólis*. Inclusa nessa dimensão encontram-se a esfera pública e a esfera privada.

A esfera privada seria o espaço de domínio individual, que encontra suas raízes no conceito de *despotês*, no qual o homem institui sua identidade como chefe de família, do *oikós*, em latim *domus* (casa), de onde deriva a palavra *dominus*, senhor. O *despotês* seria a autoridade máxima da família e da casa.

O conceito de família compreendia três modos de relações fundamentais: a do senhor e escravo, a do marido e a mulher, e a do pai e os filhos. O homem (o poder do sexo masculino) seria o senhor de todas as coisas, móveis e imóveis pertencentes a essa esfera particular, seria o autor das normas que, de forma específica, determinariam o domínio sobre seus dependentes.

A conduta de seu governo doméstico, para se diferenciar do comum dos homens, seria regida por sua *Arete*, isto é, um tipo de nobreza regida por certas normas de conduta, originadas no código de nobreza cavalheiresca, cuja essência residiria no sentido de dever. A esse respeito nos diz Jaeger:

A força educadora da nobreza reside no fato de despertar o sentimento do dever em face do ideal, que deste modo o indivíduo tem sempre diante dos olhos (...). O orgulho da nobreza (...) é acompanhado pelo conhecimento de que esta proeminência só se pode conservar através das virtudes pelas quais foi conquistada. O nome *Aristoi* (excelência) convém a um grupo numeroso; mas no seio deste grupo, que se ergue acima da massa, há luta pelo prêmio da *Arete*¹³.

A esfera privada definida como espaço do *oikos*, cujo senhor seria um homem, nos é de significativo interesse já que nesse espaço se daria a educação de todos, tanto os do sexo masculino como feminino. Acerca dessa questão, John Scheid afirma:

O *oikos* define-se, assim, ao mesmo tempo por um espaço e por um grupo e seus relacionamentos. O fecho de uma intimidade interior, separada, murada (...) é a casa do homem, onde se encerra tudo o que é seu (...) [metaforicamente¹⁴] todos os dentes do homem se compreendem como os parentes deste, sendo que os molares significam os filhos, os superiores, os meninos, os inferiores, as meninas¹⁵.

13 JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia – A formação do homem grego*. p.28,29.

14 Grifo nosso.

15 SCHEID, JOHN. "Estrangeiras" indispensáveis - Os papéis religiosos das mulheres em Roma. In: DUBY Georges, PERROT Michelle. *História das mulheres no Ocidente. Vol. I A antiguidade*. Direção de Pauline Schmitt Pantel. Porto: Edições Afrontamento. 1990.p. 547.

Tanto quanto o *oikos* grego, a esfera privada para os romanos era o espaço do *domus*, do senhor, do chefe de família, que tinha poder de vida e morte sobre os seus.

Em Roma um cidadão não tem um filho: ele o “toma”, “levanta” (tollere); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-la do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la. A mulher acaba de dar à luz (sentada numa poltrona especial, longe de qualquer olhar masculino) ou morreu durante o trabalho de parto, e o bebê foi extraído de seu útero incisado: isso não basta para decidir a vinda de um rebento ao mundo. A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha¹⁶.

A contracepção, o aborto, o enjeitamento, o infanticídio, eram práticas normais na Roma antiga, que foram modificadas séculos depois com o surgimento da Nova moral de natureza estoica: o cristianismo.

*Na Grécia era mais frequente enjeitar meninas que meninos*¹⁷. Porém, para os meninos, acolhidos no seio do *oikos*, tanto para os gregos quanto para os romanos, era reservada uma educação que desenvolvesse as virtudes em resistência aos vícios. Essa educação considerava a severidade como base do aprendizado moral, conforme o comentário de Philippe Ariès e George Duby:

Somente a severidade, que aterroriza os apetites tentadores, desenvolve o caráter (...) diz Sêneca, “os pais forçam o caráter ainda flexível dos bebês a suportar o que lhes fará bem; podem chorar e se debater que mesmo assim são rigidamente enfaixados, com medo de que seu corpo ainda imaturo se deforme ao invés de crescer direito e em seguida se lhes inculca a cultura liberal recorrendo ao terror, se a recusam”. Tal severidade inclui-se no papel do pai, enquanto a mãe defende a causa da indolência; uma criança bem educada só dirige a palavra ao pai chamando-o de senhor (domine)¹⁸.

16 ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada – Do Império romano ao ano mil*. Tradução de Hildergard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p.23.

17 ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada – Do Império romano ao ano mil*. Tradução de Hildergard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 23.

18 Idem p.29,30.

No seio do espaço privado se diferenciam os papéis de homens e mulheres. Ao homem cabe o domínio, a autoridade, a retidão dos atos, cujo sentido primordial é o dever; à mulher, caberia advogar pelas causas indolentes dos filhos e a primária educação moral, o cuidado da casa, a tecelagem, a comida. Essa esfera privada, de domínio do senhor, do homem, constitui o espaço de maturação do *Ethos*, tanto para os gregos quanto para os romanos.

Nele, as crianças dos sexos masculino e feminino recebiam as normas determinadas, em grande parte, pela natureza do sexo. Para o feminino, sobretudo, esse era o espaço de conformação de sua natureza às normas que o acompanhou por toda a vida e que foram reproduzidas e perpetuadas em espaço análogo quando de seu casamento. Fora deste, o *Ethos* era aprendido e apreendido na escola.

Em Roma, a escola era frequentada por ambos os sexos. Para o feminino essa instituição era de curta passagem, já que podiam ser desposadas ainda na pré-puberdade.

Contudo, se chegassem aos doze anos, ainda frequentando a escola, encerrava-se ali a frequência, pois a continuidade estava reservada apenas ao sexo masculino para os mais abastados que continuariam os estudos, sob a severidade de um gramático ou professor de literatura. O currículo era marcado pelos autores clássicos, o conhecimento da mitologia, retórica, filosofia e o conhecimento das leis. Seu objetivo não era o de preparar o jovem para a sociedade, mas domar seu espírito e torná-lo possuidor de algo que a maioria não possuía: cultura, elemento necessário à moral cavalheiresca.

Em termos análogos, a demonstração de posse da cultura geral era tal como hoje, análogo à ostentação do *status* que é dado a uma pessoa por possuir determinado bem. Acerca dessa questão, Aline Rousselle afirma que:

Na antiguidade grega e romana, como aliás entre os judeus, as mulheres estavam destinadas ao casamento e à maternidade. (...) antes do cristianismo são muito raros os testemunhos de mulheres que tenham ficado solteiras. As mulheres também não escolhiam a idade em que se casavam. Nem mesmo o seu nome aparecia sempre nos contratos de casamento fixados entre pai e marido (...). Os Romanos fixaram pelo direito à idade na qual uma rapariga dada pelo pai se tornava oficialmente matrona, esposa

honrada, com todos os efeitos legais do casamento: 12 anos de idade.¹⁹

Em síntese, a esfera privada, inerente à constituição do *Ethos*, seria um dos elementos mais significativos na análise dos valores que identificam os sujeitos na sociedade a partir das relações dos sexos.

Se por um lado o *status* social, designado pela condição de cidadão – estrangeiro, escravo, rico, pobre, ou ainda, pela função exercida na *polis*, como pertencente ao exército, à magistratura, senado, artesão, camponês, enfim, às diversas possibilidades de pertencimento a *polis* – implica normas próprias reconhecidas pelos costumes e legitimadas pelo direito, por outro, a designação do sexo estabeleceria o *modus operandi* do *Ethos*, de forma que o modelo jurídico consequente deste legitimaria as relações morais. Sobre essa questão, Yan Thomas afirma:

Não se trata apenas de um fato, mas de uma norma, que exige que todos os cidadãos romanos se dividam e se unam como homens e como mulheres, como mares e como feminae.²⁰

O direito romano fez, portanto, da divisão dos sexos uma questão jurídica; trata-a não como um pressuposto natural, mas como uma norma obrigatória. Este é um dado indispensável para compreendermos que as peculiaridades do estatuto jurídico das mulheres (...) não encontram sua razão de ser apenas no quadro geral da sociedade romana e não podem ser relacionadas, como fazem tantos historiadores, apenas com a evolução econômica e social, antes se articulam também, indissociavelmente, com uma norma organizadora da diferença e da complementaridade do masculino e do feminino. Não é tanto da condição das mulheres que se trata então, mas da função legal atribuída a cada sexo. Estamos aqui perante uma estrutura indefinidamente reproduzível, dado que sua recondução, organizada pelo direito de filiação, assegura a reprodução da própria sociedade, instituindo

19 ROUSSELLE, Aline. A política dos corpos: entre procriação e continência em Roma. In: Duby Georges, Perrot Michelle. *História das mulheres no Ocidente*. Vol. I A antiguidade. Direção de Pauline Schmitt Pantel. Porto: Edições Afrontamento. 1990.p.358.

20 THOMAS, Yan. A divisão dos sexos no direito romano. In: Duby Georges, Perrot Michelle. *História das mulheres no Ocidente*. Vol. I A antiguidade. Direção de Pauline Schmitt Pantel. Porto: Edições Afrontamento. 1990.p.127.

homens e mulheres como pais e mães e reitera em cada nova geração não a vida, mas a organização jurídica da vida.²¹

Nesse sentido, o domínio do *Ethos* no que diz respeito aos valores e costumes relativos à relação dos sexos ultrapassaria o espaço do *oikos*, legitimando-se inicialmente na esfera privada, para depois transcendê-la em outra esfera, a pública. Esta seria legitimada pela dimensão jurídica da *pólis*.

Assim, homens e mulheres se reconheceriam nas diferenças dos sexos, não somente por força da educação da casa e da escola, mas por força do estatuto jurídico, espaço exclusivo da esfera pública, pois "*para os juristas do Império, o encontro dos sexos comandava todo o encadeamento institucional; nele o direito civil reunia-se ao direito natural*".²²

2.1.1.2 A esfera pública

Assinalamos anteriormente que as relações dos sexos tornaram-se, no império romano, a base das relações institucionais e que, garantidas pelo direito, a constituição dos sexos ultrapassava os limites do reconhecimento da natureza que operava nos sujeitos concedendo-lhes diferenças anatômicas entre outras. Essa dimensão já não pertencia ao domínio do *oikos*, da esfera privada, mas sim de outra instância, a esfera pública, cuja essência é a política, isto é, o governo da *pólis* que sofreu grande transformação a partir do amadurecimento do conceito de *dike* (justiça/direito).

Inicialmente para os gregos e depois para os romanos, esses últimos, herdeiros das ideias gregas, o conceito de *dike*, concebido como direito era uma contribuição do paradigma racional, e das transformações pelas quais passou a *pólis* grega. Originalmente nas epopeias homéricas era com outro termo que se designava o direito (*themis*).

Zeus dava aos reis homéricos "cetro e *themis*. *Themis* era o compêndio da grandeza cavalheiresca dos primitivos reis e nobres senhores. Etimologicamente significa lei. Os cavaleiros dos tempos patriarcais julgavam de acordo com a lei proveniente

21 Ibidem p.129, 130

22 Ibidem p. 130.

de Zeus, cujas normas criavam livremente, segundo a tradição do direito consuetudinário e o seu próprio saber.²³

Entretanto, se essa era a designação homérica do direito, o conceito de *dike* era tão antigo quanto *themis*, de modo que *dike* significava dar a cada um o que é seu e, concretamente, era o processo, a decisão e a pena. Nesse sentido, o termo *dike*, no mundo pós-homérico, encontrou na *pólis* seu lugar por excelência. *Significa que há deveres para cada um e que, cada um pode exigir, e, por isso, significa o próprio princípio que garante esta exigência e no qual se poderá apoiar quem for prejudicado pela hybris.*²⁴

É significativo que, da passagem do mundo mítico-homérico ao paradigma racional, a forma de organização da sociedade grega procurou no conceito de dever a necessária adequação dos atos às leis. Essa integração era compreendida pelo ideal de perfeição ancorado no modelo de ordem próprio da *physis*. Segundo Marilena Chauí:

O ideal da perfeita integração entre homens e cosmos e entre indivíduos e comunidade política (pois a cidade exprimiria a ordem natural e cósmica) levou Hegel a definir a época grega como a da **bela totalidade ética**, quando os valores éticos e políticos eram idênticos e formavam a moralidade propriamente dita. Por isso mesmo, duas grandes rupturas atravessaram a bela totalidade: a primeira expressa na Antígona, quando as cisões entre os valores da família e as leis da cidade marcaram a passagem da aristocracia para a democracia; a segunda expressa pelo estoicismo, quando a cisão entre valores éticos do indivíduo e as leis políticas indicaram o desaparecimento da *pólis* independente, sob os efeitos do imperialismo da Macedônia e de Roma.²⁵

A interpretação de Hegel ao se referir ao ideal de integração entre homens e cosmos designaria em caráter universal a todos os membros da sociedade humana.

23 Ibidem p. 134.

24 Compreendemos *hybris* no sentido de desmedida, isto é, o perigo que ronda a vida ética justa. A esse respeito indicamos o mito de Édipo que é designado como *tyrannikós* (e não mais como rei – *basileu*), justamente pela desmedida injusta de suas ações, o parricídio e o incesto.

25 CHAUI, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In NOVAES, Adauto (org.) *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.348.

Porém, nos é paradigmático que a única medida a qual tivemos acesso sobre o modo como essa tentativa de integração ocorreu, encontra-se nos escritos de caráter mítico, como os escritos de Homero e Hesíodo e os de caráter histórico e filosófico, cujos pensadores bem conhecemos a partir dos marcos pré-socráticos, sofistas e, sobretudo, o pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles e a releitura desses escritos no mundo helênico e medieval.

Sabe-se que esses escritos contêm o modo como os homens, sob a perspectiva masculina, interpretaram a realidade e de como a conceberam segundo o conceito de *physis* e seu princípio de ordem. Assim, a busca de ordem implicava a determinação do lugar, do *télos* de todas as coisas, reflexão que se manteve por séculos. A análise dessa questão teleológica nos é significativa, já que a esfera pública, por ser constituída por força do direito, teria nessa questão sua essência. Toda Lei se refere, necessariamente, à sua finalidade, sendo a finalidade aquilo que estabelece o lugar de cada coisa, o local correto que cada ente deveria ocupar no contexto do mundo ordenado.

Daí a ideia concebida pela imagética mítica para figurar a justiça, como a de uma balança que para no ponto certo na medida correta do peso de algo que está sendo aferido e que se mostraria como definidora do privilégio que deve ser dado àquele que, no conflito do litígio em relação aos que querem ocupar aquele espaço determinado, tem sua conformidade reconhecida e legitimada pela esfera pública.

Possibilitando a justiça, no âmbito dessa esfera, estaria a Lei²⁶. Se a compreensão teleológica acerca de homens e mulheres designaria, a cada um, o lugar específico que deveriam ocupar reconhecido pela lei, esta, no sentido *lato*, deveria ratificar o reconhecimento desse *locus* que tanto os homens quanto as mulheres deveriam possuir nas esferas privada e pública.

Assim, a relação entre *Ethos* e Lei permitiu, para os gregos e romanos²⁷, a conformidade supostamente natural que os sexos deveriam ocupar no espaço social,

26 Os sofistas secularizaram o conceito de *nomos*, que decorre do interesse de certos grupos sociais, distinguindo-se, portanto, dos princípios eternos (*fragmentos dos Pré-socráticos*). Opondo-se a esta noção sofista de um *nomos* manipulável por interesses particulares, Platão considera em *A República* (385-370 a.C.) e em *o Político* (370-346 a.C.) como categoria central, não a lei imperfeita, mas sim o Estado ideal, que depende do conhecimento que o regente tem do Bem. Já em *As Leis* (*Nomoi*, ca. 346 a.C.), ao contrário, é a lei, e não o Estado, o elemento central: nos Estados nos quais falta a *República*, as leis são necessárias. Platão estabeleceu assim uma relação entre o justo e a lei, bem como a norma geral expressa na lei e o caso concreto. Cf. NOUR, Soraya. Lei. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo. RS e Editora Renovar: Rio de Janeiro. RJ. 2006. p. 517 e 518.

27 Na Roma antiga, o conceito de *Lex* formaliza-se já no séc. V a.C. como conceito jurídico, distinguindo-se do uso fundado no costume (...). É apenas sob influência do pensamento jurídico grego que *Lex* se torna geral abstrata para casos futuros. *Ibidem*. p. 517 e 518.

considerado legítimo pela Lei e aprovado pelo *Ethos*.

Essa conformidade entre *Ethos* e Lei seria, em sentido *stricto*, uma produção masculina já que, interpretando a *physis* à luz da razão, a Lei teria o desígnio de estabelecer o lugar natural e justificado de cada coisa. Se todas as coisas possuem lugar correto, o lugar próprio da razão seria o próprio homem que, utilizando-a de forma correta teria o poder de mensurar o peso (*pondus*) de cada coisa e o lugar correspondente ao respectivo repouso.

Haveria nessa determinação legal a ideia, originalmente oriunda do paradigma mítico, de apaziguar o conflito *Kaos-Kosmos*. Assim, a Lei, como princípio ordenador, teria por função administrar esse conflito de modo que, ao nos referirmos às relações dos sexos, devemos compreendê-las conformadas à Lei e à sua administração de modo a atenuar ou mesmo impedir qualquer conflito no âmbito das relações de homens e mulheres.

Se a lei possibilitasse de algum modo que as mulheres fossem tratadas de forma inferior aos homens é porque ela reconheceria que naturalmente essa inferioridade existiria, sendo de sua competência determinar o lugar certo a ser ocupado por ambos, e não haveria, segundo esse princípio, nada de injusto.

Nesse sentido, a constituição do discurso racional, como propriedade masculina, teria a função de conhecer o lugar dos sexos, em conformidade a essa teleologia da *physis*, que, originalmente foi justificada pelo modelo mítico fundador das relações e que com a emergência da razão filosófica grega, ocupar-se-ia dessa função com o contributo de seus mais clássicos expoentes, como Sócrates, Platão e Aristóteles, que tornaram a questão teleológica objeto de investigação, produzindo argumentos que compreenderam e justificaram a teleologia como princípio ordenador de todas as coisas, estabelecendo o lugar próprio de cada ente, incluindo-se aí homens e mulheres e o contexto de suas relações determinadas pelo *Ethos*.

Conclusão

Iniciamos nossa reflexão tomando como ponto de partida a questão do *Ethos* referente às culturas grega e romana, abordando o problema da relação dos sexos masculino e feminino e analisando como a questão da justiça foi moldada segundo essa tradição. Sabemos, contudo, que uma série de elementos constitutivos desse contexto foi suprimida de nossa investigação em função dos limites próprios da for-

matação do presente artigo.

Contudo, queremos destacar que os problemas inerentes à relação dos sexos, enunciados a partir da tradição Greco-romana, ainda encontram ecos no mundo ocidental contemporâneo, apresentando a influência dessa tradição na elaboração dos códigos jurídicos no que diz respeito à relação de homens e mulheres.

Muito embora, a atualidade apresente avanços no trato dessas relações, sobretudo com o contributo dos avanços da Ética aplicada ao campo jurídico, ainda assim a memória do *Ethos* Greco-romano se faz presente, pois os elementos genealógicos da moral ocidental se encontram ancorados no conjunto de valores primários dessa memória, de tal modo que, por exemplo, o patriarcalismo ainda é uma matriz de referência dos costumes que estão naturalizados no seio da cultura geral.

Mudanças significativas desse modelo são maturadas com o caminhar histórico que, como sabemos, obedecem a uma lógica de avanços lentos, que não conhecem a urgência de tempo que a sociedade, baseada na economia industrial e de mercado, apresenta em conformidade ao seu modelo de vida midiático.

Da emergência da cultura Greco-romana ao estabelecimento da chamada pós-modernidade, muito foi modificado na relação dos sexos, e muito se atualiza à semelhança do mais do mesmo; afinal, a força de uma tradição, associada aos interesses constitutivos do poder, tendem a naturalizar o *Ethos* e sua teleologia, segundo esquemas misóginos, que são tomados como significativos, quando não essenciais na construção do que chamamos civilização ocidental.

Referências

AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. Tradução de Oscar Paes Leme. 2. Ed. Petrópolis: Vozes, São Paulo: Federação Agostiniana brasileira, 1990.

ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada – Do Império romano ao ano mil*. Tradução de Hildergard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTOTE. *Ética à Nicomaque*. Tradução de J. Tricot. Paris: Vrin, 1959.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo. RS e Editora Renovar: Rio de Janeiro. RJ. 2006.

Duby Georges, Perrot Michelle. *História das mulheres no Ocidente. Vol. I A antiguidade*. Direção de Pauline Schmitt Pantel. Porto: Edições Afrontamento. 1990.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia – A formação do homem grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia.V.2*, São Paulo: Loyola, 1988.

NOVAES, Adauto (org.) *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.