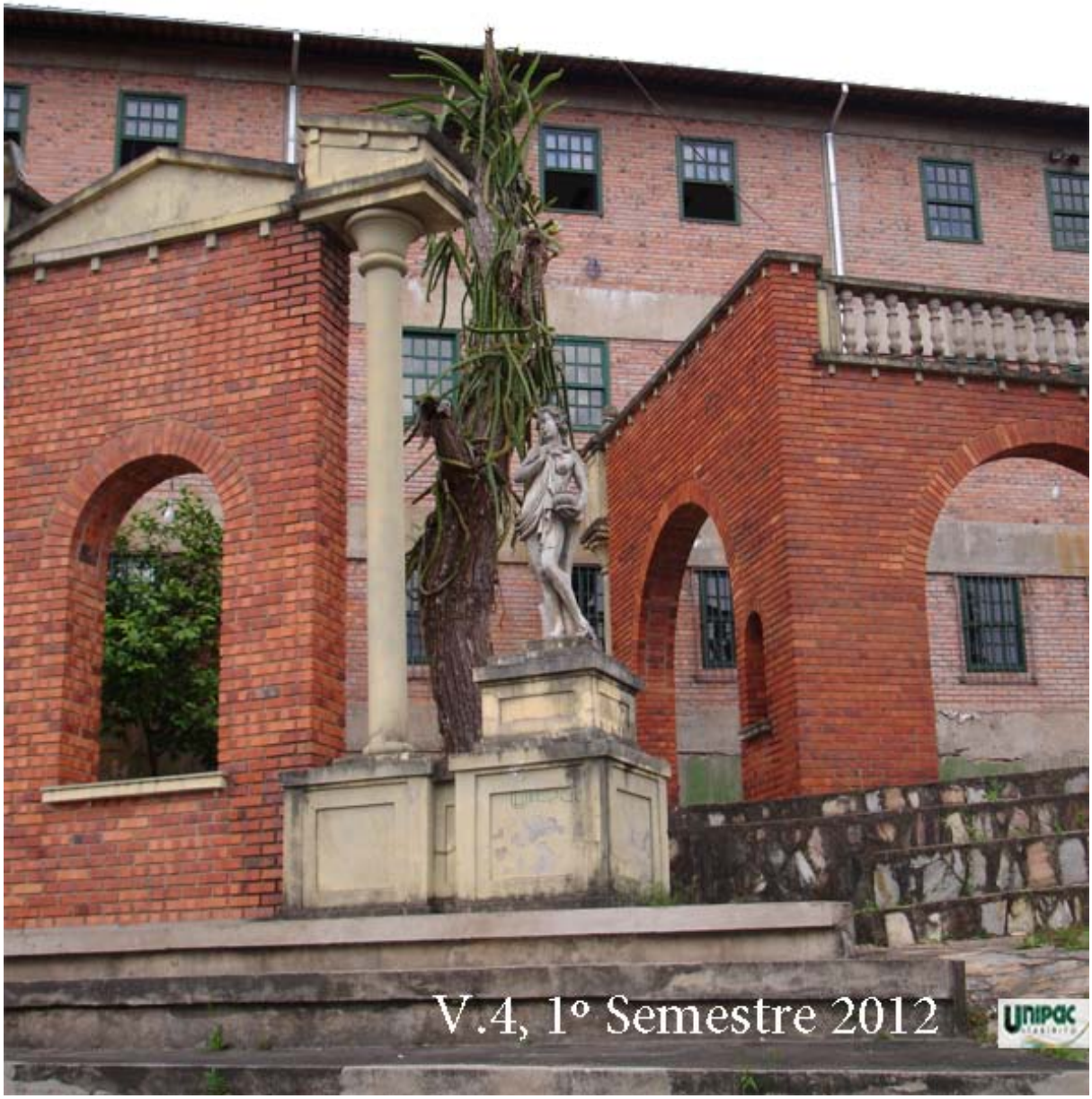
Diké

ISSN:2178-3519

Revista Eletrônica de
Direito, Filosofia e Politíca
do Curso de Direito da Unipac Itabirito



V.4, 1º Semestre 2012

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 3, nº 4, 2º semestre de 2011.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (FDCL).

Editores Responsáveis:

Bernardo G. B. Nogueira, José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Renan Carlos Antunes.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC-FADIP).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo.

Diretor Administrativo e Acadêmico: Henrique Guimarães Malheiros
Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails:ramon_mapa@yahoo.com.br;jcarloshen@yahoo.com.br;
bernardogbn@yahoo.com.br;antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

Itabirito
2012/1

Sumário

Editorial

Apresentação

Gênese e Fim da concepção Normativa do Humano.....3 (Ramon Mapa da Silva e José Carlos Henriques)

A relação do Direito Ambiental com a Bioética .....13 (Lívia Rosa Franco)

Antropologia:pressupostos naturais da autocompreensão livre.....23 (José Carlos Henriques e Victor Hugo da Silva)

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.....32 (Matheus Adolfo Gomes Quirino)

Antropologia e psiquiatria:fundamentos analítico-existenciais das artes curativas..... .....46 (Ramon Mapa da Silva e José Carlos Henriques)

O Meio ambiente como um Direito Humano.....59 (Fernando Cristian Marques,Renan Carlos Antunes e Lívia Rosa Franco)

A Inelutável interface entre a revogação de doação e a ciência do Direito Penal..... .....72(Hugo Rios Bretas)

Pretérito imperfeito: a luta em torno da memória da ditadura brasileira.....86 (Mauro Teixeira)

A importância da Participação popular na gestão dos recursos públicos.....104 (Karla Oliveira Resende Souza)

O Direito da personalidade à convivência familiar de crianças e adolescentes.....127 (Marcelo de Mello Vieira)

Instituições do Terceiro Setor:O Estado Neoconstitucional vs O Estado Gerencial.....
...141 (Igor de Matos Monteiro)

A sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002 .....164 (Raphael Furtado Carminate)

Mandado de Injunção: Instrumento de Garantia da Força Normativa da Constituição
.....
....191(Rodrigo Ferreira)

Violência e Linguagem: a ética da alteridade como resposta não violenta do humano.....
....208(Bernardo G. B. Nogueira)

Chamada de artigos para a 5º edição.....216

Editorial

A revista Diké chega a seu quarto número,e como nas outras edições, se lança aos muitos desafios encontrados na produção do conhecimento, o principal deles, talvez, seja provocar no leitor senso crítico próprio, dilatando uma visão compreendida na sua essência e exercitada num saber constante de si, numa autocompreenssão como humano e como detentor de um saber (jurídico) capaz de transformar.

O Direito encontrado hoje na pós-modernidade se dialoga com varias áreas do conhecimento. Desde as ciências humanas quanto às tecnológicas, as situações fáticas encontradas saltam da capacidade dos códigos de regulá-las, e cabe ao jurista ter uma visão multidisciplinar capaz de trazer justiça a cada caso concreto. A mudança do homem e daquilo que o cerca está tão rápida que o processo legislativo está longe de alcançá-las.

E é com o intuito de trazer esta visão que a revista Diké se propõe. Nesta revista o leitor irá encontrar artigos que trazem a relação do Direito com a antropologia (seus pressupostos, concepções e fundamentos), do Direito com a Bioética, do Direito de Empresa, das diversas facetas do Direito Publico e da relação com outras áreas do conhecimento.

A necessidade de tais diálogos é premente. O discurso jurídico se esgotou, o Direito é por vezes visto como um fim em si mesmo, a retórica tecnicista nos distancia do ideal de justiça e nos direciona a dar vida a uma maquina política que só se interessa pelos seus interesses socioeconômicos: o Estado.

A produção do conhecimento nos dá oportunidade única: revolução de pensamento. Diversos livros foram capazes de provocar mudanças na sociedade, diversas revistas promoveram discussões tão profundas e necessárias às suas épocas que os rumos da história seriam outros.

É sabido que Marx se dedicou à carreira jornalística, numa produção de conhecimento de profunda reflexão, cujo resultado foi determinante para a formação de uma doutrina filosófico-politica que produz debates e discussões até os dias de hoje. Seu projeto de humano ainda ressoa em nossos ouvidos.

O filósofo inglês Henry David Thoreau, indignado pelo sistema jurídico, filosófico e socioeconômico dominante, se retirou para a floresta e se dedicou a escrever um dos maiores gritos por justiça na história, seu livro desobediência civil foi lido por Leon Tolstoi, por Mahatma Ghandi e por Marthin Luther King,

Sei que é extremamente ousado querer que os artigos desta revista tenham os mesmos alcances, mas é certo que possuem a mesma obrigação: a de provocar a mudança necessária na mente dos juristas desse país afim de que a luta pela justiça se torne prática diária e efetiva, saindo dos campos aleatórios da eventualidade, cada vez mais rara e cada vez mais difícil, e se realizando enquanto expressão do humano.

Renan Carlos Antunes

Apresentação

Enquanto expressão do humano, o saber jurídico se desenvolve de maneira acidentada e não linear. É fato que a história do direito enquanto doutrina e ciência passou por momentos de avanço extraordinário e por outros de estagnação quase absoluta. Alguns desses momentos se tornaram marcos que merecem ser lembrados: a criação do Corpus iuris civilis, por ordem de Justiniano, representou um avanço significativo para a formação do direito ocidental. Não há dúvida que a compilação justinianéia é o documento jurídico mais importante de todos os tempos, determinando até os dias de hoje a prática legislativa e doutrinária. O resgate desse mesmo Corpus iuris civilis pelas escolas dos glosadores e comentadores na baixa Idade Média também é um marco da história do direito, iniciando a formação do direito das gentes, e servindo de inspiração, anos mais tarde, para a formação do direito internacional privado. A *opinio bartoli*, baseada nos comentários de Bartolo de Sassoferrato sobre a compilação, angariou status de universal, tornando-se aplicável inclusive no Brasil do século XVII e conferindo a Bartolo a posição de jurista mais influente da história.

O movimento das codificações foi outro marco, controverso desde seu nascedouro, uma vez que nunca se estabeleceu um consenso sobre o valor das codificações para o direito. Enquanto a escola histórica condenava a codificação, temendo um engessamento do fazer jurídico, outras escolas mais "progressistas" viam nas codificações o futuro do direito. Desse período data também os primeiros passos da aplicação da hermenêutica, restrita antes ao campo bíblico e teológico, ao direito.

Mas foi Kelsen, já no século XIX, o responsável por modificar completamente a forma como se via e produzia direito desde Roma. Kelsen muda o estatuto epistemológico do direito, transformando-o em uma ciência, com princípios e objetivos e capaz de ser apreendida de forma generalizada através do estudo metódico e formal. Kelsen rompe com as formas antigas de compreensão do direito, atrelado por um lado à carga axiológica dos estudos filosóficos sobre a justiça, e por outro às posições políticas dos doutrinadores.

Contudo, a visão positivista de Kelsen não é capaz hoje de responder aos desafios que o direito enfrenta. De fato, esses desafios transcendem a própria noção do direito enquanto ciência, buscando não só um resgate da perspectiva da justiça, mas uma própria recolocação do direito no rol de práticas e vivências sociais. A efetividade do direito, hoje, é precisa ser repensada pelo prisma do pluralismo social vigente.

Tal faz com que a responsabilidade dos construtores do saber jurídico seja gigantesca. Qualquer publicação, por mais despretensiosa que seja, traz em si o dever de contribuir para a

discussão de um novo direito, uma nova justiça e para o concerto entre esses dois conceitos, tão próximos em seu nascedouro, mas hoje, infelizmente, tão distantes.

A revista Diké foi criada com esse desafio em mente, e vem tentando fazer-lhe frente através da publicação de textos com perspectivas e temas variados. Temos orgulho em apresentar mais uma coleção de artigos, que sem dúvida, contribuirão, pela sanha do questionamento, para o desenvolvimento do pensamento e das práticas jurídicas.

Ramon Mapa da Silva

GÊNESE E FIM DA CONCEPÇÃO NORMATIVA DO HUMANO

RISE AND FALL OF NORMATIVE CONCEPTION OF THE HUMAN

Ramon Mapa da Silva[1]
José Carlos Henriques[2]

RESUMO: O presente trabalho pretende demonstrar que o ser humano é uma montagem antropológica de caráter normativo. A dignidade humana é, portanto, uma idéia dogmática e de base jurídica. Contudo, as mudanças ocorridas a partir da pós-modernidade tendem a desfazer essa montagem antropológica, colocando a própria noção de humano em risco.

Palavras-chaves: montagem antropológica, base jurídica, pós-modernidade.

ABSTRACT: The present paper aims to demonstrate that the human being is anthropological mount of normative nature. The human dignity is a dogmatic idea with juridical base. However, the changes occurred in the post-modernity tend to unmake this anthropological mount, putting the own notion of human in danger.

Keywords: anthropological mount, juridical base, post-modernity

[1] Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG, professor do curso de Direito da UNIPAC Itabirito e da Faculdade Dinâmica de Ponte Nova.
[2] Mestre em Direito pela UNIPAC de Juiz de Fora, professor do curso de Direito da UNIPAC Itabirito e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

1. A primeira lei dos céus

"Não é anjo nem demônio", com essa frase, de inconteste poder retórico, Pascal tentou definir o homem. De natureza dúplice, sujeito às mais vis inclinações e aspirante das mais sublimes virtudes, não é o homem nem puro espírito nem pura carne. Contudo, desde há muito, o homem é pensado como o centro de um dualismo irresoluto entre corpo e espírito. Como um fantasma na máquina, a alma habita um amontoado de tecidos, ossos, corpúsculos e plasma. Com o fim da modernidade o corpo é transformado na dimensão objetal do homem, reificado, convertido em coisa a ser descoberta, explorada, modificada. O espírito, a coroa que legitima a soberania humana sobre a terra. Imortal, ele permanece mesmo após o esvaecer de sua morada, seja essa imortalidade pensada em termos místicos, como a que fundamenta a doutrina dos dois corpos do rei, ou histórica, que torna a personalidade, através da memória e do registro, capaz de resistir à morte e, agora, projetado no domínio técnico sobre tudo e todos.

A finitude do corpo, entretanto, permanece sendo uma marca de sua existência. Como horizonte – até o momento – inevitável, é a morte que impele o homem a refletir sobre a vida. Na antiga epopeia de Gilgamesh, o jovem rei semidivino, inconsolável por perder Endiku, seu companheiro concebido à sua imagem e semelhança, percorre o universo se indagando: "Por que morrer? Como não morrer?" (SUPIOT, 2007, p.3). Em sua jornada, Gilgamesh tropeça pelos próprios fundamentos do humano, entre eles, sua própria finitude.

Marcadas, portanto, por esse horizonte definitivo, todas as perguntas antropológicas carregam em si um sentido existencial, uma vez que se destinam a compreender as formas simbólicas e materiais que o homem erigiu se indagando: "Por que morrer? Como não morrer?". Como resposta a essas questões o homem acabou desenvolvendo uma concepção normativa de si mesmo. Concepção que o permitiu reunir sua dimensão simbólica com sua dimensão biológica. Corpo e espírito ligados pela ideia de ordem. Porque "um anjo num passa de um tubarão bem governado", grita o velho Fleece no épico de Melville (2007, p. 327). Vejamos, o fundamento do humano é produto de uma noção dogmática de sua constituição normativa, não de pressupostos científicos. Ausente essa dimensão normativa o homem termina por se ver como somente espírito ou sendo tratado como mero animal. Ambas alternativas levam a resultados monstruosos.

Ao longo da história, essa concepção normativa sofreu uma série de mutações, permanecendo constante unicamente sua ligação a um Terceiro garante que legitimava

simbolicamente sua existência. De fato, os povos primitivos viam nos animais que elegiam como totens a máxima virtude a se aspirar. O mesmo ocorreu com os elementos identificados como divindades. O trovão, o sol, o vento, todos eram vistos como modelos de uma ordem a seguir, refletindo nas ações proibidas e permitidas ao homem.

Os hebreus legaram ao mundo a ideia de Deus como esse Terceiro garante. O homem passa a trazer em si uma dignidade ínsita, vez que feito à Sua imagem e semelhança. Mas, semelhante a Deus, o homem não é igual a Deus. Da alegoria da Queda até a comiseração de Jó, é o Antigo Testamento pródigo de exemplos de que o homem, imagem de Deus, não é o mesmo que Deus. Ao casal primevo, que em tentação esqueceu-se disso, Deus faz rememorar a diferença trazendo à tona a fragilidade do corpo, com suas dores de parto, sua fome e nudez e, mais importante, sua mortalidade. O que decorre do pecado original é tal conversão do homem em um ser jurídico, passível de responsabilidade perante a ordem a qual deveria se conformar. “El orden es la primera ley de los Cielos” como nos lembra Pope (FITZPATRICK, 1998, p.53). Assim, somente a finitude do homem expulso do Paraíso traz a necessidade do direito. O direito permitiu ao homem vincular sua dimensão simbólica à sua dimensão biológica (SUPIOT, 2007, X). A infinitude de nosso universo mental é ligada à finitude de nosso corpo físico pela instância normativa que se sustentava, *ab initio*, na crença anímica dos totens e elementos, e, posteriormente, na onipresença de Deus.

2. O Terceiro garante

Na Aliança que Abraão estabelece com Deus reside a reafirmação desse vínculo que confere dignidade ao homem. A circuncisão é o pacto convertido em lei e trazido no corpo. Ela lembra a Eleição do povo de Deus condicionada à Obediência a esse mesmo e único Deus.

Paulo, o “servo de Jesus Cristo”, radicaliza a necessidade desse Terceiro garante. De fato, sua concepção do homem é de um niilismo quase desesperado. Somente na sua relação com Deus é que o mesmo é digno: “Visto que Deus é um só, que justifica pela fé a circuncisão, e por meio da fé a incircuncisão (ROM, 3: 30).” Sem muitos reparos, é a mesma concepção que o conservador espanhol Donoso Cortés esposava ao dizer que se Deus não tivesse se tornado homem “*el reptil que piso com mis pies, seria a mis ojos menos despreciable que el hombre.*” (*apud* SCHMITT, 2006, p. 53). A dignidade do homem estaria presente, portanto, não em si mesmo, mas na sua relação com Deus.

Relação essa que se expressa normativamente. Não é à toa, que nessa diatribe que é a Epístola aos Romanos, Paulo concede tamanha importância à relação da justiça com a fé e também condena os que se afastaram da obediência a Deus, "cometendo torpeza". Tal se vê também na dialética da circuncisão/incircuncisão, mantida entre os versículos 25 e 29 do Capítulo 2 da Epístola. Paulo conclui que é "Judeu o que o é no interior, e circuncisão a que é do coração, no espírito, não na letra; cujo louvor não provém dos homens, mas de Deus." (ROM, 3: 29). Judeu aparece aqui como sinônimo de quem cumpre a lei e mantém a fé, quem vive na submissão a Deus e na crença do Cristo ressuscitado. Judeu, aqui, possui um sentido normativo que Paulo estende a todos os homens.

Esse sentido normativo formou a ideia jurídica de pessoa no seu tortuoso caminho da antiga Roma até a Declaração dos Direitos do Homem. A montagem antropológica que resultou na concepção de pessoa passa necessariamente pela referência a Deus como o Terceiro garante. Enquanto *imago Dei* o homem se reconhece como uno e indivisível, soberano e dotado da potência do verbo (SUPIOT, 2007, p. 15). A pessoa é compreendida como espírito encarnado devido a essa referência a Deus.

A necessidade lógica de se referenciar o homem a um Terceiro garante sobreviveu ao processo de secularização do Ocidente. Como Nietzsche nos mostra no aforismo do Insensato. Ali, a morte de Deus é retratada como uma obra grande demais para que os homens, seus realizadores, a compreendessem. Por isso a antiga dignidade do Deus morto é transposta para outras instâncias de significação, como o Estado. O Estado se torna o garante da dignidade do homem, e as modernas declarações de direitos a expressão normativa dessa dignidade. Substituindo os antigos mitos da criação, vieram outros mitos condizentes com o Estado moderno. Hobbes, mais que todos, compreendeu que somente a referência a um Terceiro garante concede dignidade ao animal humano. Em sua visão antropológica só passa o homem a existir enquanto tal após firmado o contrato social. Sem o Estado para garantir que os pactos devam ser cumpridos e proteger os direitos dos indivíduos, não passa o homem de uma fera, lobo de seus semelhantes. Não por acaso, a descrição que Hobbes faz da liberdade absoluta existente antes da fundação do Estado está mais próxima de um abandono, em que resta o homem à deriva da bondade de Deus, lançado no caos inapreensível da natureza. Sem ordem não existe o homem enquanto homem.

Da mesma forma que Abraão com o Deus do Antigo Testamento, o homem moderno firma um pacto com o Estado. Em troca de proteção ele concede parte de sua liberdade, se torna obediente. O *protego ergo obligo* é o *cogito ergo suum* do Estado, como bem destaca Carl Schmitt (SCHMITT, 2009, p.56). Violado esse binômio, o homem retorna à sua

condição pré-jurídica, animalesca. Aquele que se nega ao dever de obediência se torna um fora da lei e somente a pena pode internalizá-lo novamente na ordem que ele violou. Em efeito, a palavra crime deriva do grego *Krima*, que significa separação, alijamento. Da mesma forma, o dever que Kant impunha aos membros da sociedade prestes a se dissolver de punir seus criminosos é uma defesa da dignidade desses que estariam condenados a viver nas trevas da *anomia*, fora da lei, eternamente, caso a punição não viesse. *Anomia* que Kant dizia contaminar a todos os cidadãos que deixassem o crime impune.

A compreensão de Hobbes do fenômeno do Estado foi a mais lúcida justamente porque focada na constituição normativa do ser humano, possível de existir somente em referência a um Terceiro garante, que o pensador inglês identificou com o então recente Estado-Nação.

Contudo, e aqui chegamos ao ponto crítico de onde não se permite retorno, podemos afirmar que, hoje, a constituição normativa do homem está se desintegrando ferozmente, devido à falta de um Terceiro ao qual se referenciar. Em consequência do processo de secularização o Estado ocupou o lugar da Divindade. Mas hoje, o Leviatã está sendo despedaçado de dentro para fora e seus restos formam pilhas gigantes, que não significam nem representam nada mais. Se a relação que os homens, enquanto súditos, tinham com o Estado era, em última instância, normativa, baseada na relação entre proteção e obediência, hoje tal relação é de natureza libidinal, em que o Estado se tornou uma instância de satisfação dos desejos e o cidadão um perverso que precisa dessa instância para gozar. A neutralidade que Constant via como marca primordial dos Estados ruiu perante os clamores incessantes para que o Estado servisse aos mais diferentes desejos sociais. Os burgueses clamaram por sua propriedade, e ela lhes foi dada, os trabalhadores clamaram por seu trabalho – e pela própria alienação que ele traz – e lhes foi dado. Clamaram uns por respeito, outros por dinheiro, uns por inclusão, outros pelo direito de excluir (como provam as leis que reconheceram o “dia do orgulho heterossexual” em algumas cidades do país) e foram todos atendidos. Desejaram, e os desejos, por mais contraditórios que fossem entre si, se converteram em direitos, exigíveis de um Estado despedaçado pelos próprios súditos. Partidos políticos e poderes econômicos se utilizando do Estado para satisfação de interesses particulares. O súdito, que deveria se manter distante do Estado como o homem de Deus, se apropria dele, o transformando em instrumento. Isso equivale a encarcerar Deus em uma lâmpada mágica e exigir 3 desejos:

> Foi só a partir da morte de Deus que tivemos a incumbência do destino do mundo. Já que não poderá mais ser justificado num outro mundo, é preciso justificá-lo desde

> já. Realizar tecnicamente o equivalente ao Reino de Deus, isto é, a imanência de um mundo inteiramente positivo (e não a transcendência de um mundo ideal) – o que do ponto de vista teológico, é uma heresia total. É uma tentação diabólica querer o Reino do Bem, pois se trata de trilhar a via para o Mal absoluto. Se o bem detém o monopólio deste mundo, então o outro será o monopólio do Mal. Não escaparemos à inversão dos valores e o mundo se tornará o campo das metástases da morte de Deus. (BAUDRILLARD, 2002, p.19)

A perda do Terceiro garante terminou por desmantelar a intricada montagem antropológica que é o homem. Sem nada a se referir, o homem acabou por elevar seu espírito, agora projetado em seu domínio técnico sobre a natureza, à sua instância justificadora. Para não soçobrar na loucura ele terminou a reduzir todo o físico a algo manipulável pela ciência e pela técnica. Substituiu a antiga concepção dogmática do homem enquanto pessoa pela atual concepção científica do homem enquanto organismo, genoma, um conjunto de processos químicos e físicos. Enquanto o conceito normativo de humano pregava uma dignidade inerente ao homem enquanto reflexo de Deus ou protegido do Estado a atual posição técnico científica se baseia no biologismo para apontar o homem como um ser formado por processos naturais modificáveis pela ciência. A superioridade gritante do espírito – a técnica – sobre o corpo, permite que esse último seja alterado ao bel-prazer do homem. Determina-se o sexo, a cor e as formas que o corpo deve ter. Instaura-se o que Pierre Legendre chamou de "concepção açougueira do homem" (SUPIOT, 2007, p. 38).

Adorno e Horkheimer em sua *Dialética do Esclarecimento*, já haviam denunciado a conversão do corpo em *Körper*, em cadáver. Criou a divisão de trabalho tamanha distância entre espírito e corpo que esse último acabou se convertendo em mais uma parte da natureza sobre a qual deve o homem reinar, manipulando, construindo e deformando à sua vontade. Segundo os autores de Frankfurt isso não estaria claro somente no desprezo ao trabalho manual que as classes dominantes começaram a cultivar quase como um direito natural, mas na própria relação deturpada que o mercado impôs entre o homem e o seu corpo. No fim, ele deve ser construído e mantido a base de exercícios, dietas e cosméticos, moldado como Deus fizera antes com o barro, mas enquanto Deus soprara espírito no corpo, a sua reificação pela ciência sopra para longe esse mesmo espírito. O corpo coisa recheia o mundo com seus produtos monstruosos, do obeso mórbido ao anoréxico crônico, ambos pleiteando um espaço para suas inadequações, felizes na deformidade escolhida. Como Baudrillard chama atenção, os obesos "vivem sem complexo, com desenvoltura, como se não lhes restasse nem mesmo um ideal de 'eu'". Eles "exibem algo do sistema, de sua inflação a vácuo. Eles são sua expressão niilista, a da incoerência geral dos signos, das morfologias, das formas de alimentação e da cidade – tecido celular hipertrofiado e proliferando em todos os sentidos"

(BAUDRILLARD, 1996, p.25). O obeso e o anoréxico são o efeito colateral dessa "incoerência dos signos", desse abandono de uma constituição normativa pela ausência de um referencial.

Sem um Terceiro garante e condenado a si mesmo, o homem começa a questionar a sua própria conformação enquanto homem. Seus conceitos dogmáticos, como sua indivisibilidade, passam a ser condenados como quimeras de mundos antigos logo que a técnica oferece uma possibilidade de sua superação. Tal se dá na defesa da clonagem humana unicamente por sua possibilidade. Se é possível, porque não? Se a ciência nos concedeu o instrumental para superar nossa indivisibilidade, porque não lançar mão dele? Nesse sentido, a ciência contemporânea chegou mais perto que qualquer outro sistema de significação de responder a Gilgamesh "como não morrer". Expectativas atuais dão conta que no intervalo de 50 anos a ciência conseguirá impedir que o corpo se deteriore e que chegue sua morte natural. Viveremos indefinidamente, confundindo as gerações e o espaço ocupado por vivos e mortos. A única conclusão possível será a de que os mortos dividirão o mesmo espaço dos vivos, e que nos tornaremos incapazes de dizer quem é quem. Realização pós-moderna da história de Ishi, último índio de sua tribo que vendo a massa de homens na cidade de São Francisco concluiu que todas as gerações mortas estavam ali, misturadas promiscuamente com os vivos (BAUDRILLARD, 2002, p.19). Libertarmo-nos da morte é, ao mesmo tempo, desistirmos da vida e aceitar sem resistência o domínio do absurdo.

3. A arte e o fim do sentido.

Toda essa potência que a técnica libertou, como não se referencia com nada, não se troca com esfera alguma de sentido, acabou condenando o homem a uma perversa impotência diante de sua existência. Ainda que possa dominar e moldar o corpo, não consegue agir em direção a um sentido para sua vida. Tal se reflete na arte, hipertrofiada no delírio do espetacular e do tanatológico, obcecada com a morte e com o grotesco. Sem nada mais o que dizer, resta ao homem espetacularizar sua impotência, esperando que seu silêncio desabe sobre outros como fez sobre si mesmo. Tentando fugir da lógica da indústria cultural que transformou toda arte em mercadoria, a arte contemporânea tentou se converter em uma espécie de anti-mercadoria se tornando uma anti-arte. Ingênuos, não perceberam os artistas que o mercado atual (que nada mais é do que a aplicação da técnica à economia) engloba também a anti-mercadoria, que ela também é uma mercadoria com um nicho próprio de consumo, e caíram num delírio macabro.

O exemplo mais chocante da impotência na arte contemporânea foi dado em 2007, em Manágua, quando o artista Guillermo Vargas organizou um trabalho onde prendeu um cachorro de rua fraco e doente em um lugar de exposição, sem comida ou água. Após um dia de exposição o cão morreu às vistas da plateia. Na mesma exposição Vargas queimou pedras de crack e quilos de maconha. Atacado pela imprensa sua resposta foi um diagnóstico preciso do momento atual:

> Abstenho-me de dizer se é certo ou errado o cachorro ter morrido. O importante para mim era a hipocrisia das pessoas: um animal assim se converte em centro de atenção quando o coloco em um lugar vazio aonde as pessoas vão para ver arte, mas não quando está na rua morto de fome... ademais ninguém chegou a libertar o cão nem lhe dar comida ou mesmo chamar a polícia. Ninguém fez nada. (MATILLA, 2009, p. 227)

"Ninguém fez nada" com essa frase Vargas resumiu perfeitamente a plasticidade da impotência que caracteriza nossa época. Insistimos na tese de que essa impotência decorre da própria degeneração do conceito normativo de homem pelo fim de sua referência a um Terceiro garante, seja ele Deus, seja ele o Estado. Quando Foucault interpretou a morte de Deus anunciada por Nietzsche como o primeiro passo para a morte do sujeito não vislumbrou que mais que isso a morte de Deus representava o primeiro passo para a morte do homem, já que o conceito de pessoa – conceito jurídico, reafirmamos – se sustentava por referência Aquele garante.. E o que nasceu disso não foi o *Übermensch* nietzschiano, mas um ser que tem se dedicado a apagar violentamente seus próprios conceitos definidores. A obsessão da arte contemporânea em evitar a construção de objetos artísticos para dar espaço ao *happening* e à performance como núcleos de conceitualização artística reflete fielmente esse momento de degeneração, uma vez que a marca dessas expressões artísticas é o que Paul Virilio chamou de "tanatofilia", uma compulsão em mostrar o corpo morto, ferido e mutilado como forma estética. É o que o apelativo *Acionismo Vienense* levou às últimas consequências, com suas performances que misturavam vísceras de animais e fezes humanas. Mas ninguém foi tão longe em realizar a degeneração como arte quanto Rudolf Schwarzkogler, que em1969, "amputou o pênis cortando-o centímetro por centímetro, acompanhado por um fotógrafo que registrava a ação com o compromisso de expor as fotos três anos mais tarde.[3]" (MATILLA, 2009, p. 224).

Estranha obsessão pela morte num mundo que promete constantemente que não morreremos mais. O abandono de nosso sentido normativo terminou por nos lançar no absurdo de uma existência que não parece mais digna de ser vivida, restando como única

[3] Outra versão dá conta de que o mutilado não foi o próprio Schwazkogler, mas um modelo contratado por ele.

alternativa sua destruição violenta. Das promessas de um mundo canibal, onde recorreremos a bancos de clones para substituir órgãos defeituosos ou doentes, aos questionamentos sobre os limites da sexualidade e da reprodução (SUPIOT, 2007, p.47) o que se vê é um desmoronar da importância da proibição e do limite como instituidores da razão. A lei se torna mais uma coerção falsa da qual se deve emancipar do que uma garantia do estado das pessoas. Essa emancipação procede da fé num ser humano capaz de fundar a si mesmo (SUPIOT, 2007, p.45). Cada homem podendo escolher os limites que imporia a si mesmo:

> Privada na fé num Terceiro garante das identidades, a montagem antropológica ocidental continua, portanto, a se desfazer diante dos nossos olhos, e prosperam discursos delirantes sobre seus resíduos. Desprovidos de sua base institucional, de sua ancoragem numa lei comum que se impõem a todos e não depende do bel-prazer de ninguém, os princípios da igualdade e de liberdade individual podem, de fato, servir pra justificar a abolição de toda diferença e de todo limite,ser objeto de loucas interpretações. (SUPIOT, 2007, p. 46)

A lógica da proibição e do limite, que hoje desmorona, seria essa interposição indispensável de um Terceiro entre o homem e suas representações. Num mundo onde esse Terceiro deixa de existir, bem viu Dostoievski, tudo é permitido. O direito, na sua função dogmática de regular a lógica da proibição seria fundamental como técnica para humanização da técnica (SUPIOT, 2007, p.49). Sem ele o homem se decompõe perante a promessa de um futuro sem tabus e sem limites, sem perceber que esse futuro também não o prevê enquanto homem, mas como mero objeto a ser desmembrado e dissecado. Promete-se, com a emancipação de todo limite a construção desse mundo ideal, de uma República de Anjos. “Mas quem faz o anjo faz a fera!” (SUPIOT, 2007, p.48). Disso, Pascal sabia. Mas nós, ao que parece, entramos em um vertiginoso processo de esquecimento e abandono dessa verdade, como testemunham a infantilidade imperdoável do novo ateísmo de um Dawkins ou a tanatofilia revoltante da arte de um Schwarzkogler. Sem limites, o homem se assemelha ao rio que abandona suas margens, tornando-se algo devastador, mas nunca um rio. Mas, ao que parece, ao contrário do rio, as chances de voltarmos às nossas margens são muito pequenas.

4. Bibliografia

BAUDRILLARD, Jean. *Estratégias Fatais*. Rio de Janeiro, Rocco, 1996.

BAUDRILLARD, Jean. *A troca impossível*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2002.

MELVILLE, Herman. *Moby Dick*. São Paulo, Martin Claret, 2007.

MANTILHA Q., Alejandro. *Plástica y política de la impotencia*. *In* Ensayos Críticos de Teoría Política, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p.202-239.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

FITZPATRICK, Peter. *La Mitología del Derecho Moderno.* México, siglo veintiuno editores, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política.* Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político.* Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

SUPIOT, Allan. *Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

A RELAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL COM A BIOÉTICA

THE RELATIONSHIP OF THE ENVIRONMENTAL LAW WITH THE BIOETHICS

Lívia Rosa Franco[1]

Resumo: Considerando-se que a Bioética, dependendo do objeto ao qual é dirigida (homem e/ou demais seres vivos), pode ser estudada tanto em sua teoria micro quanto na sua teoria macro, constata-se que ora ela engloba o Direito Ambiental ora se distancia. Para isso, os objetos materiais e os princípios do Direito Ambiental e da Bioética serão apreciados de forma individualizada a fim de se averiguar a relação entre ambos.

Palavras-chaves: Direito Ambiental. Bioética. Princípios do Direito Ambiental. Princípios da Bioética.

Abstract: Considering that the Bioethics depending of its material object (human being and / or other living beings) can be studied in different theories (micro-macro theory), we can say, in one hand, that there is a relation between Bioethics and Environmental Law, but, in other hand, we can consider that Bioethics and Environmental Law are different. For this, we will study their material objects and principles in order to ascertain the relationship between them.

Keywords: Environmental Law. Bioethics. Principles of Environmental Law. Principles of Bioethics.

[1] Professora Adjunta de Direito Ambiental I e II da UNIPAC Itabirito. Mestre em Teoria do Direito pela PUCMINAS.

1. Introdução

Neste artigo faz-se a reflexão sobre as principais teorias bioéticas com o intuito de relacioná-las e/ou diferenciá-las do Direito Ambiental. Para isso, analisa-se os princípios da bioética e os princípios do direito ambiental. Mas antes disso começar-se-á com uma explanação do que se entende por Microbioética e Macrobioética.

2. Bioética: Macrobioética e Microbioética

O neologismo Bioética[2] foi utilizado, em 1970, pelo biólogo e oncologista, Van Rensselaer Potter, pesquisador e professor no laboratório McArdle da Universidade de Winsconsin nos Estados Unidos, no artigo *Bioética: Ciência da Sobrevivência (Bioethics: the Science of Survival).*

Entretanto, somente se popularizou em 1971 com a publicação do seu livro *Bioética: a ponte para o futuro* (*Bioéthics: Bridge to the Future),* que apareceu na mídia pela primeira vez em 19 de abril de 1971, no artigo publicado na revista *Time* intitulado *Man into superman: the promise and peril of the new genetics,* no qual o livro de Potter foi citado. A dedicatória desse livro foi feita a Aldo Leopold, professor da mesma instituição, pioneiro na pesquisa da ética ecológica.

A proposta de Potter (1971), neste primeiro momento de seu trabalho, era situar a Bioética como a "ciência da sobrevivência humana". O pesquisador a definiu como "a ponte entre a ciência e as humanidades", propôs o termo Bioética como forma de enfatizar "os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos".

Para Potter, *bio* representava o conhecimento biológico; enquanto *ética,* o sistema de valores humanos. A Bioética, diante das ameaças à vida humana e ao meio ambiente, seria uma ponte entre o conhecimento científico e a preservação da vida no nosso planeta, entre as ciências biológicas e a ética.

---

[2] No artigo intitulado *Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos*, Leo Pessini alerta sobre a autoria do neologismo: "é importante registrar que existe um outro pesquisador que reivindica a paternidade do termo bioética. É o obstetra holandês André Hellegers, da Universidade de Georgetown, em Washington D.C., que seis meses após a aparição do livro pioneiro de Potter, *Bioethics: Bridge to the future,* utiliza esta expressão no nome de um novo centro de estudos: *Joseph and Rose Kennedy Institute of Human reproduction and Bioethics*." (PESSINI, 2005, p. 308).

Neste mesmo ano, André Hellegers, obstetra holandês, da Universidade de Georgetown, empregou o termo na fundação de um instituto, então denominado Instituto Joseph e Rose Kennedy para o Estudo da Reprodução Humana e da Bioética (*Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*). Posteriormente, o termo Bioética foi retirado do nome deste instituto, cuja denominação atual é Instituto Kennedy de Ética (*Kennedy Institute of Ethics)* e cuja criação vem sendo considerada de extrema importância para a expansão da Bioética, pois foi o primeiro Centro Nacional de Pesquisa sobre Bioética como também o primeiro programa de pós-graduação em Bioética do mundo.

A abordagem da Bioética proposta por Hellegers foi muito diferente da de Potter. Aquele abandonou o viés ambiental deste, tendo restringido a Bioética à ética aplicada ao âmbito da Medicina e das Ciências Biológicas. Para Hellegers, o termo deveria ser utilizado apenas para se referir à ética da vida humana. Sua principal preocupação diante do avanço das Ciências Biológicas é com o ser humano e ao que ele se relaciona.

Segundo Pessini (2005), a Bioética no momento do seu nascimento tem uma dupla paternidade e um duplo enfoque. De um lado, temos problemas de macrobioética, com inspiração na perspectiva de Potter; de outro, problemas de microbioética ou bioética clínica, baseada na visão de Hellegers[3].

Outro marco importante foi a publicação da 1ª edição da Enciclopédia de Bioética, coordenada por Warren Reich[4]. Nesse trabalho, Bioética foi definida como "o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz de valores e princípios morais" que "abarca a ética médica, porém não se limita a ela. A ética médica, em seu sentido tradicional, trata dos problemas relacionados a valores que surgem da relação entre médico e paciente" (REICH, 1978 *apud* PESSINI, 2005, p. 315). Assim, de acordo com essa definição, a Bioética constituiria um conceito mais amplo que a deontologia profissional médica.

Na segunda edição, a Bioética foi definida por Reich (1995) como o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas –, das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar.

---

[3] Vários autores afirmam que o sentido atribuído por Hellegers é o que tem prevalecido (FABRIZ, 2003, p. 74); (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 9).

[4] O teólogo católico Warren Reich foi um dos colaboradores da fundação do *Kennedy Institute of Ethics*, editor das duas primeiras edições da Enciclopédia de Bioética. Até agora foram publicadas três edições da *Encyclopedia of Bioethics* (1978, 1995 e 2004). Mas a última delas teve Stephen Post como editor-chefe.

Na última das edições publicadas, Stephen Garrard Post, que foi indicado pelo próprio Warren Reich para substituí-lo na chefia da 3ª edição, não altera a definição presente na edição anterior. Para Post, a Bioética é considerada o exame moral interdisciplinar e ético das dimensões da conduta humana nas áreas das ciências da vida e da saúde (POST *apud* PESSINI, 2005, p. 316).

Logo após a primeira publicação da Enciclopédia de Bioética, David Roy (1979), diretor do Centro de Bioética da Universidade de Montreal, definiu Bioética como o estudo interdisciplinar do conjunto "das condições exigidas para uma administração responsável da vida humana, ou da pessoa humana, tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas" (ROY, 1979, p. 59-75).

A concepção restritiva de autores como Warren Reich e David Roy, vinculados ao Instituto Kennedy de Ética, relaciona a Bioética apenas às questões referentes às ciências da vida e à área da saúde. Essa concepção também foi adotada pela base de dados *Bioethicsline*, serviço de informações bibliográficas vinculado à Biblioteca Nacional de Medicina *(National Library of Medicine*), localizado e mantido pela Universidade Georgetown, de Washington, que definiu Bioética como "um ramo da ética aplicada que estuda as implicações de valor das práticas e desenvolvimentos das ciências da vida e da medicina". (BIOETHICS TRESAURUS *apud* GOLDIN, 2005, p. 97-98)

As definições acima apresentadas foram criadas baseadas muito mais na microbioética de Hellegers que na concepção de Potter. Este pioneiro em Bioética, em 1998, propôs três estágios na evolução de seu conceito de Bioética, que vão desde a criação do neologismo até a defesa da Bioética como disciplina sistêmica.

O primeiro estágio que se refere ao seu conceito original, proposto em 1970, foi denominado "Bioética Ponte", devido ao caráter interdisciplinar que englobava os problemas ambientais, o interesse ecológico pelo meio ambiente e a saúde.

No segundo estágio, que ocorre a partir de 1988, denominado "Bioética Global", Potter atualiza seus primeiros estudos sobre Bioética, concedendo-lhe um caráter mais abrangente. Além disso, estende seu objeto a outras disciplinas e procura englobar todos os aspectos relativos à vida, em busca de uma ética global.

O terceiro estágio, "Bioética Profunda", iniciou-se em 1998. Potter objetivou com ele resgatar sua reflexão original, a fim de manter a proposta abrangente e humanizá-la na perspectiva intercultural. Essa concepção foi também defendida por Andrè Comte-Sponville (1997), para quem a Bioética surgiria da Ética e não da Biologia, tendo como objeto o comportamento do homem perante seu semelhante, assim como perante toda a humanidade.

Conforme acabo de ressaltar, há dúvidas a respeito da autoria da primeira definição de Bioética, pois há quem defenda o pioneirismo de Potter, enquanto outros defendem o de Hellegers. Não se trata apenas de procurar uma autoria para o neologismo. Cumpre observar que as definições e os enfoques apresentados são muito diferentes uns dos outros, mas mesmo assim foram bastante importantes para o desenvolvimento da Bioética, pois a partir deles outros conceitos foram elaborados.

Desde o final dos anos 90, as discussões bioéticas ganham cada vez mais importância no cenário do mundo democrático, globalizado e informatizado, sobretudo por causa do progresso tecnocientífico e biomédico. Vários autores criaram novas definições e enfoques alternativos à Bioética. Hoje as definições são diversas, provindas de várias partes do mundo.

Para se analisar os problemas que envolvem a Bioética foram fixados princípios básicos, que não possuem caráter absoluto, nem hierarquia entre si, para orientar as tomadas de decisões.

3. Princípios da Bioética

Ainda no início dos anos 70, foi criada pelo Congresso dos Estados Unidos, numa reação institucional aos abusos cometidos nas pesquisas com os seres humanos durante o nazismo, a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research),* que teve como proposta uma pesquisa e um estudo completo que identificassem os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas Ciências do Comportamento e na Biomedicina.

O Congresso norte-americano também solicitou a elaboração, no prazo de quatro meses, de um relatório sobre a pesquisa envolvendo fetos humanos. Os membros dessa Comissão deram atenção primeiramente a essa solicitação e retomaram a pesquisa dos princípios éticos básicos somente após sua conclusão. (PESSINI, 2002, p.10).

Após quatro anos de discussão, em 1978 os doze membros da comissão publicaram um documento que ficou conhecido como Relatório Belmont (*Belmont Report),* no qual foram estabelecidos como básicos três princípios: o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça.

A abordagem metodológica dos problemas envolvidos na pesquisa em seres humanos com a publicação do Relatório de Belmont passa a ter um novo estilo ético. As questões éticas

são analisadas a partir desses três princípios com os procedimentos práticos deles conseqüentes, não mais a partir da letra dos códigos e juramentos.

Nesse sentido, Pessini lembra que para os membros da comissão que publicaram o Relatório de Belmont:

> Os códigos, não obstante sua utilidade, não eram operativos, pois "suas regras são freqüentemente inadequadas em casos de situações complexas". Além disso, os códigos apontam para a utilização de normas que em casos concretos podem conflitar, resultando na prática "difíceis de interpretar e de aplicar". É claro que a comissão dispunha de documentos, tais como o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque (1964), entre outros, mas considerou o caminho apontado pelos códigos e declarações de difícil operacionalização. (PESSINI, 2002, p. 10).

Portanto, essa comissão identificou três princípios éticos mais globais, quais sejam a autonomia, a justiça e a beneficência[5], considerando-os base sobre a qual deveriam ser formuladas, criticadas e interpretadas as demais regras específicas. (PESSINI, 2002, p 10).

A esses três grupos de princípios, Beauchamp e Childress acrescentaram o princípio da não-maleficência, isto é, um grupo de normas para proporcionar benefícios contra riscos e custos. Para esses pesquisadores, o respeito à autonomia seria uma norma sobre o respeito às decisões das pessoas; enquanto a não-maleficência, uma norma que previne que se provoque dano; e por último a justiça, um grupo de normas para distribuição justa. (BEAUCHAMP E CHILDRESS, 2002, p. 56).

Após a análise do objeto material da Bioética será apresentado os princípios do direito ambiental, que na perspectiva da microbioética, são diferentes dos que foram apresentados.

4. Objeto Material da Bioética

A Bioética ora é considerada disciplina e área de conhecimento, ora como processo caracterizado por analisar a implicação dos avanços científicos na vida humana. Entretanto, alguns autores defendem que sua abrangência é ampliada a qualquer forma de vida animal ou vegetal, compreendendo todo o meio ambiente.

Toda disciplina autônoma possui um objeto material e um objeto formal que:

> normalmente são considerados "objetos do conhecimento" (*objecta scientiac*). O objeto formal (*objecta acceptum*) é aquele que se alcança diretamente e essencialmente (ou naturalmente) pelo "poder" e pelo "ato". Por meio do objeto

[5] O princípio da beneficência visa a promover o bem em relação ao paciente ou à sociedade. O princípio da autonomia diz respeito à autodeterminação humana, fundamentando a aliança entre médico, paciente e o consentimento a tratamentos. O princípio de justiça relaciona-se à justa distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, resumindo-se na obrigação de igualdade de tratamento, respeitadas as diferenças de situações clínicas e a proporcionalidade das intervenções.

> formal se alcança o objeto material (*materialiter acceptum*), que é simplesmente o termo para o qual se aponta o "poder" ou "ato" do conhecimento por meio do objeto formal (FERRATER MORA, 2004, p. 2129-2130).

A diferença entre ambos se fundamenta na diferença entre o conhecimento enquanto conhecido e o objeto do conhecimento que, em algumas situações, também pode ser denominado de sujeito. A partir de Kant, o termo "objetivo" passa a designar o que não reside meramente no sujeito. Assim, o objeto é equiparado à realidade objetiva que pode ser declarada cognoscível, em contraposição ao sujeito, que visto "de fora" é um objeto, mas visto "de dentro" é o que conhece. Desse ponto de vista, na distinção mencionada, o objeto material é o que é conhecido; e o objeto formal, o que se apreende primariamente no objeto formal (FERRATER MORA, 2004, p. 2130).

No caso da Bioética, o objeto material diz respeito a qual conteúdo a preocupação Bioética se dirige; enquanto o segundo, ao modelo explicativo a ser adotado, à tomada de decisão em caso de conflito. Apesar da identificação desses objetos ser um grande problema, neste artigo serão expostas apenas as principais possibilidades de objetos.

Por um lado, no que diz respeito ao enfoque, percebem-se também duas tendências: uma mais pragmática, que vê a Bioética como um conjunto de cânones para solução de problemas práticos; enquanto outra, mais teórica, entende-a como ciência.

Por outro lado, no que diz respeito à amplitude do objeto material, há duas tendências: uma que tende a ampliá-lo e outra que tende a restringi-lo. A primeira delas entende que a Bioética deve abordar todas as questões ligadas ao meio ambiente, enquanto a segunda restringe a abordagem às questões ligadas à vida humana, deixando para a Ética ambiental os problemas que não dizem respeito ao homem.

É a partir da concepção de objeto material adotado que se diferencia ou associa o Direito Ambiental à Bioética. Ao se considerar o objeto material na perspectiva ampla, como o da Macrobioética, não há distinção entre a Bioética e o Direito Ambiental, nem entre os seus princípios, pois ambos englobam todas as questões voltadas ao meio ambiente.

Por outro lado, na perspectiva da Microbioética o objeto da Bioética restringe-se às questões humanas, os princípios norteadores para a solução de casos concretos serão: a autonomia, a justiça, a beneficência e a não maleficência. O Direito Ambiental, como autônomo e distinto da Bioética, possuirá como objeto material o meio ambiente e princípios próprios, que abaixo serão mencionados.

5. Princípios do Direito Ambiental

O conteúdo dos princípios do Direito Ambiental encontrados no ordenamento jurídico brasileiro é diferente do conteúdo dos princípios da Bioética, razão pela qual ambos não se confundem. Os princípios fundamentais do Direito Ambiental podem ser extraídos da Constituição Federal de 1988, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal 6.938/81), das Constituições Estaduais e das Declarações da ONU sobre o meio ambiente.

O estudo de cada um desses princípios será tema de outro trabalho, aqui se pretende apenas apresentar as suas idéias, a partir do referencial teórico de autores como Paulo Afonso Leme Machado e Celso Antônio Pacheco Fiorillo. Em síntese, os princípios do Direito Ambiental ressaltam a supremacia do interesse público sobre os interesses particulares na proteção do meio ambiente, que é considerado de natureza indisponível; a intervenção obrigatória do Estado, associada à participação direta da coletividade; a problemática ambiental como integrante do processo de desenvolvimento brasileiro; a função sócio-ambiental da propriedade; o desenvolvimento sustentável; a prevenção, a precaução e a defesa do meio ambiente; a responsabilização do poluidor nas esferas civil, penal e administrativa; a responsabilidade intergeracional; o respeito ao patrimônio cultural e aos interesses das comunidades tradicionais; o ideal de cooperação internacional; a internalização das externalidades negativas no custo de produção; a necessidade de proporcionar publicidade e educação ambiental aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito.

A partir da leitura das idéias que os princípios ambientais trazem, percebe-se que eles não estão dirigidos à Bioética na sua perspectiva Micro. O objeto material do Direito Ambiental é o meio ambiente como um todo e sua preocupação se dirige a vida em todas as suas formas. Portanto, não pode ser confundido com a Microbioética cuja reflexão é mais restritiva, isto é, entorno apenas da vida humana.

6.Conclusão

O estudo da Bioética pode ser feito a partir de duas perspectivas, a primeira é conhecida como microbioética, pois o seu objeto material é mais restrito, sendo a sua preocupação voltada apenas à vida humana, já a segunda estende seu objeto material aos demais seres vivos sendo, por isso, denominada macrobioética.

Como já dito, a microbioética possui objeto material e princípios próprios, que não se confundem com os do Direito Ambiental. Assim, à luz dessa teoria o Direito Ambiental e a

Bioética não se confundem, sendo que esta última se caracterizaria pela visão antropocêntrica, que se relaciona àquele apenas no que diz respeito à proteção da vida humana.

Por outro lado, a partir da Macrobioética se pode defender que a Bioética está relacionada diretamente ao Direito Ambiental, inclusive o englobando, pois ambos possuem o mesmo objeto material, isto é todos os seres vivos. Aqui a visão antropocêntrica não se sobrepõe à biocêntrica. Os seres humanos como os demais seres vivos devem ser protegidos e preservados. Portanto, nessa visão os princípios do Direito Ambiental e os da Bioética deveriam ser aplicados cumulativamente.

7.Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais: a Bioconstituição como paradigma ao Biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia.** Tomo III (K-P), São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, L. R., TAVARES, F. H., BOMTEMPO, T. V., DIAS, T. V., DINALI, D. J., DOMINGUES FILHA, M. E. M., GODINHO, R. L., LIBRELON, K. F., PÁDUA, C.B.M.P, RESENDE, V. H. S., Silva Couto, C.P, SILVA, M. F. **Bioética e Biodireito**. Virtuajus (PUCMG). , v.8, p.1 - 38, 2009.

FRANCO, L. R. Direito objetivo e direito subjetivo In: **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. 1 ed.São Paulo : Ltr, 2011, v.1, p. 122-124.

TRAVESSONI GOMES, A., FRANCO, L. R. **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Ltr, 2011, v.1. p.422.
FRANCO, L. R., ANDRADE JUNIOR, G.S., MARTINS, M. R. O Patrimônio Mínimo como Paradigma do Estado Democrático de Direito na Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana In: **6º Seminário de Pesquisa e Iniciação Científica da Universidade Fumec**, 2008, Belo Horizonte.

FRANCO, L. R., TAVARES, F.H. Legislación Brasileña en Derecho de la Salud y de Bioética. In: **Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Camares, 2010.

FRANCO, L. R., **BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA.** 2011. 94f. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GOLDIM, José Roberto. A Evolução da Definição de Bioética na Visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998. **Revista HCPA**, Porto Alegre, p. 86-92, 2006.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito *"in vitro"*: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNGERS, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética, novo conceito: a caminho do consenso.** 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de Oliveira. **Difusos e coletivos: direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.
PESSINI, Léo. Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. **O mundo da saúde**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 305-324, jul./set. 2005.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. vol. I, New York: Macmillan, 1978.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. rev. ed., New York: Macmillan, 1995.

Roy, D. **La Biomédicine aujourd'hui et l'homme de demain.** Point de départ et direction de la bioéthique, 1979.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed, São Paulo,Saraiva, 2009.

ANTROPOLOGIA: PRESSUPOSTOS NATURAIS DA AUTOCOMPREENSÃO LIVRE.

ANTROPOLOGÍA: SUPUESTOS NATURALES DE LA COMPRENSIÓN LIBRE DEL HOMBRE POR SÍ MISMO.

José Carlos Henriques [1]
Victor Hugo da Silva [2]

Resumo: O presente artigo intenta apresentar um problema, sempre mais recorrente na sociedade contemporânea: as intervenções biotecnológicas e seu sentido para a visão de homem e da ética. Neste contexto, o campo de reflexão ética, que implica na indagação sobre a "vida correta", parece se renovar, indo de encontro a uma fundante reflexão antropológica. Em suma, oferecer resposta para o que seja a vida correta, em tempos pós-metafísicos, implica não mais em reconhecer fundamentos normativos postos, situados fora das possibilidades de decisão do homem, implicando numa normatividade de seguimento de paradigmas. É nosso propósito fomentar o debate sobre as interferências que as biotecnologias e as práticas delas decorrentes podem significar para uma autocompreensão livre do humano.

Palavras-chaves: antropologia, biotecnologia, liberdade, ética, engenharia genética.

Resumen: El texto intenta presentar un problema, siempre recurrente en la sociedad contemporánea: las intervenciones biotecnológicas y su significado para la visión del hombre y de la ética. En este contexto, el campo de la reflexión ética, lo que implica la pregunta sobre la "buena vida", parece renovarse por sí misma, en dirección de una reflexión antropológica fundamental. En definitivo, ofrecer la respuesta a eso implica que no hay más que reconocer fundamentos normativos fuera del alcance de la decisión del hombre, lo que pudiera implicar una normativa de seguimiento de paradigmas. Nuestro propósito es estimular el debate sobre la influencia que la biotecnología y de las prácticas derivadas para decir como pueden significar para un ser humano libre

Palabras claves: antropología, la biotecnología, libertad, ética, ingeniería genética.

[1] Mestre em Filosofia e Direito, professor na Unipac, unidade Itabirito e na FAM.
[2] Graduando em filosofia pela Faculdade Arquidiocesana de Mariana-MG.

1. Ponto de partida: identificação de uma antropologia subjacente.

No contexto da filosofia contemporânea, no que diz respeito às crescentes possibilidades biotecnológicas de intervenção no patrimônio humano-natural, como em tantos outros casos, ao homem interrogante apresenta-se a via de construção dos fundamentos de sua própria resposta. Isto é, aqui, como alhures, não mais se assentam os fundamentos fora da possibilidade humana de responder por si, sem paradigmas supra humanos justificadores, ainda que as respostas possam ser pensadas, exatamente, em oposição a tais fundamentos, em um movimento de desconstrução.

Então, em nosso tempo, neste contexto, os desafios se agigantam e relevantes questões éticas são dirigidas ao homem: é livre a intervenção genética, que justificaria uma espécie de "compra no supermercado genético", para atender a nossos atuais padrões de gosto? É compatível com a dignidade humana a decisão de controlar a viabilidade dos nascimentos, uma espécie de definição prévia do valor da vida? Seria a intervenção genética, em última instância, um controle antecipado da liberdade, predispondo geneticamente os organismos para a realização de determinados fins? E quanto aos fins terapêuticos, seriam possíveis sem resultarem na tentação da programação da espécie?

Com a evolução das técnicas e a aplicação destas ao campo genético, assiste-se ao *declínio do homem natural*, fato que comporta desafios éticos, colocando em evidência a necessidade de uma discussão antropológica de fundo. O não é mero objeto entre outros tantos. Ao optar por usar seus conhecimentos e técnicas em determinada direção, de algum modo, aponta para si mesmo, realizando em suas práticas uma visão de homem que ele mesmo sustenta, ou que permanece nas entrelinhas do uso prático de seu aparato de saber. Por isto mesmo, faze-se necessária uma reflexão antropológica, que evidencie as conseqüências dos atos de intervenção genética.

É fato que oferecer resposta a indagações como estas acima mencionadas supõe, em linha de continuidade, a adoção de um sentido para o ser homem. As indagações não cessam. O estatuto da liberdade ou arbítrio humano seria atingido pelo conhecimento de suas origens programadas? Ao responder, estará sempre de novo em jogo a compreensão do sujeito humano como ser de natureza.

As direções a adotar, seja no sentido de se admitirem as intervenções genéticas, como hipóteses cientificamente naturais; seja no sentido de evitá-las, como intervenientes

indesejáveis, já que a natureza traria em si seu próprio destino, em tudo e por tudo, apontam para uma resposta antropologicamente fundada e fundante de uma normatividade ética.

Ao responder pela normatividade, pelas ideais direções de suas ações, o homem dá sobre si mesmo uma resposta, como pressuposto. Assim, como defendem alguns, parecer haver necessidade de uma retomada moral das perspectivas cientificas em relação ao homem, perquirindo sobre os espaços da liberdade para a autocompreensão do humano.

Enfim, há uma antropologia subjacente a toda resposta, contrária ou favorável, à possibilidade de intervenção genética, este um ponto de partida que não pode ser ignorado.

2. Construção histórica da visão de homem e a questão de uma antropologia pós-humanista.

No decorrer da história da filosofia, desde o período Clássico até o final da Idade Média, o homem se pautou pela adoção de uma perspectiva metafísica, sobremaneira orientadora de sua vivência ética.

Com o declínio do pensamento medievo e o advento do pensamento moderno, novos rumos anunciaram-se. O homem já não mais será compreendido em uma perspectiva metafísica, ou seja, seguindo um paradigma teleológico transcendente, ao menos. Novos horizontes são traçados, partindo-se agora de perspectivas racionalistas e empiristas, que desembocaram num cientificismo. Portanto, seguindo estas direções históricas, a visão antropológica que se construiu foi a de um *homo faber*, não sendo este concebido, como antes, como *homo imago Dei*.

Deste então, com a derrocada do pensamento metafísico e com o alvorecer do pensamento científico, o sentido do homem se fixou na imanência, não na transcendência, entendido este como fundamento externo e regulador. Ente novo sentido de imanência, encontra seu ápice na afirmação cartesiana: “*penso*, *logo existo*”.

A razão técnica, instrumental, em tempos mais recentes, propiciou avanços científicos absurdamente velozes. O homem se vê, cada vez mais, com possibilidades de domínio da natureza, de sua própria natureza, inclusive. Com o projeto racionalizante, na modernidade, como afirmam Adorno e Horkheimer, a razão se voltou para o assenhoramento da natureza “perseguindo sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investí-los na posição de senhores” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 19).

Movido por este espírito de dominação, inevitável que o homem viesse a perceber que poderia também reverter o domínio técnico da natureza em direção a si próprio e ao outro. Assim, com as grandes descobertas cientificas e, dentre elas o surgimento das biotecnologias, o homem se afirma como construtor – inventor em sentido estrito - da aventura humana do existir.

Em razão desta expectativa de intervenção radicalmente transformadora da natureza, é possível falar de uma era pós-humanista, ou seja, a intervenção biotecnológica, como proposta de transformação da natureza humana, tem forçado, sempre mais, os limites biológicos, éticos e de autocompreensão do homem, apontando para uma trans-humanidade futura.

Esta perspectiva pós-humanista poderia comparecer como objetivo das intervenções biotecnológicas ações muito variadas: como retardar o processo de envelhecimento, modificar o genoma humano a partir do DGPI (diagnóstico genético de pré-implantação) e até mesmo a própria clonagem. Ou seja, tais ações podem ter fins diversos e, como tal, tocam o campo da investigação ética. Podem até, já que possíveis as intervenções técnicas, serem motivadas por uma espécie de re-engenharia da genética humana, podendo resultar na criação biológica de homens superiores, ou pelo menos geneticamente modificados, com esta finalidade. Podem ser sentidos de longe os riscos destes empreendimentos e manipulações.

3. Desafios para a autocompreensão livre.

Em razão da percepção destes riscos que anunciamos, para alguns, urge renovar a concepção de homem em nosso tempo, restituindo-lhe a *possibilidade de ser si mesmo*, de forma originariamente livre, sem que tenha como destino suportar, escolhas feitas por outros, antes mesmo de seu nascer.

Pois, o destino do homem, quando já pautado por outrem, por escolhas alheias, antes que suas, comporta problemas intricados. Por isto, seria lícito perquirir até que ponto as propostas de modificação genética são aceitáveis, em um contexto de auto-escolha humana livre, via para a realização digna do homem. Neste sentido, é válida a lição de Habermas, quando afirma:

> Na medida em que um indivíduo toma, no lugar do outro, uma decisão irreversível, interferindo profundamente na constituição orgânica do segundo, a simetria da responsabilidade, em princípio existente entre pessoas livres e iguais, torna-se limitada. (Habermas, p.20, 2004)

Ou seja, como seres dotados de liberdade, talvez não devêssemos admitir que nos fossem dados poderes de intervir numa futura vida que, neste caso, se vier a nascer, nascerá

do modo como o sujeito interveniente e dirigente desejou e, para cumprir suas finalidades, interferiu no desenvolvimento genético. Melhor seria admitir que, para a autocompreensão livre, saber-se dirigido geneticamente, poderá implicar em prejuízos de monta. Isto é, não é somente o fato de ser possível que legitimaria a intervenção biotecnológica, antes seria preciso decidir sobre esta decisão de interferir no complexo humano natural.

Poderíamos chegar ainda a extremos mais intoleráveis, ou seja, pautarmos "uma decisão sobre a existência ou a não existência se conforme o critério da *essência* potencial" (HABERMAS, p.43, 2004). Neste caso, a futura vida não virá naturalmente, mas será uma vida fabricada, produzida e dirigida por expedientes técnicos. Sendo assim, justo afirmar, com Habermas:

> Hoje, precisamos nos perguntar se eventualmente as gerações futuras vão se conformar com o fato de não mais se conceberem como autores únicos de suas vidas – e também de não serem mais responsabilizados como tal (HABERMAS, p.93, 2004).

De fato, diante das cada vez maiores possibilidades de alteração do genoma humano, abertas pelas práticas de engenharia genética, resta ao homem decidir seu destino e o destino dos sujeitos vindouros como seres naturais, de um modo totalmente peculiar. Modo que pode corresponder a uma decisão hoje aceitável mas que, já no presente ou no futuro, poderá se mostrar como arbitrária prática diretiva do patrimônio natural, para atender a fins aos quais a humanidade não mais se submeteria. A escolha de hoje, pode não ser a melhor escolha de amanhã. No entanto, como proceder se esta escolha já é irreversível *ab initio*.

Por isto, as contemporâneas tecnologias, se trazidas ao âmbito da modificação genética humana, comportam desafios éticos e, como pano de fundo, renovam a discussão sobre o homem e seu estatuto físico-genético.

Se as intervenções não forem irreversíveis, o homem do futuro poderia envidar esforços na tentativa de reverter os efeitos de escolhas alheias, intervenientes em seu patrimônio genético. Mas já não seria isto um enredamento da liberdade? Enfim, reverter uma escolha alheia, anterior e fundante, primordial, não seria já uma contestação desnecessária, implicando em um esforço que poderia ser despendido para atender a outras e mais livres necessidades?

Neste contexto, comparece, sem rodeios, uma direção ética da conduta a ser, com antecedência, contemplada, como sugere Habermas:

> Certamente, somos obrigados a fazer o possível para proteger os outros do sofrimento. Devemos ajudar o próximo e fazer de tudo para melhorar suas condições de vida. Mas, não nos é permitido – segundo o modo como representamos a vida futura dessas pessoas – estabelecer os espaços que mais tarde poderão utilizar para dar uma forma ética à sua vida. Nosso espírito finito não dispõe (mesmo no melhor

> dos casos) do saber prognóstico, que seria necessário para avaliar as conseqüências das intervenções genéticas no contexto da futura história de vida de outra pessoa. (HABERMAS, p.121, 2004)

Portanto, percebe-se que nem toda possibilidade biotecnológica implica em benefícios para a humanidade, pois "o desenvolvimento da biotecnologia moderna veio a possibilitar intervenções de um tipo completamente novo, que pode afetar significativamente a autocompreensão normativa da espécie como um todo" (FELDHAUS, p.310, 2005). Por isso, permanece a convicção de que seria preciso adotar direções antropologicamente fundadas e fundantes de uma normatividade ética.

Tendo em vista todas as discussões até agora apresentadas acerca das modificações genéticas, vê-se que elas tocam à autocompreensão do sujeito. Desnecessário apontar o sentido e o valor de uma tal compreensão de si, no evolver da construção de direções da vida. É fato que as interferências biotecnológicas no patrimônio humano-natural, ao menos potencialmente, poderá ferir de morte sua dignidade de sujeito e sua forma livre e ideal de ser. É também fato que a projeção desta aferida dignidade e forma ideal de se realizar não deixa de ser uma indicação que parte de uma sua compreensão hodierna. Eis porque, a autocompreensão permanece sendo decisiva para a construção de si.

Nesta direção, Habermas evoca um conceito pós-metafísico, com apoio no pensamento de Kierkegaard, do *poder ser si mesmo*, para fundamentar a necessidade, sempre existente, de uma reflexão ética sobre o sujeito.

> Toda a atenção se destina sobretudo à estrutura do poder ser si mesmo, ou seja, à forma de uma autorreflexão ética e a uma escolha de si mesmo, determinada pelo interesse infindável em que o projeto de vida tenha êxito. De maneira autocrítica, o indivíduo apropria-se de seu passa histórico, efetivamente encontrado e concretamente rememorado, tendo em vista as possibilidades de ações futuras. Somente assim ele faz de si uma pessoa insubstituível e um indivíduo inconfundível (...). Por meio de uma avaliação moralmente escrupulosa e de uma apropriação criticamente sondada da história de vida efetivamente encontrada, ele se constitui como a pessoa que ele ao mesmo tempo é e gostaria de ser (HABERMAS, 2004, p. 10-11).

Tais necessidades éticas também comparecem na esfera pública[3], devendo haver sobre elas decisão política. Mas, neste caso, vê-se que é inegável a dificuldade, em razão das

[3] No ambiente do pensamento habermasiano, a esfera pública diz respeito à descrição do espaço comunicativo entre a esfera civil privada e o Estado. Ela é caracterizada pelo acesso livre, universal, desimpedido do público, pela publicidade e, com isso, pela possibilidade da critica ao Estado autoritário e da autodecisão autônoma do cidadão. Enquanto esfera pública cidadã, ela é produto do iluminismo e do antigo capitalismo de pequena escala e de concorrência. Ela sucumbiu sob as condições de sujeição à lógica do poder econômico e da substituição política de publicidade. Ela não é nenhuma instituição ou organização, mas se preocupa, com o mundo na vida do todo, por meio no agir comunicativo, de forma, em geral, compreensível, ou seja, numa orientação leiga. Sua qualidade democrática avaliável em termos procedimentais, a saber, quão livre, igual e aberto é o acesso às expressões públicas de opinião e quão racional é o nível de trato do problema. Ela não deve ser confundida com

diferentes e pluralistas concepções ideológicas que tendem, às vezes, a conduzir os debates pela via de adesão a interesses financeiros. Por isso, em tal discussão faz-se necessária uma diferenciação entre dignidade humana e dignidade da vida humana. Vejamos:

> **A dignidade humana** representa uma condição moral ou jurídica que marca as relações entre sujeitos portadores de direitos e deveres, mutuamente imputáveis e circunscrito a um mesmo contexto normativo. A dignidade humana faz, portanto, sentido na contingência dos acordos estabelecidos no interior de uma comunidade composta por seres morais dotados de relações simétricas e responsáveis, ou seja, dentro de formas concretas de vida coletiva. **A dignidade da vida humana**, por seu lado, transbordam os limites das práticas morais acordadas e remontam tanto a estágios pré-pessoais, em que os indivíduos estão ainda em formação, quanto a condições em que a vida se esvaiu. A vida humana antecede a construção dos contextos morais de interação e solicita uma concepção de dignidade própria, mais abrangente e menos específica que o termo definido como dignidade humana. (THALES, p.13, 2005).

Diante disso, podemos nos questionar, qual dignidade deve ser preservada? Por isso, é que Habermas propõe uma "moralização da natureza humana" no sentido da auto-afirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como os únicos autores de nossa história de vida e podermos nos compreender como pessoas autônomas. (SALVETTI, p.84, 2008).

4. Questões que permanecem relevantes.

Como abertura de futuros horizontes da investigação, indicamos alguns movimentos das que podem nascer das reflexões que já apresentamos.

Se, de um lado, é fato que o homem não se reduz a seu patrimônio físico-natural, não é menos verdade que, de outro lado, uma interferência diretiva na origem deste patrimônio comportaria riscos para a autocompreensão humana, enquanto projeto de ser si mesmo, que se rege na sua história e que deve se responsabilizar por atos que lhe podem ser imputados.

Como compreenderá a si mesmo alguém que tenha se descoberto fruto de escolhas diretivas alheias? Haveria uma causalidade imputável a estas escolhas realizadas antes mesmo de qualquer atenção livre para o homem que agora se compreende? O que estaria permitido admitir como obra do homem que teve alterado seu patrimônio genético natural? Enfim, a liberdade, compreendida com capacidade de autodeterminação, estaria comprometida? Em caso negativo, como compreender o esforço de superação às vezes exigível para superar os limites impostos pelas escolhas alheias originárias? Se, de um lado, não se quer defender uma

---

os resultados de pesquisas de opinião, pois ela não pode ser apurada individualmente e se expressar privadamente, mas só num interior de uma práxis comunicacional em comum. (SCHÄFER, p.175, 2009)

determinação genético-existencial, de outro é temerário admitir que não exista qualquer influência de escolhas diretivas prévias, e alheias, antes mesmo que possa se formar a autocompreensão do sujeito geneticamente modificado.

Uma interferência biotecnológica modificadora, na origem, poderia comportar uma tensão entre o que o homem seria, se livre desta modificação, e aquilo em que se transformou, justamente para lidar com as direções criadas pelas modificações. Posto que as decisões modificadoras não tivessem origem no sujeito que se autocompreende, sendo resultantes de vontade alheia à sua, mais um limite extremo se coloca ao sempre complexo desafio da autocompreensão: lidar com um acaso, não como desconhecimento de causas, mas como causalidade dirigida. Neste caso, talvez melhor dizer, não acaso, mas acaso dirigido. Muito embora possa parecer contraditória esta idéia é o que se tem, um trágico evento de escolha, que para outro, sobre aquele a quem compete suportar as decorrências da escolha, comparece como um acaso.

Não se trata de demonizar as formas biogenéticas interventivas. Trata-se de recolocar, filosoficamente, também nestes caso, o sempre renovado problema da liberdade: tendo que contemplar agora um acaso limitador, desta feita dirigido por terceiros e, finalmente, procurar indagar como poderá uma tal compreensão conviver com a ânsia pelos projetos humanos livres.

Em suma, haverá um momento em que a violência interventiva no patrimônio genético deverá acertar as contas com a liberdade humana originária. Pensar a concepção antropológica que poderia comparecer, explicita ou implicitamente, em cada resposta, é uma tarefa que precisamos continuar a investigar. É tarefa futura. Por ora, estamos convictos de que haverá sempre uma resposta antropologicamente fundada para a questão dos usos das biotecnologias.

5.Bibliografia

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

FEUDHALS, Charles. *Habermas, ética da espécie e seus críticos*. **Princípios**, Natal, v.14, n.22, jul/dez. 2007, p.93-122.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALVETTI, Francisco. *Em busca de normatizações políticas e jurídicas que limitem a eugenia liberal: um estudo a partir do pensamento habermasiano*. **Filosofazer**, Passo Fundo, n. 33, jul/dez. 2008, p.79-89.

WALTER, Reese-schäfer. *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

THE INDIVIDUAL COMPANY OF LIMITED RESPONSABILITY

Matheus Adolfo Gomes Quirino[1]

Resumo: O presente estudo trata da criação, no direito brasileiro, da empresa individual de responsabilidade limitada, com a denominação de EIRELI. Também aponta os benefícios da Lei 12441/2011 e faz apontamentos a respeito do patrimônio e da personalidade da nova espécie de pessoa jurídica.

Palavras-chave: Direito de empresa – Empresa individual – Responsabilidade Limitada – EIRELI – Pessoa Jurídica.

Abstract: This review deals with the creation, under Brazilian law, of the individual company with limited liability under the designation EIRELI. It also points out the benefits of Law 12441/2011 and makes notes about the heritage and personality of the new kind of legal entity.

Keywords: Commercial law – Individual company – Limited liability company – EIRELI – Legal entity.

[1] Professor de Direito Empresarial da Unipac-Itabirito. Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Pós-graduado em direito processual. Ex-procurador do Município de Itabira. Bacharel em Direito pela UFMG.

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é discorrer, de maneira sucinta, acerca da nova espécie de pessoa jurídica de direito público criada pela Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011, qual seja a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI.

Para tanto, iniciamos o artigo pontuando as espécies de empresários e informando a impossibilidade de o empresário individual limitar sua responsabilidade pelas obrigações decorrente da empresa na sistemática vigente até a aprovação da referida lei.

Em seguida, analisamos alguns aspectos da Lei da EIRELI, notadamente seus avanços na diminuição de assimetria de riscos assumidos pelos empresários individuais e coletivos, na diminuição de distorções entre o direito societário posto e as práticas de fato e na modernização das relações empresariais.

Ainda analisamos a lei apontando aspectos relativos ao patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada, comparando-o com os institutos do patrimônio de afetação e de fundação, para concluir com a análise da personalidade jurídica dessa nova espécie de pessoa jurídica.

2. As espécies de empresários existentes no ordenamento jurídico empresarial

O Código Civil (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, artigo 966) conceitua empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços sem, no entanto, diferenciar quem exerce tal atividade econômica – ou empresa – individualmente ou não.

A doutrina é pacífica no sentido de admitir a prática da atividade empresária pelo indivíduo sozinho ou em sociedade. André Luiz Santa Cruz Ramos ensina:

> Portanto, temos que o empresário pode ser um *empresário individual*[1] (pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica organizada) ou uma *sociedade empresária*[2] (pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade cujo objeto social é a exploração de uma atividade econômica organizada). (RAMOS, 2012, p. 38)

O ordenamento jurídico empresarial brasileiro admite, portanto, que a atividade de empresa pode ser exercida tanto por empresários individuais quanto em sociedade.

[1] Destaque original.
[2] Destaque original.

Num segundo plano, é importante salientar que nas sociedades empresárias existe a possibilidade de limitação das responsabilidades de seus sócios ou acionistas em face das obrigações sociais.

Vale dizer que aos sujeitos de direito – sejam pessoas naturais ou jurídicas – que se reúnem em uma sociedade empresária para que esta explore atividade de empresa é facultado limitar as parcelas de seus respectivos patrimônios a serem empregadas nesta atividade e, conseqüentemente, nela arriscadas.

Apesar de haver pontuais restrições legais à escolha do tipo societário – como, por exemplo, a exigência de que as instituições financeiras sejam sempre sociedades empresárias estabelecidas como Sociedades Anônimas, hipótese em que seus acionistas obrigatoriamente têm responsabilidade limitada pelas obrigações sociais – regra geral a decisão de limitar ou não o dever de cada sócio ou acionista de responder com seu patrimônio pessoal pelas obrigações sociais decorre de simples escolha do tipo societário sob o qual se constituirá a sociedade empresária.

E essa escolha é livre.

Se a opção for constituir uma sociedade em que a responsabilidade de cada sócio pelas obrigações sociais é limitada à parcela de capital investido, como uma Sociedade Limitada (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, artigos 1052 a 1087) ou uma Sociedade Anônima (BRASIL, Lei nº 6.404, 1976), não há vedação legal.

Caso os sócios optem por constituir uma sociedade em que alguns deles respondam limitada e outros ilimitadamente pelas obrigações sociais, como uma Sociedade em Comandita Simples (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, artigos 1045 a 1051), o ordenamento jurídico brasileiro também não impõe severas vedações. Da mesma forma que não há impedimento à constituição de sociedade em que os sócios respondam ilimitadamente pelas obrigações sociais, como nas Sociedades em Nome Coletivo (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, artigos 1039 a 1044).

No entanto, se o candidato a empresário optar por exercer a atividade de empresa individualmente, não havia opção: salvo excepcionais situações em que até o efetivo exercício de empresa é questionado – como na Sociedade Subsidiária Integral (BRASIL, Lei nº 6.404, 1976, artigos 251 a 253) que não exerce efetivamente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços – o empresário individual respondia ilimitadamente com seus bens para solver as obrigações de sua atividade empresarial.

Tal situação foi alterada pela lei que permitiu a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI (BRASIL, Lei nº 12.441, 2011).

É a respeito desta lei que trata este artigo.

E, apenas para delimitação do tema, vale informar que apesar da lei admitir formas de constituição originária e derivada da empresa individual de responsabilidade limitada – que pode vir ao mundo por declaração de vontade de seu constituinte ou por transformação de uma sociedade empresária ou do registro do empresário individual em EIRELI – nos limitaremos no presente trabalho a tratar da forma originária de criação, eis que o enfoque dado ao tema proposto independe da maneira adotada para a criação dessa pessoa jurídica.

3. A Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011 e seus avanços

A Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011, que permitiu a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada, traz diversos avanços. Dentre eles podemos destacar pelo menos três.

Primeiramente, a nova lei tem o condão de buscar eliminar a sensível assimetria dos riscos do empreendimento admitidos pelos empresários individuais em relação aos riscos admitidos pelo empresário coletivo.

Isto porque se a atividade empresária é explorada através de uma sociedade, aos seus sócios ou acionistas é franqueado o direito de escolher o tipo societário e, por conseqüência, a extensão de suas responsabilidades pelas obrigações sociais; ao passo que ao empresário que exerce a atividade pessoalmente tal opção inexiste. Tal situação acarreta desequilíbrio latente, assim explicado por Maria Antonieta Lynch:

> A disparidade latente existente entre o empresário individual que se encontra numa posição de desvantagem em relação ao empresário coletivo que, associado sob quaisquer das formas sociais com responsabilidade limitada, pode manter incólume seu patrimônio pessoal, não obstante os riscos da atividade de ambos serem similares, é um justo e fundado argumento para a utilização de um mecanismo diferenciado por parte do empresário unipessoal (LYNCH, 2010, P. 136)

Também visa eliminar a distorção entre a realidade e direito, recorrentemente verificada nos órgãos de registro empresarial nacionais, onde pululam pequenas sociedades empresárias em que um dos sócios possui quase a totalidade do capital social, respondendo pela administração da atividade, e outro sócio, notadamente minoritário, participa tão-somente para conferir o caráter de coletivo a esta[3].

[3] São sociedades empresárias, a maioria das vezes constituídas por apenas duas pessoas naturais como Sociedades Limitadas, em que um dos sócios, majoritário, é responsável por toda atividade da pessoa jurídica, enquanto o outro sócio, minoritário, praticamente não age. A este *sócio não participante* a doutrina dá o nome de

Estas situações corriqueiras visavam – e visam – tão-somente possibilitar que o empreendedor não arriscasse todo seu patrimônio na empresa, limitando o risco em forma de uma Sociedade Limitada que, na prática, não possui o sentido de *sociedade*.

Por fim, a Lei 12.411/2011 também moderniza nosso ordenamento jurídico, equiparando-o a diversos outros que já contemplam tal hipótese[4].

No continente europeu, por exemplo, já existe desde o ano de 1989 Diretiva comunitária dispondo a respeito de sociedade de responsabilidade limitada unipessoal.

Essa Diretiva (UNIÃO EUROPÉIA. Décima Segunda Directiva, 1989, artigo 2º) assim dispõe:

> Artigo 2º
> 1. A sociedade pode ter um sócio único no momento da sua constituição, bem como por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa (sociedade unipessoal).
> 2. Enquanto se aguarda uma coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, as legislações dos Estados-membros podem prever disposições especiais ou sanções aplicáveis:
> a) Quando uma pessoa singular for o sócio único de várias sociedades, ou
> b) Quando uma sociedade unipessoal ou qualquer pessoa coletiva for o sócio único de uma sociedade.

Vale salientar que tal norma européia visa, desde 1989, coordenar, de modo a tornar equivalentes, os dispositivos àquela época já existentes em diversos países-membros, conforme informado no próprio texto normativo, a saber:

> Artigo 1º
> As medidas de coordenação prescritas pela presente diretiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às seguintes formas de sociedade:
> - no que se refere à Alemanha:
> die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung,
> - no que se refere à Bélgica:
> la société privée à responsabilité limitée/de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
> - no que se refere à Dinamarca:
> anpartsselskaber:
> - no que se refere à Espanha:
> la sociedad de responsabilidad limitada,
> - no que se refere à França:
> la société à responsabilité limitée,
> - no que se refere à Grécia:
> p etaireia periorismenis efthynps
> - no que se refere à Irlanda:
> the private company limited by shares or by guarantee,
> - no que se refere a Itália:

---

laranja, pessoa que integra o contrato social apenas para que no exercício da atividade empresária possa haver a limitação da responsabilidade patrimonial, i.e., do risco, pelo empreendedor.

[4] Othon Sidou, em 1978 (página 236) já fazia referência à contribuição legislativa de 1947, de autoria do Deputado Freitas e Castro, no sentido de admitir a limitação da responsabilidade individual. Tal intento, entretanto, não logrou êxito.

> la società a responsabilità limitata,
> - no que se refere ao Luxemburgo:
> la société à responsabilité limitée,
> - no que se refere aos Países Baixos:
> de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
> - no que se refere a Portugal:
> a sociedade por quotas,
> - no que se refere ao Reino Unido:
> the private company limited by shares or by guarantee.

Inobstante os inegáveis avanços operados pela nova lei, a modificação trazida à legislação pátria merece alguns apontamentos.

4. Apontamentos à Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011 – Lei da EIRELI

A Lei da EIRELI, como vem sendo chamada a Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011, modifica pontualmente apenas três artigos no Código Civil[5].

O artigo 980-A é por ela incluído para instituir a empresa individual de responsabilidade limitada.

O parágrafo único do art. 1.033 é incluído para admitir que não se resolva a sociedade empresária que se transforma em EIRELI.

E o inciso VI, acrescentado ao artigo 44 do Código Civil, inclui a empresa individual de responsabilidade limitada no rol das pessoas jurídicas de direito privado, a saber:

> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas;
> V - os partidos políticos.
> VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Note-se que, por opção do legislador, a empresa individual de responsabilidade limitada não está incluída entre as sociedades (esta no inciso II do artigo 44 do Código Civil, aquela no inciso VI do mesmo artigo).

Da mesma forma é importante observar que a EIRELI não se equipara ao empresário individual, que tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações decorrentes da atividade empresária. Vale dizer, portanto, que a EIRELI não é uma espécie, ou subespécie, de empresário individual.

---

[5] Art. 1º Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do art. 1.033, todos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), de modo a instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, nas condições que especifica.

A distância entre a EIRELI, a sociedade empresária e o empresário individual é facilmente verificável até pelo fato de o Livro II do Código Civil – Do Direito de Empresa – possuir agora cinco títulos, a saber:

> TÍTULO I – DO EMPRESÁRIO
> TÍTULO I-A – DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA;
> TÍTULO II – DA SOCIEDADE;
> TÍTULO III – DO ESTABELECIMENTO E
> TÍTULO IV – DOS INSTITUTOS COMPLEMENTARES.

Desta forma, podemos concluir que a EIRELI não é sociedade empresária nem empresário individual, mas sim uma nova espécie de empresário, inovando a idéia de que a atividade empresária seria exercida apenas por aquelas duas espécies até então existentes (DINIZ, 2012, p. 59).

Havia a opção de limitar a responsabilidade do empresário individual em face das obrigações decorrentes da atividade de empresa. Havia, também, a possibilidade de admitir a EIRELI como sociedade unipessoal, a teor do que nossa legislação já admite, por exemplo, na Subsidiária Integral (BRASIL, Lei nº 6.404, 1976, artigos 251 a 253) e na empresa pública constituída por um único sócio agente público (BRASIL, Decreto-Lei nº 200, 1967, artigo 5º, II).

No entanto, por opção do legislador a EIRELI não se enquadra como empresário com limitação de responsabilidade pelas obrigações decorrentes da empresa, nem como sociedade unipessoal[6], mas sim como figura autônoma desprovida de estrutura societária (LYNCH, 2009, p. 217).

O Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, titular da Universidade Federal do Paraná, assevera:

> Com a promulgação da Lei 12.441/2011, vê-se que o legislador brasileiro procurou uma terceira via: não atribuiu ao empresário individual responsabilidade limitada aos bens que afetar à sua empresa, na linha da mais recente orientação do direito francês (Lei 658/2010, de 15.06.2010, que dispões sobre o *empreendedor individual de responsabilidade limitada*[7]); também não escolheu o caminho da sociedade unipessoal. Preferiu a fórmula não societária sob peculiar roupagem, regulando uma nova figura jurídica – a empresa individual de responsabilidade limitada, próxima do modelo português do estabelecimento comercial de responsabilidade limitada, com a diferença de o patrimônio destinado ao seu negócio pertencer a pessoa diversa, tanto do empresário quanto da sociedade empresária (GONÇALVES NETO, 2012, p. 156/157).

[6] Fábio Ulhôa Coelho, em seu Manual de Direito Comercial, edição de 2012, página 43, conceitua a EIRELI como uma *sociedade limitada unipessoal* (grifos originais) – COELHO, 2012b.
[7] Destaques originais.

E, se trata a EIRELI de uma *não sociedade empresária*, bem como de um *não empresário individual*, o patrimônio afetado a esta nova figura jurídica não pode pertencer a nenhuma das duas espécies até então admitidas de empresário: individual e coletivo.

4.1 O patrimônio da EIRELI e o patrimônio de seu constituinte

Havia divergência de entendimentos acerca de quem poderia constituir uma empresa individual de responsabilidade. Isto porque o artigo 980-A não traz qualquer indicação de que tal espécie poderia ser criada por pessoa jurídica ou pessoa natural.

No entanto, tomando o texto do parágrafo 2º do referido artigo, podemos concluir que a faculdade de criar tal espécie de empresário só existe às pessoas naturais. E por fortes razões, a saber.

Primeiro porque como o parágrafo 2º do artigo 980-A traz a limitação de que a pessoa natural que constituir EIRELI só poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade, admitir que pessoas jurídicas também pudessem criar EIRELIs implicaria em conferir tratamento anti-isonômico a eles. Isso porque existiria essa limitação para as pessoas naturais, mas não às pessoas jurídicas.

Segundo porque admitindo a possibilidade de criação de EIRELI por pessoa jurídica teríamos que também admitir a possibilidade de criação em cadeia de EIRELIs por EIRELIs, pois se esta nova espécie é uma pessoa jurídica de direito privado (e é, a teor do artigo 44 do Código Civil), ela poderia criar outra empresa individual de responsabilidade limitada e assim sucessivamente. E não é esse o sentido da lei que, teleologicamente vem tentar atender à demanda dos pequenos e médios empresários que de fato são unipessoais, mas de direito organizam-se em sociedades.

Pondo pá de cal na divergência, o Departamento Nacional de Registro do Comércio publicou a Instrução Normativa 117, de 22 de Dezembro de 2011, dispondo expressamente que somente as pessoas naturais podem constituir empresas individuais de responsabilidade limitada.

Seguindo esta sistemática, a pessoa física que constitui a EIRELI integraliza o capital desta pessoa jurídica com parcela de capital – de no mínimo cem salários mínimos legais – extraída de seu próprio patrimônio.

E esse patrimônio, transferido pela integralização de capital da esfera de direito da pessoa física constituinte da EIRELI para a própria pessoa jurídica, deixa de pertencer à pessoa física. No entanto, ainda é administrada por ela.

Deparamo-nos, aqui, com o que poderia ser confundido outras formas de constituição de patrimônio separado.

4.2 Patrimônio de afetação, patrimônio de fundação e o patrimônio personificado

Na criação da EIRELI há a separação do patrimônio dela da de seu constituinte pessoa física; tal patrimônio transferido não se comunica com o restante dos bens de seu constituinte. Por esta razão, poderíamos admitir a existência de uma parcela de patrimônio apartado, ou separado, conforme ensina Romano Cristiano:

> Enquanto a escolha dos bens e sua destinação específica operam apenas no âmbito interno do patrimônio do titular, não podemos falar juridicamente em separação. A separação, em sentido jurídico, pode verificar-se apenas a partir do memento em que a destinação se torne eficaz com relação a todos; isto é, quando possa ser oposta a terceiros e ao próprio titular do patrimônio (CRISTIANO, 1982, p. 6).

A Lei 4.591 (BRASIL, Lei nº 4.591, 1964), por seu turno, dispõe acerca do patrimônio de afetação da seguinte maneira:

> Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.
> § 1o O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Nesta perspectiva, é patrimônio de afetação aquele separado do seu constituinte e que, embora pertencente ao mesmo sujeito de direito, é submetido a regime jurídico próprio.

Apesar da semelhança do patrimônio de afetação com o da EIRELI, não foi esse o caminho trilhado pelo legislador, razão pela qual não se confundem.

Isto porque enquanto o patrimônio de afetação é submetido a regras especiais que regem uma parcela dos bens de seu sujeito, o patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada não pertence ao sujeito que constituiu a EIRELI, mas sim à própria pessoa jurídica. Não há, desta forma, que se falar em uma simples não comunicação de bens pertencentes à mesma pessoa.

Por outro lado, o ato de criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada por uma só pessoa física não tem outra classificação senão a de uma declaração

unilateral de vontade; afinal, não depende da manifestação de qualquer outra pessoa senão a que a constitui.

E é também por uma declaração unilateral de vontade em que se transfere parte de patrimônio já existente de seu constituinte a forma utilizada para se criar uma fundação.

Mas, da mesma maneira que a afetação patrimonial não se confunde com a transferência de patrimônio para criação de EIRELI, esta última também não se confundirá com a transferência de bem para instituição de fundação.

Isto porque inobstante os patrimônios da EIRELI e da fundação serem ambos transferidos de titularidade de seus respectivos constituintes para uma nova pessoa jurídica e ambas serem titulares de direitos e obrigações diferentes de seus constituintes ou fundadores, há diferenças substanciais entre elas.

A primeira diz respeito à destinação da própria pessoa jurídica criada, eis que a empresa individual de responsabilidade limitada exercerá atividade empresária, ao passo que a fundação possui fins não econômicos.

Orienta De Plácido e Silva, (SILVA, 1991, p. 332), que a fundação decorre de constituição de patrimônio ou complexo de bens para servir a certo fim de utilidade pública ou em benefício da coletividade. A EIRELI, por seu turno, explora atividade empresária.

A segunda diferença reside na extensão da manifestação de vontade das pessoas jurídicas, pois enquanto a vontade da fundação é independente da de seu instituidor, na EIRELI confundem-se. Essa é a lição de Gonçalves Neto:

> a fundação desvincula-se totalmente da pessoa de seu fundador, ao passo que a empresa individual de responsabilidade limitada permanece sempre vinculada à pessoa de quem a criou (ou, se outra for, da pessoa a quem pertencer seu capital). A vontade da fundação é própria; a da Eireli confunde-se com a do criador; o patrimônio da fundação desprende-se totalmente da pessoa do instituidor, sem qualquer contrapartida, ao passo que o daquela, conquanto autônomo, mantém-se vinculado à pessoa que for titular do seu capital (GONÇALVES NETO, 2012, p. 163).

Como a empresa individual de responsabilidade limitada não se confunde com a fundação, da mesma forma seus patrimônios não se confundem entre si ou com o decorrente de uma afetação.

Isto porque o patrimônio da EIRELI recebe tratamento próprio decorrente da personificação que é conferida à empresa individual de responsabilidade limitada. Tal personalidade jurídica, no entanto, merece comentário.

4.3 O problema da personalidade da EIRELI: a dupla personalidade e a impossibilidade de conflito com seu constituinte

Gonçalves Neto (2012, p. 162) entende que o patrimônio da EIRELI recebe tratamento próprio decorrente da personificação a ela conferida. E que tal personificação é fruto de simples positivação do direito, visto que foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro a teoria atributiva da personalidade. Mas o doutrinador faz ressalvas a esta opção.

Isto porque a empresa individual de responsabilidade limitada é criada por declaração unilateral de vontade em que seu constituinte transfere, via integralização, parte de seu patrimônio para a novel pessoa jurídica, ocorrendo na prática uma personificação de patrimônio.

Como são indissociáveis as vontades do constituinte da EIRELI, que também é pessoa natural, da vontade da própria EIRELI, estamos diante de uma dupla personalidade: uma da pessoa natural, decorrente do nascimento; outra da pessoa jurídica, decorrente da lei. Vejamos:

> Para muitos autores, a solução de lhe conferir (à EIRELI)[8] personalidade jurídica, embora escape das críticas que são feitas à adoção do patrimônio separado, mostra-se artificiosa, uma vez que confere personalidade jurídica a um patrimônio, que é separado do patrimônio do empresário individual, para nele fazer recair a limitação da responsabilidade e isso, no dizer, dentre outros, de Álvaro Calvo Soriano, nada mais é do que atribuir ao mesmo sujeito físico duas personalidades em sua vida jurídica: a que lhe é inerente em razão do nascimento e a que decorre da lei em puro aditamento da anterior (GONÇALVES NETO, 2012, p. 162).

No entanto, inobstante tal personificação também atingir a fundação criada pela transferência de patrimônio de seu instituidor, no caso da EIRELI essa personalidade jurídica não possui tamanha amplitude.

Esse é o principal problema dessa dupla personalidade: na prática, a EIRELI nunca existirá com plena capacidade.

Divaguemos.

Fábio Ulhôa (COELHO, 2012a, p. 32) aponta a titularidade obrigacional, a processual e a responsabilidade patrimonial como efeitos da personalidade jurídica. Não há dúvida de que a empresa individual de responsabilidade limitada será sujeito de direitos e obrigações em nome próprio; também não restam dúvidas quanto à sua capacidade processual ou sua autonomia patrimonial em relação aos bens de seu constituinte ou do proprietário de seu capital social.

---

[8] Comentário meu.

No entanto, existe uma clara, inconteste e incontornável limitação ao exercício destas faculdades decorrentes da personificação da EIRELI quando se examina a hipótese de contraposição entre interesses da pessoa jurídica e da pessoa física titular de seu capital.

Isto porque, ao contrário do que ocorre no caso da fundação, em que a vontade da pessoa jurídica criada pode ser contraposta à da de seu instituidor, não há maneira técnica ou prática de se admitir o exercício dessa personalidade jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada em face da pessoa natural titular de seu capital social.

Existe uma impossibilidade real de a empresa individual de responsabilidade limitada compor uma relação jurídica com o titular de seu capital, visto que a vontade de ambos sempre coincidirá.

Na prática, os efeitos da personalidade jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada nunca serão notados em face do titular de seu capital social.

Desta feita, resta claro que o caminho trilhado pelo legislador pátrio, que optou por admitir limitação da responsabilidade através da EIRELI traz, como conseqüência, a existência desta capacidade, ou personalidade, parcial.

5. Conclusão

Pelo exposto, podemos concluir que a Lei 12.441, de 11 de Julho de 2011 importa em significativo avanço no direito empresarial.

Moderniza o ordenamento, aproximando-o da figura atual da limitação de responsabilidade do empresário individual.

Diminui a assimetria de riscos suportados por empresários individuais e coletivos que, inobstante poderem concorrer em idêntico mercado, assumem riscos diametralmente opostos.

Por fim, a lei ainda apresenta uma resposta à distorção entre o direito posto e a realidade, freqüentemente verificada em órgãos de registro comercial que admitem a registro pequenas sociedades empresárias vazias de sentido de coletividade.

No entanto, apesar de todos estes avanços, não se pode olvidar que a opção do legislador pátrio por enquadrar a empresa individual de responsabilidade limitada como uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado implica em relativização de alguns institutos caros ao direito empresarial.

Isto porque se não há ressalvas no que diz respeito ao patrimônio da EIRELI, que não se confunde com os institutos do patrimônio de afetação ou do de fundação, o contrário ocorre no que toca a personificação dessa nova pessoa jurídica.

A personalidade jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, inobstante existir e por ela poder ser exercida em quase todos os seus aspectos de capacidade patrimonial, processual e contratual, deverá ser relativizada, eis que é impossível admitir uma relação jurídica entre a EIRELI e o titular de seu capital, visto que a vontade de ambos sempre coincidirá.

6.Bibliografia

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ /ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 1º de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio e Serviços. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa nº 117, de 22 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 nov. 2011. Disponível em: <www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

CRISTIANO, Romano. **Personificação da empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 8: Direito de Empresa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. A empresa individual de responsabilidade limitada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 915, p. 153-180, jan. 2012.

LYNCH, Maria Antonieta. Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 40, p. 215-236, out/dez-2009.

LYNCH, Maria Antonieta. As empresas societárias e a limitação patrimonial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 41, p. 133-151, jan/mar-2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 2. ed. Ver. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**: a cláusula ‘rebus sic stantibus’; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. II.
UNIÃO EUROPÉIA. Décima segunda Directiva 89/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989. Em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio**. Jornal Oficial nº L 395,** Bruxelas, 30 dez. 1989, p. 0040 - 0042. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:PT:HTML>. Acesso em: 30 mar. 2012.

ANTROPOLOGIA E PSIQUIATRIA: FUNDAMENTOS ANALÍTICO-EXISTENCIAIS DAS ARTES CURATIVAS

ANTROPOLOGÍA Y PSIQUIATRÍA: BASES ANALÍTICAS DE LAS ARTES CURATIVAS-EXISTENCIAL

Ramon Mapa da Silva[1]

José Carlos Henriques[2]

Resumo: As ciências devem encontrar apoio em uma antropologia fundante. Na verdade, sempre a possuem, como contexto ampliado de suas pesquisas. Às vezes, nos discursos científicos, uma antropologia de fundo permanece atematizada. Assim, um movimento necessário para a compreensão filosófica das pesquisas e práticas científicas consiste na ativação de um certo processo de apropriação de conceitos que lhe são subjacentes ou, por outra via, de descrição e crítica dos fundamentos. O presente estudo visa apontar os fundamentos analítico-existenciais tomados de empréstimo pela psiquiatria ao movimento fenomenológico, resultando na fundação de uma compreensão holística do humano, quando do diagnóstico e tratamento das patologias. Serão visitados, sobretudo, os inícios daquela vertente que ficou conhecida como *Daseinsanalyse* psiquiátrica.

Palavras Chaves: antropologia; psiquiatria; existencialismo;fenomenologia;heidegger.

Resumen: Las ciencias también deben encontrar apoyo en una antropología. De hecho, siempre, la mantienen, como contexto amplo de su investigación. A veces, en el discurso científico, un fondo de la antropología sigue siendo atematizado. Por lo tanto, una medida necesaria, para la comprensión filosófica de la investigación científica y su práctica, es la activación de un cierto proceso de apropiación de los conceptos que subyacen a ella, o de alguna otra manera, de una acción de describir y criticar los fundamentos. Este estudio señala las bases existenciales de análisis tomados por la psiquiatría en el movimiento fenomenológico, lo que resulta en la formación de una comprensión total de lo humano, cuanto al diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Diremos sobre lo que se conoce como Daseinsanalyse psiquiátrica.

Palabras Claves: la antropología; la psiquiatría; el existencialismo; la fenomenologí;, Heidegger.

[1] Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor do curso de Direito da UNIPAC de Itabirito e da Faculdade Dinâmica de Ponte Nova.

[2] Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto, Mestre em Direito pela UNIPAC de Fora, professor e coordenador do curso de Direito da UNIPAC de Itabirito, professor do curso de filosofia da Faculdade Arquidiocesana de Mariana, FAM e professor titular do curso de direito da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, FDCL.

1. Introdução.

Não é desconhecido o fato de que, já em seus inícios, a filosofia fosse compreendida em proximidade com as temáticas da medicina, das artes curativas. Por isto mesmo, na Antiguidade, se não por todos, ao menos por muitos, a filosofia era percebida sob o signo de medicina da alma, a indicar os corretos caminhos do pensar e do agir, segundo a orientação obtida de seu esforço compreensivo.

De algum modo, esta concepção primeva não desapareceu na trajetória do pensamento Ocidental. Vez por outra se intensifica. Mesmo quando não se debruça sobre as práticas terapêuticas ou preventivas, pode ocorrer que seja a filosofia considerada uma terapia, por exemplo, da linguagem, a expurgar os campos temáticos semanticamente inoperantes ou in-subsistentes.

Enfim, os horizontes da cura não são estranhos ao pensamento filosófico, sobretudo ao antropológico. Um caso particular, que nos interessa agora, neste trabalho, diz respeito às relações que se travaram entre as construções da fenomenologia e o pensamento psiquiátrico.

2. A fundação da *Daseinsanalyse* a partir dos contributos da fenomenologia.

Desde seu aparecimento, o movimento fenomenológico, direta ou indiretamente, trouxe novo alento a muitas ciências. Algumas viram nas teses defendidas pelos fenomenólogos variadas possibilidades, que eles próprios não exploravam às vezes, mas que, se aliadas a outros conhecimentos técnicos, oriundos de áreas específicas da ciência, poderiam se prestar a desenvolvimentos de interesse, figurando assim o pensamento fenomenológico como contexto ampliado de compreensão das dogmáticas científicas.

Nesta direção, um caso típico é o que se passou com a analítica do *Dasein*, desenvolvida por Martin Heidegger em *Ser e Tempo* que, certamente, não fôra por ele pensada para apoiar desenvolvimentos científicos, muito menos para dar suporte a dogmáticas especiais de alguma ciência médica. Na verdade, tinha por fim uma compreensão analítica do ente que se interroga sobre o ser para, por esta via, se aproximar da questão mesma do ser, ocupação recorrente no pensamento heideggeriano.

Entretanto, uma analítica do *Dasein*, tal como exposta por Heidegger, não tardou a comparecer como contexto possível de compreensão do humano, prestando-se como

fundamento apto para revitalizar a psiquiatria e demais ciências curativas, no âmbito da psicologia, nascendo da adoção desta perspectiva a *Daseinsanalyse*.

Não que Heidegger tenha apoiado esta perspectiva, mas foi inevitável que os fundamentos de uma analítica existencial do *Dasein* apontassem para caminhos de revitalização do contexto geral das práticas terapêuticas.

Foi assim que, para os psiquiatras e psicólogos, adeptos e construtores da *Daseinsanalyse*, Heidegger era autor de uma antropologia geral, contexto ideal para ser tomado como apoio de teorias e práticas compreensivas do fenômeno humano e, como tal, paradigma fértil para as referências corretivas dos desvios típicos e patológicos das vias percorridas pelo homem na existência: aquelas detectadas como enfermidades.

Assim, a apropriação da descrição dos modos de ser do *Dasein*, por exemplo para Ludwig Binswanger, se apresentava como um ampliado quadro compreensivo da analítica existencial, uma antropologia fundante, apta a subsidiar as práticas psiquiátricas.

No pensamento deste autor, a psiquiatria encontra fundamentos de fronteira entre uma filosofia antropológico-existencial, a descoberta científica e o tratamento de traumas, neuroses, esquizofrenias e outras patologias, tudo resolvido em um pano de fundo compreensivo da condição humana, a analítica heideggeriana do *Dasein*, aceita como antropologia fundante.

3. Ludwig Binswanger e a *Dasein*sanálise psiquiátrica.

Ludwig Binswanger nasceu em 13 de abril de 1881 em Kreuzlingen, Suíça, de uma família ligada à tradição de estudos na área de medicina e psiquiatria. Obteve a licenciatura na Universidade de Zurigue en 1907. Estudou sob a orientação de Carl Gustav Jung realizando, ainda, pesquisas sob a direção de Eugen Bleuler, compartilhando com eles seu vivo interesse pelo fenômeno da esquizofrenia.

Nos primeiros anos da década de 20, do século passado, Binswanger cultivou um interesse particular pelas obras de Edmund Husserl, Martin Heidegger y Martin Buber, inclinando-se paulatinamente para uma perspectiva existencialista, afastando-se da direção adotada pela doutrina freudiana[3]. A partir dos anos 30, do século XX, firmou-se como o

[3] Por certo, Binswanger não foi influenciado apenas pelos grandes pensadores citados. Principalmente em temas psicopatológicos seguiu, pelo menos em parte, a K. Jaspers. Além disso, comprometeu-se teoricamente com autores de menor envergadura como Wilhelm Zsliasi, sucessor de Heidegger na cátedra, mas sem o talento filosófico do antecessor; apoiou-se ainda em Bleuler, Eugen Minkowski e até mesmo em Werner Jaeger. Aliás, uma das mais contundentes críticas dirigidas a Binswanger se liga ao fato de que seus compromissos teóricos

primeiro terapeuta existencialista, ou pelo menos como o primeiro mais importante dentre os que seguiam aquela mesma orientação filosófica.

Enfim, passando por Husserl, com leve influência de Buber mas, sobretudo, acostado a Heidegger, já nos anos 30, ou seja, ainda muito próximo à publicação de *Ser e Tempo (*obra publicada em 1927, fundamental para a futura *Dasein*sanályse Psiquiátrica), Binswanger se tornava terapeuta, com a pretensão de refundar a psiquiatria, reconstruindo suas bases, ancorando suas idéias no que ele entendia ser seu pressuposto necessário: uma antropologia e uma ontologia que se comunicassem entre si. Entende-se porque foi para Heidegger que, de preferência, se voltou a partir de então.

Apesar das contundentes críticas de Heidegger[4], a analítica existencial por ele intentada em *Ser e Tempo* não tardou manifestar-se a profissionais das ciências psicoterápicas como um conjunto bem arquitetado de teses ontológicas, capaz de servir como alicerce para a reformulação científica da arquitetônica daquelas mesmas ciências.

A reconstrução, no âmbito das ciências terapêuticas, era então pensada como absolutamente necessária e ligada mesmo ao destino de continuidade ou esterilidade das pesquisas no campo da psicologia, da psiquiatria, da psicanálise... Havia necessidade de fundamentos ontológicos, pressupostos antropológicos firmes, enfim, pensava-se numa completa refundação do saber científico sobre o homem para, somente após, pensar as terapias para os males da existência.

Pelo menos dois nomes se destacam nesta tarefa de reconstrução, no campo da psiquiatria: Medard Boss e Ludwig Binswanger. Ambos mantiveram com Heidegger, sobretudo no que diz respeito aos parâmetros analíticos do *Dasein* traçados por este em *Ser e Tempo*, um diálogo fundante.

Poder-se-ia falar, cremos sem exagero, que a psiquiatria Daseinsanalítica ou a Daseinsanályse psiquiátrica[5], fundada pelos pensadores acima indicados, iniciando-se com L.

---

foram muito heterogêneos, costurados com conceitos nem sempre explicitados ou sólidos o bastante, constituindo-se seu pensamento como um eclético mosaico, prescindindo do necessário rigor fundante. Crítica que reputamos excessivamente rigorosa.

[4] Uma amostragem das principais críticas feitas por Heidegger à utilização de sua analítica do *Dasein* para os fins pretendidos por Binswanger, ou seja, como *a priori* ontológico e pressuposto fundante de uma ciência psiquiátrica, pode ser encontrada em LOPARIC, Zeljko. *Binswanger, leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: Rev.Natureza Humana. Número 4, Vol. II. Jul.- Dez. 2002. p. 385-416).

[5] Segundo Zeljko Loparic, a denominação "*Dasein*sanálise psiquiátrica" passou a ser usada por Binswanger a partir dos anos 40, do século passado. Ver Loparic, op.cit. passim. Existe uma Associação Brasileira de Daseisanalyse. Em textos disponibilizados no site desta Associação, colhe-se interessante comentário acerca do termo *Dasein*sanálise. Eis algumas passagens relevantes: *"...O termo "Daseinsanalyse" foi traduzido por "Analyse Existentielle" em francês e "Existencial Analysis" em inglês. Estas denominações, entretanto, passaram logo a abranger divergentes concepções da existência humana e métodos terapêuticos e com isso*

Binswanger, é fruto de uma apropriação dos pressupostos filosóficos da analítica existencial de *Sein und Zeit*, na tentativa de encontrar fundamentos ontológicos para a ciência da psiquiatria que, já aqui adotando um vocabulário heideggeriano, se constitui como ciência ôntica.

Assim, a Daseinsanályse psiquiátrica, como a nomearemos doravante, com fundamento em Heidegger, parte de uma leitura existencial-analítica, para buscar a compreensão dos distúrbios psiquiátricos e da própria atividade terápica, enquanto correção de desvios.

Mais precisamente, os distúrbios (as neuroses, as psicoses, a esquizofrenia...) são modos possíveis da existência, possibilidades concretas do *Dasein*, movimentos que se situam, num plano mais extenso, no projeto inteiro do existir. Neste contexto, também a terapia ganha novos contornos e tem renovada sua função de meio apropriado de cura (*Sorge*). Trata-se do esforço de uma terceira pessoa, o médico psiquiatra, alheia ao projeto desviado do *Dasein*, no sentido de 'fazer ver' ao paciente o desvio e de indicar o recomeço, a possibilidade da ascensão, após a identificação da queda. Com isto, a correção de rota, ou a reconstrução do projeto existencial sob medida, é devolvida ao próprio *Dasein*, a terapia re-introduz o outro do *Dasein* na via do projeto, como indicativo da recomposição de seu caminho.

Enfim, renova-se a psiquiatria. Empoeirados conceitos, mantidos à custa de compromissos teóricos nem sempre esclarecidos, devem ceder espaço a uma bem pensada arquitetura científica, cujo princípio primeiro consiste em dar conta de situar aquela ciência em um bem fundado conceito de homem.

Por isto, é na esperança de encontrar uma antropologia[6] que pudesse fundar, ou mais propriamente, refundar a psiquiatria que os olhos de Ludwig Binswanger descortinam como

---

perderam quase todo o significado. Tentando recuperá-lo, passou-se a manter o termo alemão Daseinsanalyse mesmo em língua estrangeira. As designações de "Análise do Dasein" e "Dasein Analyses" apareceram pela primeira vez na obra de Heidegger - Ser e Tempo – em 1927. Esses dois termos tinham como objetivo denominar a explicitação filosófica dos "existenciais", isto é, das características ontológicas constituintes do existir humano. Heidegger descreveu como "existenciais" a abertura original ao mundo, a temporalidade do homem, sua espacialidade original, sua afinação ou estado de humor, seu estar-com-o-outro, sua corporeidade, palavra criada para traduzir o alemão Leibhaftigkeit, designando a essência específica do corpo do homem vivo (Leib) oposta àquela de um corpo físico (Körper) e seu caráter de ser mortal. A análise desses "existenciais" foi chamada de Daseinsanalytik" Não se indicam, no site citado, os autores dos textos, presumimos sejam produzidos pelos membros da Associação. Os textos citados estão disponíveis em http://www.*Dasein*sanlyse.org, Acesso em 11 de janeiro de 2007.

[6] Como se sabe, já de início, o intuito principal de Heidegger era esclarecer o sentido do Ser enquanto tal. As explicitações do existir humano que aparecem em *Ser e Tempo* devem ser consideradas como uma primeira etapa no caminho de seu pensamento, essencialmente voltado para a ontologia, não como uma definitiva antropologia. De fato, não foi intenção de Heidegger, de pronto, construir uma antropologia. Se a analítica existencial se mostrou necessária, de algum modo, foi em razão do cumprimento de um segundo e mais radical desígnio: pensar, por ela, a questão do Ser. Eis o caráter propedêutico da analítica do *Dasein*, desenvolvida em

promissora a analítica existencial heideggeriana, muito embora faça dela uma leitura diferente daquela que se descortinava para o autor de *Ser e Tempo*.

Assim, na tentativa de revitalizar e refundar a psiquiatria[7], Binswanger adotou boa parte da terminologia e conceitos introduzidos por Heidegger dando-lhes, contudo, um colorido próprio, pensando-os como via de acesso corretiva para os desvios patológicos, diagnosticados como falhas do projeto.

É assim que se promove uma apropriação do modo de pensar de *Ser e Tempo* e de sua peculiar terminologia.

Um dos termos mais significativos do vocabulário heideggeriano, que dá nome à nova forma científica traçada para a psiquiatria renovada, é *Dasein* (literalmente, ser-aí), termo referente ao modo de existência propriamente humano. O termo, no original, carrega consigo conotações sutis: remete à continuidade da existência, à sobrevivência, à persistência, ao estar-lançado... Além disso, a ênfase em uma das partes da composição do vocábulo, *"da"* ou "*sein*", pode remeter, em cada caso, ao sentido de estar no meio de tudo, no grosso das coisas, ou conter uma indicação do tempo, que circunda o existir, que nele sempre se desenrola, autêntica ou inautenticamente.

Para Binswanger, seguindo Heidegger, a propriedade principal do *Dasein* é o cuidado (*Sorge*). O "estar-aí" nunca é uma questão de indiferença: estamos envoltos pelo mundo, nele nos movemos com os outros e conosco. Na vida, podemos fazer muitas coisas mas, descuidar não é uma delas, sob pena de malograr o projeto existencial autêntico. Daí que, descuidar, é uma impropriedade do *Dasein*, um anti-projeto, um possível desvio do projeto livre, que é preciso identificar, diagnosticar e, então, corrigir, tratar, recolocando o *Dasein* na via do ser-si-mesmo autêntico.

Ser e Tempo. O que Binswanger faz é, dentre outras idiossincrasias, ler o texto heideggeriano de *Ser e Tempo* como uma antropologia, de preferência, traindo o intuito (ontológico) que lhe era subjacente, ou pelo menos deslocando-o para segundo plano, em uma evidente inversão. Mas, esta particular leitura de Heidegger aparecerá como aquela que mais prestaria bons serviços à refundação da psiquiatria, por isto a adoção desta via, mesmo que afrontasse as reais intenções de Heidegger.

[7] Como se colhe dos textos do site da Associação Brasileira de *Dasein*sanlyse, "Binswanger considerou que uma "*Dasein*sanalyse Psiquiátrica" traria um novo método de investigação para compreender e descrever, sob um ângulo fenomenológico, as síndromes e os sintomas concretos, distintos e diretamente perceptíveis da psicopatologia, afastando-se do método científico que até então prevalecia na Psiquiatria e na Psicanálise. Seguindo o pensamento de Heidegger, Binswanger dedicou-se a um caminho fenomenológico: julgando não haver nada a procurar atrás dos fenômenos, quis esclarecer, de modo mais diferenciado, os significados e as relações que se mostravam imediatamente a partir deles mesmos". Acessível em http://www.*Dasein*sanalyse.org, acesso em 11 de janeiro de 2007, sem indicação do autor, acesso em 10 de janeiro de 2012.

Vê-se que, a partir de uma leitura muito própria de Heidegger[8] mas, de algum modo, fiel a muitos de seus conceitos, Binswanger busca construir novas possibilidades para a psiquiatria. Pensa trazer novos fundamentos tanto para a ciência psiquiátrica quanto, a partir desta, para a prática de terapias mais consentâneas com a estrutura essencial do humano, com a compreensão do humano em um ampliado horizonte de projeto e de escolha.

3. Renovação da psiquiatria: o sonho, a existência e a possibilidade do malogro.

Foi com o breve artigo "o sonho e a existência", de L. Binswanger, que a *Daseinsnályse* psiquiátrica recebeu seu impulso inicial vindo, após, a ganhar corpo em outras obras do mesmo autor e, de forma algo diversa, mas seguindo as inspirações iniciais, foi desenvolvida por outros pensadores interessados, a um só tempo, em clínica e filosofia.

Dentre os continuadores da inspiração inicial de Binswanger, merecem destaque Medard Boss e seus seguidores na universidade de Zurigue.

Como bem se expressou Z. Loparic:

> apesar das múltiplas referências clínicas, literárias e filosóficas, a estrutura do artigo é relativamente simples. A tese básica é a de que um traço essencial da *estrutura ontológica* do ser humano é o *movimento de ascensão e de queda*. Trata-se de uma única onda vital de forma senoidal, com fases ascendentes ou vitoriosas e descendentes ou malogradas, que acontece sem qualquer participação voluntária do indivíduo no qual se manifesta. Binswanger recorre à filosofia e à mitologia gregas para sugerir que a pulsação da vida resulta de uma força originária de ordem cósmica, pré-pessoal e pré-individual, o que dá à existência humana um sentido também supra-pessoal e supra-individual. [9]

O homem comparece, desde as inspirações iniciais, como capaz de construir uma história própria e de estruturar uma existência isolada, completando o processo de individuação. Os sonhos, no contexto geral da vida, são manifestações desta existência individualizada, somatizada e historicizada, alcançada pelo indivíduo no arco do tempo.

Há uma forma *a priori* do acontecer global, universal, que é preenchida pelo indivíduo nos sonhos. As imagens oníricas, na verdade, revelam como o indivíduo participa, de forma privada e individual, do jogo do acontecer universal. Elas revelam a simpatia, a sintonia do cósmico com o

---

[8] Lê-se no recitado site da Associação Brasileira de *Dasein*sanlyse, o seguinte pertinente comentário, "Binswanger fez uma descrição *Dasein*sanalítica de numerosos casos de esquizofrenia. Afastou-se, entretanto, do pensamento de Heidegger num ponto capital, isto é, achou necessário acrescentar o conceito de "amor" ao conceito heideggeriano de "zelar". (N.T.- Do alemão "Sorge" que significa: cuidar, zelar, preocupar-se, etc...). Não percebeu que nesse termo "zelar", empregado por Heidegger num sentido ontológico, já estavam incluídas todas as formas de relações afetivas, portanto também o amor. Quando reconheceu o próprio engano, deixou de qualificar suas pesquisas como "*Dasein*sanalíticas" e chamou sua nova orientação de pesquisa de "fenomenologia antropológica". Em seguida voltou a se aproximar mais do pensamento de Husserl, o mestre de Heidegger". Ver a referência ao site, constante da bibliografia final.

[9] LOPARIC, Zeljko. *Binswanger, Leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: Natureza Humana, número 4, volume II, jul.-dez. 2002. pp. 385- 416.

individual. Assim, a vida individual, porque sintonizada com o cósmico, mantém-se aberta à infinitude, escapando das simples manifestações individuais, corpóreas e biográficas.

O sonho, assim entendido, comporta significado clínico. De fato, por ele, o médico poderá compreender o sentido das manifestações individuais daquele que sonha, colocando-o em relação com a estrutura *a priori* do acontecer universal.

Na verdade, a importância dos sonhos seria secundária pois liga-se a histórias privadas, a biografias individualizadas. Claro, sua importância está no fato de que pode o conteúdo onírico se prestar à elaboração de diagnósticos, laivos de compreensão da existência individualizada, ponto essencial para o tratamento, a terapêutica psiquiátrica.

Mas, importa conhecer o *a priori* cósmico, a forma universal na qual o sonho se insere. Somente assim o conteúdo do sonho recebe significação real e pode se prestar à descoberta do sentido cósmico da biografia nele revelada.

O significado clínico do ambiente onírico é evidente: descoberto o horizonte universal do *Dasein*, por meio das manifestações individuais do sonho, provoca-se o paciente no sentido de decidir-se a abandonar o seu teatro privado e a participar da vida universal.

Como se vê, as idéias contidas naquele pequeno artigo, já traziam, de forma seminal, as linhas mestras do que, posteriormente, pelo próprio autor veio a ser denominado de "Daseinsanályse psiquiátrica". Constata-se uma reviravolta no modo de pensar a psiquiatria e a sua prática médica específica: não são as biografias, as manifestações individuais da existência, os processos psicossomáticos... aquilo que deve ser o objeto precípuo da análise do psiquiatra e da ciência que lhe confere seu saber. Ao contrário, desvendar as formas universais, as estruturas do mundo que estão por detrás das manifestações individuais é a principal tarefa da psiquiatria e da clínica, sabendo-se que o material onírico é rico suporte para o cumprimento deste objetivo.

Enfim, conforme admitido por Binswanger, há aqui uma revolução copernicana na psiquiatria, constituindo-se a partir desta um seu novo modelo. A este respeito, vale transcrever a abalizada dicção de Z. Loparic:

> em resumo, a principal novidade do artigo aqui comentado é metodológica: a tarefa fundamental da psiquiatria não é de descrever processos psicossomáticos e biográficos singulares — estes têm importância secundária, revelando apenas o lado particular do acontecer universal — e sim formas ou estruturas dinâmicas do mundo, que são a fonte principal das manifestações da vida em geral e, em particular, do material onírico. É essa "revolução copernicana" que, segundo o próprio Binswanger, está na origem da *Dasein*sanályse psiquiátrica (Binswanger 1992/94, p. XXI). [10]

Para frisar esta significante revolução na psiquiatria dando-se, agora, prioridade à descoberta do universal, da estrutura do mundo, da forma *a priori* da existência... destacamos

[10] Loparic, op. cit. p 388.

uma importante passagem do artigo "o sonho e a existência." Após, verificar a presença de variadas imagens oníricas simbólicas e do esforço da poesia por dar-lhes vazão, Binswanger, assim arremata:

> se, na poesia moderna ou clássica, nos sonhos e mitos de todos os tempos e povos, encontramos sempre a águia e o falcão, o milhafre ou o abutre como a personificação não somente de nossa ascensão e de nossa vontade nostálgica de nos elevar, mas também de nosso *Dasein* decadente, isso mostra apenas que a determinação, em termos de ascensão ou queda, constitui um traço essencial da nossa existência. Além disso, este traço fundamental não deve ser confundido com a vontade consciente orientada para o fim de se elevar, ou com o medo consciente de queda, que não são senão reflexos, na consciência, desse traço fundamental. Não a ascensão e a meta concreta da ascensão, para nos atermos a esse ponto, são aqui essencialmente irrefletidas. [11]

Ora, conhecida a ânsia por uma renovação da psiquiatria, a partir de um novo modelo interpretativo que, de preferência, buscasse descobrir as estruturas, o *a priori* da existência, insistimos, entende-se porque a atenção de Binswanger se tenha voltado para Heidegger. É que, apesar dos protestos deste, a analítica existencial realizada em *Ser e Tempo*, para Binswanger, mostrou-se como descrição onto-fenomenológica do *Dasein*, capaz de amparar sua demanda refundadora da ciência e prática psiquiátricas.

Uma importante obra, para a elaboração das teses centrais apresentadas, de forma incipiente em "o sonho e a existência" é "Três Formas da Existência Malograda: extravagância, excentricidade, amaneiramento", de L. Binswanger, que foi dedicada a Heidegger, "em sinal de gratidão." A edição alemã apareceu em 1956, publicada por Max Niemeyer Verlag, de Tubingen. A edição brasileira que consultamos, foi traduzida a partir da primeira edição da obra, e foi publicada, entre nós, em 1977, pela Zahar Editores.

No prefácio, datado de 1955, o autor esclarece que

> os três tratados aqui publicados constituem uma etapa do caminho que leva à compreensão existencial-analítica do decurso e das formas da existência (*Dasein*) esquizofrênica. Nessa medida, constituem uma contrapartida de meus 'Estudos sobre o Problema da Esquizofrenia', publicados no *Schweizer Archiv für Psychiatrie und Neurologie* de 1945 e 1952. [12]

Assim, é partindo de uma problemática específica da psiquiatria, o estudo da esquizofrenia, realizado em um razoável espaço de tempo, ao menos durante sete anos, que Binswanger busca as condições de possibilidade de uma compreensão existencial-analítica do

---

[11] BINSWANGER, Ludwig. *O Sonho e a Existência.* Tradução de Martha Gambini. Revisão de Zeljko Loparic. In: Natureza Humana. Número 4. vol. II, pp. 417-449.

[12] BINSWANGER, Ludwig. *Três Formas da Existência Malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento.* Tradução de Guido A. de Almeida. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1977. p. 9.

Dasein. Já no prefácio, fica claro que há um "quadro mais amplo da estrutura existencial ou do ser-no-mundo, cujo *a priori* foi 'trazido à luz' por Heidegger em sua analítica existencial."[13]

A analítica existencial, então, se evidencia como solo e fundamento ontológico das investigações psiquiátricas, é a partir dela que a sintomatologia da morbidez ganha contornos e significado para o psiquiatra e possibilita a intervenção médico-curativa.

Enfim, a analítica existencial se posta como pano de fundo ontológico capaz de possibilitar a compreensão de formas existenciais específicas, ônticas. Aqui precisamente o giro copernicano na psiquiatria, quando Binswanger não cessa de "apontar para o fundo existencial-ontológico" de suas investigações ônticas.

Para buscar explicitar a significação do malogro da existência, ainda no prefácio, lança-se mão do pensamento de Heidegger. As três formas de existência malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento - são vistas como efetivas possibilidades de ser do *Dasein*, são possíveis formas decaídas deste.

Dos três tratados que compõem a obra, apenas aquele sobre o amaneiramento ainda não havia sido publicado até o aparecimento dos textos reunidos, sendo ali publicado pela primeira vez.

Por tudo, as investigações reunidas na obra, embora ressaltem três diferentes formas de existência malograda, se movimentam num solo comum: a compreensão de modos pelos quais a autêntica movimentação histórica do *Dasein* pode vir a se paralisar, ou a chegar ao fim.[14]

No contexto geral do pensamento binswangeriano, "Três Formas da Existência Malograda" constitui uma amostragem paradigmática do novo modelo de compreensão dos fenômenos psiquiátricos: buscar o solo existencial-analítico, ontológico, da sintomatologia da morbidez. Ainda deve ser lembrado que, na obra em comento, o autor, de maneira mais ligada a seu ofício de médico, tentou uma apropriação instrumentalizadora do pensamento de Heidegger para a compreensão dos modos de ser decaídos do *Dasein*.

As enfermidades, de um ponto de vista antropo-analítico-existencial, são possibilidades de malogro da existência, enquanto projeto que esta sempre é.

Malograr é falhar, é frustrar. O ser-aí pode abdicar das possibilidades de seu ser, agarrá-las, equivocar-se ao tentar fazê-lo, extraviar-se ou equivocar-se a respeito de si mesmo.

---

[13] Binswanger, op. cit. p. 9.

[14] A este respeito, veja-se o prefácio da obra, passim e, sobretudo, p. 10.

É assim, adotando a terminologia heideggeriana, que se explicita o sentido do malogro, da falha, do desvio existencial do ser-aí.

As formas do malogro da existência, por certo, não se esgotam na indicação da excentricidade, extravagância e amaneiramento. Estas três são modos malogrados de existir, mas não são os únicos.

Malograr é, em última análise, encalacrar, 'chegar a um fim', ou ficar enrascado em um determinado momento da autêntica movimentação histórica da existência. É como se, o *Dasein*, de repente, em um dado momento da existência, se estagnasse, tomasse um caminho errado, nele se mantivesse e se perdesse, malogrando a comum movimentação do existir. Este o sentido do malogro: chegar a um fim, perder a *comunio*, a *comunicatio*, viver em si, ensimesmando-se, tornando-se intratável, só e a seu modo.

As formas esquizofrênicas, patológicas, indicam a frustração da permanência de um projeto, de um livre domínio de si e do que nos cerca. O malogro, a falha, é a decadência, o desvio não autorizado pelo projeto ou que, tendo sido tomado, apoderou-se do sujeito e fez-se nele mais que o projeto todo, fê-lo tomar a parte, o desvio, pelo todo e nele se manter como se tal fosse o corriqueiro e desejado fim do existir. Retornar à via do todo, do projeto e do domínio sobre ele é a tarefa a que deve se entregar a arte curativa.

Em uma passagem esclarecedora, apontando as recitadas três formas de malogro, como ameaças imanentes da existência humana e, ao mesmo tempo, apontando para o sentido do malograr, afirma Binswanger:

> a extravagância, a excentricidade, o amaneiramento constituem, como ressaltamos repetidamente, uma tríade *sui generis*, mas em si mesma diferenciável, de possibilidades do malogro da existência humana. Ou seja – para expressá-lo da maneira mais genérica possível – de um malogro no sentido de uma maneira determinada, a se descrever mais pormenorizadamente, pela qual a autêntica movimentação histórica do ser-aí pode ficar presa ou chegar a um fim em cada caso. [15]

Enquanto aberta a potencialidades, ou seja, enquanto projeto, o *Dasein* pode ir longe demais e extraviar-se. O Ser-aí projeta-se na amplitude, sendo metáfora apropriada para se referir ao projetar-se o *subir*, subir à altura do projeto. Por certo, também poderá desviar-se do caminho ou extraviar-se na subida. Aí o tema recorrente da ascensão e queda. A existência projeta-se para ascender, para subir. A queda é o desvio, forma frustrada de realização efetiva do *Dasein.*

[15] Binswanger, op. cit p. 169.

5. Considerações finais.

Não obstante as objeções de Heidegger, pode-se concluir que a leitura que Binswanger faz da analítica existencial de *Ser e Tempo*, bem se prestou à refundação da ciência psiquiátrica e da prática clínica a ela correlata. De fato, carente até então de fundamentos ontológicos (segundo julgamento do próprio Binswanger) a psiquiatria oscilava entre expressões triviais, a partir da linguagem cotidiana, empacando, 'malogrando-se' enquanto forma científica de conhecimento.

Então, para a psiquiatria, enquanto ciência e prática terápica, "a ontologia do ser-aí trouxe à luz uma estrutura essencial apriórica, juntamente com elementos estruturais essenciais (os 'existenciais') que permitem ao psiquiatra investigar e descrever as formas mórbidas a serem investigadas e descritas por ele como modificações fáticas dessa estrutura apriórica".[16] Foi e, a nosso juízo, permanece sendo, um passo importante na busca pelos fundamentos da psiquiatria. Tudo mediante uma abordagem de fundo antropológico, tal como nos foi apresentada por Heidegger, ao menos como o compreenderam Binswanger e seus seguidores.

6. Bibliografia

BINSWANGER, Ludwig. *Rêve et existence.* Desclée Debrouwer: Paris, 1954. Tradução brasileira In: Natureza Humana

_____, Ludwig. *Três formas da existência malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento*. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1977.

BOSS, Medard. *O caso da Dra. Cobling*, In: *Natureza humana*, v. 1, n. 1, jan-mar 2001. pp. 139-73.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Volumes I e II. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Vozes: Petrópolis, 1994

_____, Martin. *Seminários de Zollikon*.Tradução de Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Vozes: Petrópolis, 2001.

LOPARIC, Zeljko. *Heidegger and Winnicott*, *Natureza humana*, v. 1, n. 1, abril-junho de 1998. pp. 103-35.

_____, Zeljko. *Além do inconsciente — sobre a desconstrução heidegegriana da Psicanálise*. In: *Natureza humana*, v. 3, n. 1, jan-mar de 2001. pp. 91-140.

[16] Ver, Binswanger, op. cit. 188.

_____, Zeljko. *Binswanger, leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: Rev.Natureza Humana. Número 4, Vol. II. Jul.- Dez. 2002. p. 385-416).

PICCINO, Josefina Daniel. *Críticas de Martin Heidegger à Daseinsanálise psiquiátrica de Ludwig Binswanger*. Dissertação de Mestrado, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica, PUCSP. 2002.

O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO HUMANO

THE ENVIRONMENT AS A HUMAN RIGHT

Fernando Cristian Marques[1]

Renan Carlos Antunes[2]

Lívia Rosa Franco[3]

Resumo:A preocupação com o Direito Ambiental, a partir da consideração do Meio Ambiente como um Direito Humano/Direito Fundamental, está em ampla discussão e o crescimento. Neste contexto, pretende-se apresentar o significado e o histórico dessa precaução. Para isso, analisar-se-á em nível internacional e nacional o processo histórico que contribui para o moderno Direito Ambiental ser classificado como Direito Fundamental de 3ª Dimensão.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Direito Ambiental. Direito Humano. Direito Fundamental de 3ª Dimensão.

Abstract: The concern for Environmental Law, from the consideration of the Environment as a Human Right, is in extensive discussion and growth. In this context, we intend to present the meaning and history of this concern. For this, we will present the international and national historical process of this concern that contributes to the Modern Environmental Law be classified as a Human Right.

Keywords: Environment. Environmental Law. Human Right. Right of 3rd Dimension.

[1] Graduando do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito.
[2] Graduando do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito.
[3] Professora Adjunta de Direito Ambiental I e II da UNIPAC Itabirito. Mestre em Teoria do Direito pela PUCMINAS.

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes precursores para a defesa da vida humana em harmonia com o Meio Ambiente foi o ensaísta, naturalista, poeta e filósofo Henry David Thoreau. Seu livro *Walden ou A vida nos Bosques* retrata o período de dois anos em que o autor morou na floresta tentando viver em perfeita harmonia com a natureza, defendendo uma vida fora do sistema capitalista. Em detrimento da sua objeção ao capitalismo, Thoreau não pagava impostos, tendo sido por este motivo preso algumas vezes. O curioso é que uma vez solto Thoreau se embrenhava na floresta e voltava a dedicar-se a seus escritos. Em uma passagem do seu livro comentando o fato o autor afirma que ia para a floresta "expulsar tudo o que não fosse vida". (THOUREAU, 2007, p.1) Neste sentido, defende que a proteção ao Meio Ambiente é fundamental para a existência vida humana, sendo por isso considerado um dos precursores da ecologia.

A preocupação com o impacto do homem no Meio Ambiente também foi defendida após estudos envolvendo o uso de pesticidas químicos. Em 1962, Rachel Carson publicou o seu livro *Primavera Silenciosa (Silent Spring)* onde divulgou o impacto que o uso dos pesticidas químicos usados em lavouras causou tanto na saúde humana quanto no meio ambiente dos Estados Unidos. (BURSZTYN; PERSEGONA, 2008, p. 122). A população norte americana, sensibilizada pelos dados apresentados pela bióloga, se despertou para o risco que a atividade econômica desenfreada pode gerar ao meio ambiente. Um reflexo deste estudo foi o controle pelos governos do uso de alguns pesticidas como, por exemplo, o DDT (Dicloro-Difenil-Tricloroetano).

Outro fato, que também contribui para a expansão da preocupação com Meio Ambiente, foi a divulgação da primeira foto da Terra vista do espaço, na noite de natal do ano de 1968, pela missão Apollo 8 da NASA. Esta foto provocou nos cidadãos a reflexão de que a Terra é a casa de todos, sendo dever a proteger para as presentes e futuras gerações.

Vislumbra-se que a partir do final da década de 60 o movimento ambiental tomou forma, principalmente com o despertar da consciência mundial sobre os impactos da ação humana[4] no mundo. (AL GORE, 2006)

As bases do pensamento ecológico mundial atualmente estão em amplo crescimento. Fatos como os mencionados acima contribuíram para a consagração do Meio Ambiente como um Direito Fundamental, mas não será o objeto deste estudo analisá-los separadamente. Aqui,

[4] Sugere-se ao interessado no assunto que assista ao documentário *Uma verdade inconveniente*, de Al gore, que foi produzido pela Paramount Vantage em 2006.

apresentar-se-á o histórico dessa consagração a partir das principais Conferências das Nações Unidas (ONU) relacionadas ao Meio Ambiente.

2. A PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE A PARTIR DAS CONFÊRENCIAS DA ONU

No esteio ideológico perpetrado por eventos como os acima mencionados no final da década de 1960 é que as visões ambientalistas tiveram divulgação. Mas foi em 1972, que a causa ambiental ganhou projeção global, quando a ONU realizou a primeira Conferência Mundial tendo como centro a preocupação com o uso saudável e racional dos recursos naturais do planeta.

Sendo assim, ocorreu em 1972 a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo na Suécia. Essa Conferência resultou na criação da *Declaração de Estocolmo* que contém princípios que estabeleceram as bases para que o homem possa cuidar do Meio Ambiente, o qual foi elevado ao nível de Direito Humano/Direito Fundamental, ou seja, adquiriu status de elemento essencial ao bem estar da vida humana. É este o conceito de Meio Ambiente que será adotado neste trabalho, fundamentado na Declaração de Estocolmo que afirma que:

> "O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do Meio Ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para se desenvolver intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do Meio Ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma." (ESTOCOLMO,1972)

Diante do desenvolvimento da tecnologia que propicia ao homem a possibilidade de alterar o meio em que vive de maneira irreversível a população mundial chegou à conclusão de que era necessário traçar limites a esta atuação do homem. O Meio Ambiente, então, passou a ser considerado elemento essencial para a formação do homem e relacionado diretamente ao Direito à vida digna.

Assim, o homem é considerado o único ser vivo capaz de administrar o futuro do bem ambiental, cabendo-lhe preservar a flora, a fauna, os seres inanimados e todos os seres vivos

que compõem a natureza[5]. Neste sentido, vale destacar um dos trechos da Declaração da Conferência da ONU em 1972, que afirma que:

> ‘‘Chegamos a um ponto na história em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para às consequência ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um Meio Ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humanas’’. (ESTOCOLMO, 1972)

Desta forma, a partir de 1972 a ONU reconheceu o Meio Ambiente como Direito Humano/Fundamental e com o passar do tempo os países que participaram da Conferência foram introduzindo esta nova visão nos seus ordenamentos jurídicos. Ainda, em Dezembro do mesmo ano, a ONU criou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) que ficou responsável por coordenar os trabalhos da ONU referentes ao ambiente global. O PNUMA é responsável por administrar os conflitos e catástrofes ambientais, a gestão dos ecossistemas, a governança ambiental, o uso das substâncias nocivas, o cuidado e uso dos recursos naturais e as mudanças climáticas no cenário internacional.

Em 1983 a ONU convocou uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, que após cinco anos de trabalho publicou, em 1987, o Relatório que ficou conhecido por *Nosso Futuro Comum* ou *Relatório Brundtland*. Este último nome foi dado em homenagem à Médica Gro Harlem Brundtland que foi integrante dessa Comissão e criou o termo desenvolvimento sustentável, o qual foi definido como “o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”. (BRUNDLAND, 1987).

Outra Conferência realizada pela ONU que merece destaque foi a RIO 92, também conhecida como Cúpula da Terra, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, que teve como objetivo traçar as diretrizes para que os países possam efetivar os tratados e declarações internacionais sobre o Meio Ambiente tutelados pela ONU. A partir do conceito de desenvolvimento sustentável foi elaborado um diagrama de sustentabilidade do planeta terra.

Segundo Fabiano Melo, esta Conferência é o ápice da preocupação ambiental mundial, nela foram produzidos os seguintes documentos internacionais: a Declaração do Rio sobre o

[5] Nesse tocante, salienta Diogo de Freitas do Amaral, citado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que já não é mais possível considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo do próprio homem. A natureza tem que ser protegida também em função dela mesma, como valor em si, e não apenas como um objeto útil ao homem. A natureza carece de uma proteção pelos valores que ela representa em si mesma, proteção que, muitas vezes, terá de ser dirigida contra o próprio homem. (AMARAL *apud* FIORILLO, 2010).

Meio Ambiente e Desenvolvimento; Agenda 21; Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima; Convenção sobre Diversidade Biológica ou da Biodiversidade. (MELO, 2010, p.28)

Merece lembrar que em 1997 foi realizada uma Conferência da ONU em Kyoto, que estabeleceu a obrigatoriedade da redução de gás carbônico. A partir dela foi elaborado o Protocolo de Kyoto que definiu metas aos países obrigados a reduzir emissão de gases poluentes.

A próxima Conferência da ONU a ser lembrada foi a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, também chamada de RIO +10, ocorrida em Johanesburgo na África do Sul. Nela se buscou confirmar os princípios das outras conferências, implementar as metas e compromissos da Agenda 21 em ações concretas, com três objetivos principais, a saber: erradicar a pobreza, mudar os padrões de consumo e produção da população e proteger os recursos naturais. (MELO, 2010, p. 29)

As Conferências acima citadas foram escolhidas para ilustrar o presente trabalho. Entretanto, frisa-se que existem outras que também são importantes para o desenvolvimento do Direito Ambiental, mas que aqui não serão mencionadas. O que agora se pretende é analisar as suas influências no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil desde a época do Império já possuía leis que protegiam alguns recursos naturais do Meio Ambiente, entretanto, o objeto dessas leis visava atender ao interesse privado, que num primeiro momento foi o de garantir o monopólio da exploração pela coroa portuguesa, mas que com o passar dos anos passou a garantir o interesse dos proprietários, sejam particulares ou não.

Somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que a ideia da Declaração de Estocolmo de 1972 passou a fazer parte do texto constitucional, que adotou o conceito de Meio Ambiente como Direito Fundamental/Humano[6].

Nesta o legislador constituinte criou um capítulo inteiro dedicado à tutela do Meio Ambiente, fato inédito na história das constituições brasileiras. Por isso, Luiz Paulo Sirvinskas afirma que o Direito Ambiental está todo calcado na Constituição Federal de 1988, que foi a primeira a inserir a expressão “Meio Ambiente”, colocando-a em destaque em capítulo próprio e dentro da ordem social, diante de sua importância internacional. (SIRVINSKAS, 2012, p.147-151)

[6] A título de ilustração apresenta-se legislação referente ao meio ambiente, que continha a leitura à luz do direito privado: O Código Criminal criado em 1.830 tipificou o corte ilegal de madeira; a Lei 601/1850 proibiu desmatamentos e incêndios criminosos; o Código Florestal de 1.934; o Código das Águas e o Código de Pesca de 1938; código de Caça de 1.943; código de Minas de 1.940; Estatuto da Terra de 1964; Lei de Proteção a Fauna de 1965; Código de Pesca e de Mineração de 1967.

Entretanto, antes da matéria merecer capítulo constitucional já havia uma lei infraconstitucional que seguia as diretrizes da Conferência de Estocolmo, a saber, a Lei 6938/81, que é considerada a lei "mãe" do direito ambiental, que norteia a aplicação dos outros diplomas legais, estabelecendo objetivos, princípios e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). (MELO, 2010, p.65-76)

Deste modo, a partir da nova leitura do Meio Ambiente é estabelecido um novo sentido do Direito Ambiental, pois também passa a fazer parte dos direitos fundamentais. A partir dessa preocupação enquanto direito mínimo e coexistencial, têm-se um novo paradigma constitucional que abrange todos os seres vivos e inclusive o homem.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a grande expectativa dos cidadãos brasileiros que ainda acompanharão neste ano de 2012 a próxima Conferência da ONU, que novamente será sediada no Rio de Janeiro, sendo denominada de Rio + 20.

Este evento pretende fortalecer o compromisso político com os Estados que irão participar da Conferência, cujo sumário (rascunho zero) prevê temas que englobam a economia verde, a política de governança, os aspectos sobre o multiculturalismo, o acesso ao Poder Judiciário em matéria ambiental, o estudo de impacto socioambiental, a revisão dos índices de sustentabilidade, e o limite à capacidade de suporte planetária, entre outros.

Sob o aspecto terminológico, a economia verde é definida como aquela que proporciona uma igualdade de bem estar social em prol de toda humanidade. Neste viés, salienta Ricardo Stanziola Vieira que:

> "A Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo elaborou um documento que define a economia verde como sendo: (...) uma agenda de desenvolvimento que propõe uma transformação na maneira de se encarar a relação entre crescimento econômico e desenvolvimento, indo muito além da visão tradicional do meio ambiente como um conjunto de limites para o crescimento ao encontrar nas mudanças climáticas e no escasseamento ecológico vetores para um crescimento mais sustentável.
> É uma forma de trazer a sustentabilidade, tão frequentemente e equivocadamente tratada como tema do futuro, para um patamar de objetividade e pragmatismo que evidencia as vantagens econômicas e sociais da aliança entre inovação e melhora de qualidade ambiental". (VIEIRA, 2012, p. 55)

Quanto aos desafios da Governança (Sócio) ambiental Global, pretende-se discutir a necessidade de uma Instituição Mundial do Meio Ambiente, com a finalidade de desenvolver debates em matéria ambiental. Nesse passo, é caracterizado um novo direito da sustentabilidade, em que o Direito Ambiental se aproxima da análise cumulativa com o indivíduo, ou seja, na Rio + 20 acredita-se que será possível o estudo aprofundado dos efeitos da mudanças climáticas provocados na sociedade.

Ricardo Stanziola Vieira defende que é preciso apontar a importância da Justiça Ambiental na Rio + 20, pois da forma que a sociedade administra os recursos tecnológicos acaba contribuindo para uma ruptura paradigmática entre a Ciência e o Direito, pelo qual a tecnologia está se distanciando da proteção do Meio Ambiente enquanto Direito Fundamental. Para isso, afirma que ideia de Justiça Ambiental deve ser entendida como:

> "o conjunto de princípios e práticas que: a) Asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
> b) Asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do pais;
> c) Asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhe dizem respeito;
> d) Favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso". (VIEIRA, 2004, p. 14-25)

Nesse sentido, espera-se que a Rio + 20 contribua para o desenvolvimento do Direito Ambiental. Mas, antes de analisar a atual classificação do Direito Ambiental, ainda se faz necessário apresentar os possíveis significados do Meio Ambiente, principalmente no Brasil a partir da Constituição da República de 1988. É o que será feito no próximo capítulo.

3. CLASSIFICAÇÃO DO MEIO AMBIENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que se possa analisar o conceito de Meio Ambiente a partir do texto da Constituição Federal de 1988 é necessário compreender as suas principais concepções existentes. Em primeiro lugar, é necessário explicar que palavra concepção no contexto aqui empregado significa "conceito". Sendo assim, existem dois conceitos majoritários, empregados pelo homem sobre o Meio Ambiente e sua relação com este.

A primeira concepção é a antropocêntrica. Sua origem remonta da Grécia Antiga onde os filósofos Gregos diziam ser o homem: "A medida de todas as coisas" (REALE, 2006, p. 322). O núcleo de sentido aqui é o humano, seu bem estar e desejos são colocados acima de tudo que se relaciona com ao homem, que é o parâmetro de todas as coisas. A relação desta concepção com o Meio Ambiente faz com que o homem se aproprie dos recursos ambientais para si, sem preocupar com os demais seres vivos. Não há preocupação com o

desenvolvimento sustentável, com a renovação dos recursos naturais ou com o habitat e outras necessidades de outros seres vivos.

A outra concepção é a biocêntrica. Tal concepção coloca todos os seres vivos no centro das relações e não mais unicamente o homem (VARELLA, 2003, p. 25). A utilização do Meio Ambiente é alargada a todos numa tentativa de suprimir todas as necessidades sem comprometer a flora, a fauna, os recursos hídricos ou qualquer recurso natural, pois os mesmos são fontes de alimentação e também servem de habitat de várias espécies que agora também são abarcadas por esta preocupação.

A concepção inscrita no texto Constitucional de 1988 é intermediária, sendo por isso, para alguns doutrinadores, denominada de "antropocentrismo alargado", onde não apenas o homem figura como centro de relação com o Meio Ambiente, mas os demais seres vivos também. Aqui não há uma relação de superioridade do homem em relação aos outros seres, entende-se que deve haver uma simbiose, um equilíbrio nas relações, pois o homem depende dos outros seres vivos para viver, como as plantas e os animais. (LEITE FILHO, 2004, p. 298)

Assim, o texto constitucional recepcionou o conceito do Meio Ambiente previsto no art. 3, inciso I da Lei 6938\81. Em face desta tutela a Constituição Federal além do Meio Ambiente natural protege o Meio Ambiente: artificial, do trabalho e o cultural[7]. Neste sentido, o primeiro é composto pelos elementos que formam e condicionam a vida na Terra. Ou seja, como um equilíbrio entre a natureza e os seres vivos[8]. Neste sentido, afirma-se que:

> "Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não seja relacionado com os recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai alem dos limites fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui então um detalhamento do tema, de um lado com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pela água, pelo ar, ela energia, pela fauna, pela flora, e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ecossistemas naturais e ecossistemas sociais." (MILARÉ; BENJAMIN, 1993, p. 52-53)

[7] A divisão do Meio Ambiente em aspectos que compõem busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o Direito Ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do Meio Ambiente em que valores maiores foram aviltados. E com isso encontramos pelo menos quatro significativos aspectos: Meio Ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. (FIORILLO, 2010, p.71).

[8] Assim, aduz Odum citado por Paulo Affonso Leme Machado, a definição federal é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege. No entendimento de Odum estão abrangidos as comunidades, os ecossistemas e a biosfera. (ODUM *apud* MACHADO, 2010, p.55).

O texto Constitucional se coaduna com o que os autores acima dizem. A concepção biocêntrica já foi ultrapassada e o texto Constitucional Brasileiro adotou o pensamento moderno acerca de Meio Ambiente. Sendo assim, a Constituição e toda uma série de normas infraconstitucionais pautaram neste caráter múltiplo. Cumpre aqui destacar as demais classificações de Meio Ambiente:

O Meio Ambiente Artificial é formado pelo conjunto de edificações e tudo aquilo que constitui o espaço urbano, protegido pelo capítulo referente à política urbana da Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade.

Já o Meio Ambiente Cultural são os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, inclusive com as criações científicas, artísticas e tecnológicas e às demais manifestações culturais[9].

Por outro lado, o Meio Ambiente do Trabalho é constituído pelos bens móveis e imóveis em que as pessoas desempenham suas obrigações. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 200, inciso VII da CF) [10].

Os processos de fortalecimento e pesquisas constituíram um conceito substancial de Meio Ambiente, sendo a questão da cultura ambiental formada a partir da evolução tecnológica. Diante desta concepção, a característica peculiar do Direito Ambiental é definida numa ideia que abarca as ações sociais e culturais do homem, enquanto Meio Ambiente histórico, paisagístico, turístico e artístico, pois:

> O meio ambiente é tratado ainda na Constituição, ao discriminar as competências dos entes federativos (art. 2, VI e VII; art. 24, VIII); ao estabelecer os princípios da ordem econômica e financeira (art. 170, VI; art. 174 § 3); ao inserir o ambiente de trabalho no conceito de meio ambiente (art. 200, VIII), e ao incluir no conceito de patrimônio cultural brasileiro os sítios de valor arqueológico (art. 216,V) (CARVALHO, 2008, p. 1217).

A partir dessa nova visão constitucional a ideia central é proteger o Meio Ambiente como um Direito Humano. Assim, acredita-se que a sociedade deve se recepcionar essa nova

---

[9] Nesse entendimento, salienta José Afonso da Silva citado por Fiorillo Celso Antônio Pacheco que o Meio Ambiente Cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial. (FIORILLO, 2010, p.73).

[10] Salienta Paulo Affonso Leme Machado, o Direito Ambiental é um sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito Florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação. (MACHADO, 2010, p.54-55).

interpretação que é ampla, sendo incompatível conceituá-lo apenas como o conjunto de bens naturais.

4. CONCLUSÃO: MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO HUMANO/FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO

A partir da leitura constitucional acima apresentada, conclui-se que o Meio Ambiente ao atingir status de Direito Humano e ao ser inserido no texto da Constituição de 1988 se tornou um Direito Fundamental, que pode ser classificado de 3ª Dimensão. Esta categoria dada vem de uma progressão histórico-jurídica, na qual, o Estado foi adquirindo outras facetas e o ser humano conquistando novos Direitos Fundamentais. Para isso será, ainda que brevemente, mencionada essa progressão.

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão se traduzem na expressão da liberdade. Eles foram baseados nos ideais da Revolução francesa, que visou afastar os privilégios do Estado interventor. Para isso, asseguram as liberdades e garantias individuais a fim de impedir intervenções arbitrárias do Estado. São exemplos desses direitos liberais os direitos: à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à igualdade no que tange às garantias processuais e os relacionados a uma postura de não agir do Estado. Assim, a primeira faceta foi o Estado Liberal.

Ao longo do tempo, o Estado viu que tal modelo não atendia mais o interesse de parte da população, com isso o Estado passou a intervir nas relações protegendo interesses privados, em face disso surgiram os Direitos de segunda dimensão, também os chamados Direitos Sociais. Esses direitos surgiram principalmente após a 2ª Guerra Mundial com o advento do Estado Social, e foram, pioneiramente, inseridos nos textos da Constituição de Weimar e da Constituição Mexicana. Tem-se como exemplo desses direitos: os econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva.

Já a terceira dimensão está presente nos Estados Pós-sociais e Democráticos de Direito. Nela os direitos fundamentais transcendem o homem-indivíduo para atingir outros grupos da sociedade. São exemplos: o direito ao meio ambiente sadio, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável, o patrimônio comum da humanidade, o direito a paz.

Ainda, pode-se classificar esses novos Direitos Fundamentais como Direitos Difusos, que transcendem a qualidade individual do homem pelo qual prevalece a supremacia do

coletivo. Sendo compartilhada entre o Poder Público e a Sociedade a responsabilidade de preservá-los e defendê-los, resguardando o Meio Ambiente inclusive para as futuras gerações.

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que esses direitos se caracteriza por "interesses que ultrapassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva". (MANCUSO *apud* FIORILLO, 2010, p.54)

O Ministro Celso de Mello também definiu o Meio ambiente, a partir da classificação dos Direitos Fundamentais, como:

> "um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações".[11]

No mesmo sentido, na Constituição Portuguesa prevalece à proteção do meio ambiente como Direito Humano/Fundamental de terceira dimensão. Assim prevê o seu texto constitucional:

> "Todos tem direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender"; "Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão, b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilíbrio desenvolvimento socioeconômico e paisagens biologicamente equilibradas; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de receio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da Natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica" (art.66-1 e 2 da Constituição de Portugal).[12]

Portanto, conclui-se que a Constituição da República Federativa do Brasil também recepciona o Direito Ambiental como um Direito Humano/Fundamental. Uma vez que o Direito ao Meio Ambiente é de cada pessoa, ou seja, é de todos os seres humanos, mas não se pode dizer que ele é individualizado, não se esgotando numa só pessoa, mas dirigido à toda coletividade, que pode inclusive ser futura e indeterminada.

---

[11] MS 22.164-0-SP, J30. 10.1995, DJU 17.11.1995. V. José Adércio L.Sampaio, A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p.701.

[12] MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 18 ed. Malheiros editores, 2010, p130.

5. BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BURSZTYN, Marcel, & PERSEGONA, Marcelo. **A grande Transformação ambiental: uma cronologia da dialética do homem com a natureza**. 1 ed. Rio de Janeiro, Editora Garamond, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CARLSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. 1 ed. São Paulo, Editora Gaia, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 14. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008.

DIREITOS Humanos na Internet. **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano 1972**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>. Acesso em 09 mai. 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, L. R. Direito objetivo e direito subjetivo In: **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. 1 ed.São Paulo : Ltr, 2011, v.1, p. 122-124.

FRANCO, L. R., ANDRADE JUNIOR, G.S., MARTINS, M. R. O Patrimônio Mínimo como Paradigma do Estado Democrático de Direito na Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana In: **6º Seminário de Pesquisa e Iniciação Científica da Universidade Fumec**, 2008, Belo Horizonte.

FRANCO, L. R., TAVARES, F.H. Legislación Brasileña en Derecho de la Salud y de Bioética. In: **Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Camares, 2010.

FRANCO, L. R., **BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA.** 2011. 94f. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GORE, Al. **Uma Verdade Inconveniente: O que devemos saber (e fazer) sobre o Aquecimento Global**. 1. ed, São Paulo, Editora Manole, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** 1 ed., São Paulo, Editora Manole, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antonio Hermann. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação**. 1. ed., São Paulo, Editora RT, 1993.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de Oliveira. **Difusos e coletivos: direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

ONU BRASIL. **A Onu e o Meio Ambiente**. Disponível em: http: <www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 09 mai. 2012.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. v.3, 4. ed. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

THOREAU, Henry David. **Walden ou A vida nos bosques**. Tradução de Astrid Cabral. 7ed., São Paulo: Editora Ground, 2007.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Revista NEJ Eletrônica.** Vol.17. jan- abr 2012. Disponível em: http: < www.univali.br/periodicos>. Acesso em 09 mai. 2012.

A INELUTÁVEL INTERFACE ENTRE A REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

THE INEVITABLE PROXIMITY BETWEEN THE REPEAL OF DONATION AND THE CRIMINAL LAW

Hugo Rios Bretas[1]

RESUMO: A partir de uma análise teórica e dogmática, objetiva-se transmitir a absoluta necessidade de a ciência do Direito Civil se abrir para a ciência do Direito Penal no que tange a revogação da doação. Em razão disso, tão somente com a interface entre os dois ramos será possível a harmônica e coerente hermenêutica da problemática que protagoniza este trabalho.

Palavras-chaves: Revogação da Doação; Direito Civil; Direito Penal

ABSTRACT: Through a theoretical analysis and dogmatic, the objective is to convey the absolute necessity of the science of civil law is open to the science of criminal law on the revocation of the donation. then, just with the interface between the two branches will allow the harmonic and coherent hermeneutic problem that protagonize this work.

Keywords: Repeal of Donation; Civil law; Criminal law

1.Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela PUC-Minas. Professor de Direito Civil e Empresarial da UNIPAC, PUC-Minas e dos cursinhos preparatórios para concursos da ESNOR. Parecerista da Revista brasileira de Estudos Constitucionais.

1.Introdução

Inicia-se a reflexão atestando que a interface aqui perseguida, comumente e lamentavelmente é objeto de repúdio pelos teóricos. Em razão disso, emerge a problematização desta complexa interface, de forma a chamar a atenção dos interlocutores, para a “atecnia” estranhamente presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Já se ventila fortemente, em sede axiológica, que a criação de um sistema exige a constatação de que o Direito é uma ciência social aplicada que perpassa por outros ramos do saber, tais como a sociologia, política, medicina, biologia, filosofia, psicologia, conforme pondera Tércio Sampaio (2008).

O ordenamento jurídico, conforme analisa Felipe Augusto de Miranda Rosa (2001), deve acompanhar distintas variáveis sociais para atingir a sua coerência. Ora, o Direito é projetado no tempo e no espaço, sob pena de a efetividade desta ciência ser afastada.

Em outras palavras, acreditar que o Direito é uma ciência, que exaure todas as expectativas sociais sem ser projetado para outros âmbitos da sociedade, é um atentado. É subestimar a profundidade desta ciência.

Assim como, não há como negar a premente necessidade de intercambiar, de confrontar, de complementar, de promover um diálogo entre distintos ramos do Direito. Neste artigo, em especial o Direito Civil, nos contratos em espécie e propriamente o Direito Penal.

E será a partir da constatação de que o Direito Civil, no âmbito do contrato de doação não consegue atingir completude, que este artigo se justifica.

2. Reflexão Propedêutica acerca dos princípios civis

A principiologia civil tem longa trajetória histórica. E em razão das modificações da sociedade, a principiologia clássica, muito mais condizente com um Estado liberal e mínimo, mereceu nova roupagem na principiologia moderna. Nesse sentido Francisco Amaral sopesa que o princípio da autonomia privada tem sido objeto de revisão crítica, em razão da nítida intervenção do Estado.

Segundo César Fiúza (2008), a principiologia clássica comportava os princípios do “pacta sunt servanda” (os pactos devem ser cumpridos), intimamente contemplado ao princípio da obrigatoriedade.

Bem como da autonomia da vontade, traduzida como uma liberdade praticamente ilimitada, com exígua intervenção estatal. Nesse viés, o Estado agia de forma residual, de forma a coadjuvar e instrumentalizar os desígnios dos sujeitos contratuais.

E por fim, o princípio do consensualismo, que se preocupa em traçar um confronto, um choque de vontades entre os sujeitos. E a partir desse choque, o consensualismo traduz o pacto gerado, a partir da suposta harmonia decorrente do aludido confronto.

Entretanto, tamanha principiologia não mais merece prosperar. Em verdade a principiologia clássica apresenta nova vestimenta, em um Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, a autonomia da vontade, apresenta-se como autonomia privada, modernamente.

Além disso, os demais princípios estabelecem ou fixam limites claros e manifestos em relação à liberdade. Diante disso, são apresentados aos atores do direito, além do princípio da autonomia privada, a função social dos contratos, a dignidade da pessoa humana e a boa-fé.

A boa-fé pode ser tanto subjetiva, quanto objetiva. A subjetiva se preocupa em verificar faticamente, de forma empírica, a existência ou inexistência da retidão comportamental, da moral, ética, lisura, idoneidade, transparência cooperação por parte dos sujeitos contratuais.

A boa-fé objetiva tem a faceta interpretativa, integrativa e limitativa. Esta última marca uma intervenção estatal em nome do equilíbrio contratual, em busca da comutatividade.

Por outro lado, a boa-fé subjetiva, ao invés de perseguir o plano fático, persegue a intenção, isto é, perseguem a invocada esteira comportamental no plano interno dos agentes.

César Fiuza (2006) explica que o princípio da boa-fé subjetiva busca verificar crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas.

Sílvio de Salvo Venosa (2009) em uma reflexão ética prefere ponderar que a boa-fé se pauta pelo dever:

“das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante, e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos. (VENOSA, 2009, p. 362)”

Em prestígio ao diálogo de fontes e da necessidade de sistematicidade da ciência do Direito, como repelir a interligação entre a boa-fé e a culpa no Direito penal?

A culpa, conforme Luiz Régis Prado (2002), traduz a faceta consciente e inconsciente e identifica elementos intelectivos, tais como o saber e o conhecer os riscos. Em suma,

pondera a retidão comportamental do indivíduo. Em outros termos, houve negligência, imprudência ou imperícia?

Aliás, os invocados elementos da culpa penal, por sua vez são intimamente ligados aos pressupostos da culpa, do ato ilícito na seara civil, mais especialmente no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2008).

A dignidade da pessoa humana também compõe a nova principiologia, segundo Fiúza (2008).

A dignidade da pessoa humana é o próprio conteúdo existencial da personalidade, é o centro da personalidade.

Personalidade, que segundo Gustavo Tepedino é composta por integridade física e integridade intelectual. Valor esse, que está codificado no artigo 11 do Código Civil (BRASIL, 2008).

A dignidade da pessoa humana está descrita no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008), e é um princípio fundamental da República, e repercute como cláusula pétrea, isto é, traz consigo o limite material do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal (BRASIL, 2008)

A autonomia privada é vital para a principiologia vigente, e, pode ser preliminarmente concebida, como uma liberdade atrelada aos sujeitos contratuais, todavia, uma liberdade flagrantemente limitada, por elementos, como o dirigismo contratual, a função social dos contratuais e tantos outros elementos concernentes explicita ou implicitamente ao tão aclamado interesse social.

Essa limitação decorre de uma ausência de confiança obvia em desfavor dos indivíduos. Ora, a ilusão do Estado mínimo de que a macroeconomia se autorregularia transmitiu nebulosas conseqüências sociais, nefastas desigualdades e temerários egoísmos. Por esse motivo, salvaguardar uma liberdade plena ao homem, é correr um risco tão profundo que certamente tal valor precisa ser mitigado.

Segundo César Fiúza (2006) a autonomia privada traz consigo os subsequentes corolários:

De acordo com César Fiúza são subprincípios da autonomia privada:

1. princípio da liberdade de contratar;
2. princípio da liberdade contratual;
3. princípio da relatividade contratual;
4. princípio do consensualismo;
5. princípio da auto-responsabilidade;

6. princípio da imutabilidade ou intangibilidade;
7. princípio da irretratabilidade;
8. princípio da obrigatoriedade.

Para Perlingieri:

“a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.” (PERLINGIERI, 2002, p. 17)

De maneira que, a autonomia privada se coaduna sim com a liberdade, entretanto, assume a coerência intervencionista estatal, para evitar que as máculas humanas sejam explicitadas.

3. Noção introdutória de Princípios Penais

Um destacável princípio penal é precisamente, o princípio da “ultima ratio”, ou intervenção mínima ou subsidiariedade.

Para Bitencourt o Estado, como detentor e monopolizador do direito de punir, tem distintas formas de reprimir delitos. Por isso o Direito Penal, primará pelo controle do poder punir, todavia, sem se portar de forma arbitrária.

Conforme Nilo Batista (2001), a subsidiariedade que o Direito Penal não se presta a intervir em quaisquer relações. Trata-se de um ramo seletividade, que intervirá quando os demais ramos do direito não conseguirem eficazmente e proporcionalmente reprimir as condutas antijurídicas. O Direito Penal tão só intervirá quando verdadeiramente houver justificativa, isto é, em busca da proteção aos bens jurídicos.

O princípio da anterioridade tem previsão dogmática tanto no Código Penal (BRASIL, 2004) quanto na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008). Tal princípio certamente é um desdobramento do princípio da reserva legal.

Este princípio é intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, isto é, as pessoas precisam ter previsão, antes mesmo de delinquir de todas as consequências que poderão se instaurar diante de um determinado comportamento, definido pelo Estado como criminoso.

Segundo Canotillo a segurança jurídica assim é esclarecida:

> A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança:
> 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas);

> 2) O princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos(...).
> "O principio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, às seguintes idéias:
> Exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através a interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto.
> Exigência de densidade suficiente na regulamentação , pois um ato legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de:
> - alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos;
> - constituir uma norma de atuação para a administração;
> -possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos(...)o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 1991, p. 375).

As previsões desse princípio estão no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal (BRASIL, 2008) e no artigo 1º do Código Penal (BRASIL, 2004). Em outras palavras, é necessária a observância de um regular processo legislativo, em atenção à competência do ente federativo união, para criar uma norma penal. E posteriormente à observância desta formalidade, legitimado será o Estado a aplicar a lei penal.

O princípio da taxatividade merece apreço. Segundo esse princípio, conforme Nilo Batista (2001), não pode haver a criação de leis vagas e indeterminadas. Isto é, a norma deve ser suficientemente robusta e desprovida de lacunas para salvaguardar a sua plausibilidade aplicativa.

Luiz Régis Prado (2002), em similar sentido, expõe que o legislador deve ser claro e exato em relação ao fato punível. Trata-se de uma preocupação com a própria técnica semântica e legislativa. A lei, portanto, deve, ser clara, de forma a permitir límpida hermenêutica.

4.Diálogo de Fontes

O diálogo de fontes tem grande relevância no processo de sistematização do Direito. Esse diálogo de fontes permite, ademais, que se atinja uma coerência no ordenamento jurídico, de forma a elidir antinomias e gritantes contradições.

Segundo Bretas:

> Normas que em busca de uma coerência do ordenamento jurídico, caso se perfaça um conflito, exigem critérios de solução. Segundo Norberto Bobbio, alguns critérios podem ser invocados. Notadamente o critério da especialidade, que estabelece que a lei especial se sobrepõe à lei geral. Outro critério importante diz respeito ao critério

> da temporalidade. Critério que afirma que a lei mais nova se sobreporá à lei mais velha. E portanto, será aquela a norma regente. E outro destacado critério consiste na hierarquia. Critério este que constrói a idéia de que a lei maior, a lei considerada mais exponencial, conforme os critérios legislativos estatais adotados se sobreporá a lei hierarquicamente inferior. Todos esses critérios são relevantes para o entendimento dos microssistemas. São relevantes para a sua inserção harmônica no Direito brasileiro. Na concepção de Cláudia Lima Marques, que tem suas atenções voltadas ao microssistema do Direito do Consumidor, existem elementos para a construção de um diálogo de fontes, um sistema "sui generis" de diálogo de fontes. Cláudia Lima Marques atribui como primeiro diálogo, que as normas conflitantes, as normas em análise podem se complementar, ou melhor, uma norma pode servir de base para outra. O que nominado diálogo sistemático de coerência. (BRETAS, 2011)

Ainda nas palavras de Bretas, um segundo critério deve ser apontado:

> Um segundo diálogo, nominado diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade de antinomias aparentes ou reais, também permite uma relação complementar entre as leis supostamente conflitantes. Este critério, almeja uma relação de coordenação entre as leis, culminando até mesmo a possibilidade de uma complementaridade principiológica, no que for reputado como necessário ou em caráter subsidiário. (BRETAS, 2011)

E por fim um terceiro diálogo:

"Em um terceiro diálogo, nominado diálogo das influências recíprocas sistemáticas, tem-se a redefinição do campo de aplicação." (BRETAS, 2011)

Todos esses critérios têm relevo para melhor harmonizar a aplicação do Direito.

5. Contrato de Doação e a Interface com o Direito Penal

5.1 Legitimidade do Juiz da vara cível para revogar a doação, reputando o delito de injúria

O contrato de doação é marcado pela liberalidade, isto é, pela manifesta destinação de uma riqueza para outrem por parte de alguém. Àquele que dispõe de uma riqueza em favor de outrem, sem bilateralmente obter uma contraprestação que faça frente ao grau de liberalidade, dá-se o nome de doador e àquele que recebe a vantagem se dá o nome de donatário.

Nessa seara, percebe-se que alguém, valendo-se de sua autonomia privada, objetiva destinar a outrem uma riqueza sobre a qual tem legitimidade de dar. Todavia, este alguém não destina a outrem similar prestação, tão apenas se beneficia.

Dessa forma, pode até haver, por parte do donatário, uma contraprestação, entretanto, esta é nitidamente inferior ao vulto da prestação. O que caracteriza uma doação, com encargos. Porém, se a prestação do doador for proporcional a contraprestação do donatário, em verdade, se estará diante de uma cessão, ou mesmo permuta, ou qualquer contrato que se amolde.

Na concepção de Maria Helena Diniz (2000) a doação é um contrato genuinamente marcado pelo espírito de liberalidade, o que gera um enriquecimento do donatário.

A doação tem explicita conceituação no próprio Código Civil:

“Considera-se doação o contrato em que uma pessoas por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.” (BRASIL, 2008).

Especificamente sobre a revogação de doação, “a priori”, é devido citar o que dispõem o artigo 556 do vigente Código Civil (BRASIL, 2008). Este artigo preceitua que haverá a configuração da revogação da doação por ingratidão, quando o donatário atentar contra a vida do doador ou cometer o crime de homicídio doloso contra ele. Além das ditas hipóteses, revoga-se por ingratidão nas seguintes situações:

Quando o donatário cometer ofensa física contra o doador, bem como quando o donatário injuriar gravemente ou caluniar o doador, quando se podendo o donatário ministra-los, recusou o doador os alimentos de que este necessitava.

Dadas essas considerações iniciais, é válido tratar com mais vagar do tempo de prescrição que prevê o artigo 559 do Código Civil (BRASIL, 2008). Vê-se que este suporte fático abstrato, estabelece que a revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de 1 ano, a contar da data em que chegue ao conhecimento do doador, o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor.

Nesta mesma linha de raciocínio, constata-se, segundo os teóricos , que os efeitos que se verificarão, caso haja a revogação da doação, consiste precisamente no regresso ao “status quo ante”, isto é, o doador novamente receberá de volta o bem que anteriormente havia sido doado.

Em razão do exposto, é mister teorizar acerca da eventualidade de uma injúria praticada pelo donatário em desfavor do donatário. Acerca dessa antijuridicidade contra a honra, nota-se que seu tipo penal está minuciosamente descrito no art 140 do Código Penal (BRASIL, 2004).

Em individualização ao suporte fático abstrato de injúria, é perceptível que o preceito primário deste mesmo preceito, exterioriza que haverá tipicidade formal quando o agente injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade e ou o decoro.

Desse modo, quando o artigo 556 do novo Código Civil (BRASIL, 2008), descreve a possibilidade de revogação em decorrência de uma injúria do donatário em face doador, é plausível interpretar que apenas haverá a “facultas”, a possibilidade de revogação da doação, quando houver um provimento jurisdicional na esfera penal fundamentando que o donatário injuriou o doador. Sob pena de comprometimento do princípio materialmente constitucional

da presunção da inocência, com amparo no qual, é necessária a exaustiva persecução penal para se prolatar um provimento jurisdicional condenatório.

Diante dessa argumentação, aponta-se que haverá a necessidade de uma sentença penal condenatória, para que, a partir dessa resposta jurisdicional especificamente na esfera penal, o doador se dirija a esfera cível a fim de requerer a revogação da doação. Ora, qual o ramo do Direito transmite o adequado aparato científico e material para decidir acerca da existência ou não de um CRIME de injúria?

O Código Civil define o que é crime de injúria de modo específico?

Qual o ramo tem pertinência para a definição dos crimes em espécie?

Qual o ramo do Direito define o que é injúria?

O Código Civil se expressou sobre injúria ou definiu outra espécie de conduta compatível?

A ciência do Direito tem precisões terminológicas técnicas, o Direito tem adaptações de aspectos sociais de forma específica em um ordenamento jurídico. O Direito, ademais, se divide em distintas leis, segundo a razão legislativa que se apresente.

A norma transmite uma carga semântica verdadeiramente respeitável, sobre a qual é mister o respeito aos padrões gramaticais e aos sentidos legislativos, uma vez que cada norma tem sua razão existencial especial. Nesse ponto, é absolutamente simplório compreender que o Direito Civil não se dedica a definir o que é crime, e por conseqüência, não se presta a secundariamente fixar penas privativas de liberdade, diferentemente do Direito Penal. Segundo Tércio Sampaio (2008), a norma é hipótese, a norma é prescrição, além de ser uma comunicação, que exige o exercício dogmático analítico, para se amoldar a norma, conforme os ideais do dever ser.

César Fiúza (2006) sopesa, nas hipóteses de homicídio tentado, ofensas físicas e até mesmo nos atentados contra a honra, a doação pode ser revogada, independentemente de condenação criminal, segundo deixa a entender o Código Civil (BRASIL, 2008). Contudo, se o donatário for julgado inocente no juízo criminal, a doação não poderá ser revogada.

A concepção de César Fiúza (2006), respeitosamente, merece uma reflexão, ante os argumentos já proferidos. Por isso, se o juiz cível revogasse a doação, em razão de um vilipendio à honra, antes mesmo da sentença penal, jamais seria correto dizer que tal representante do Estado-Juiz revogou a decisão por atestar o delito de injúria, pois esta tarefa se presta ao juiz criminal.

Em outras palavras, não seria acertado revogar a doação alegando que houve uma injúria, por parte do juiz cível, sem haver uma sentença penal condenatória. Visto que haveria até mesmo um ferimento ao princípio da presunção de inocência, já trabalhado.

Apenas para reforçar, Fernando Capez (2005), chama o princípio da presunção da inocência de princípio do estado de inocência, nas palavras deste autor este princípio significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória(art. 5º, LVII).

Então, caso haja a revogação de doação em razão da injúria, sem a sentença penal condenatória, este princípio seria implicitamente rechaçado.

Para polemizar ainda mais, imagine-se um juiz de uma vara cível, revogando a doação, fundamentando em sua sentença a prática do crime injúria por parte do donatário, sem que a sentença penal condenatória tenha se prolatada. Diante desta revogação, indaga-se: E se após a revogação da doação pelo juiz cível, com o correspondente trânsito em julgado, o juiz da vara criminal proferir uma sentença absolutória, absolvendo o donatário do crime de injúria.

Nesse pensamento, sob a égide do plano de eficácia e efetividade, se houvesse, então, a sentença cível revogando a doação, com fulcro na injúria, seria primordial que o donatário devolvesse ou reparasse o bem obtido a título de doação. Contudo, se houvesse posterior sentença penal absolutória, o que deveria ser feito? revogar a revogação?

Existe a previsão no Código Civil (BRASIL, 2008) da revogação da revogação? Isso obstaria a segurança jurídica das relações contratuais?

Ainda em outros termos, se houver a revogação da doação, se houve a revogação da doação sem a sentença condenatória, o bem doado regressa para o doador, e se após, houver a sentença penal condenatória, o bem que havia regressado ao patrimônio do doador, nesta hipótese, voltará novamente ao patrimônio do donatário?

Não parece uma configuração absolutamente ideal.

5.2 Problematizações sobre a prescrição

Utiliza-se novamente como parâmetro o tipo penal de injúria, para haver a possibilidade de discernir sobre o prazo de um ano que o doador tem para revogar a doação. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004), este prazo é decadencial. E com base em César Fiúza (2006), este prazo começa a contar do dia em que o doador tomou conhecimento do fato gerador da revogação e do fato de o donatário ter sido seu autor. Em decorrência dessa

análise, há mais um motivo para pensar que este prazo de um ano começa a contar quando houver o conhecimento da autoria, que é seguramente alcançado na esfera penal.

De forma que, para haver o conhecimento da autoria do crime de injúria, é necessário um complexo “iter”, marcado pelas peculiaridades processuais penais.

Será a partir da própria sentença condenatória que será atribuída a autoria do donatário no tocante ao crime de injúria.

De modo que, é necessário conhecer a autoria na esfera penal, para que posteriormente possa haver o requerimento da revogação da doação.

Nesse interim, terá o doador o prazo de um ano a contar da data do conhecimento da autoria, isto é, a contar da data da sentença penal condenatória.

No que tangencia o crime de injúria, a prescrição, com fulcro no artigo 109 do Código Penal (BRASIL, 2004), respeitará o prazo prescricional de 2 anos.

Desse modo, tem-se o prazo de 2 anos para que não se perfaça a prescrição. Entretanto, a prescrição penal pode ser abstrata, intercorrente, retroativa e executória e tem diversos marcos interruptivos, tais como a denúncia ou queixa, o que pode majorar materialmente este lapso temporal até que aconteça a execução da pena.

Para que haja plena compreensão do anseio presente neste trabalho, sobre estes prazos contemplados a prescrição, cite-se o autor Luiz Régis Prado (2002), que nos transmite que a prescrição da pretensão punitiva pode acontecer entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou queixa, entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença final e a partir da publicação da sentença condenatória.

A partir desta noção, podemos constatar, que estes lapsos de prescrição, desencadeiam a existência de um prazo, em regra, dilatado, um “iter” considerável, até que se alcance o provimento jurisdicional na esfera penal. E este dilatado “iter” penal, portanto, necessário para se requerer na esfera cível a revogação da doação, implicaria possivelmente a necessidade de eventualmente o doador obter os benefícios da revogação (devolução do bem doado), somente após inúmeros anos. E possivelmente quando lograr êxito na esfera cível (instaurada após o deslinde da esfera penal), este bem doado, objeto da revogação da doação, já até mesmo se deteriorou.

De modo que, ratifique-se que caso não haja a sentença penal nos casos abordados neste trabalho, o bem perdurará com o donatário, mesmo havendo uma eventual ingratidão.

Portanto, a interpretação mais adequada sobre o prazo de um ano previsto no artigo 556 do Código Civil (BRASIL, 2008) em concomitância com artigo 109 do Código Penal

(BRASIL, 2004), se dá a partir da premissa de que a previsibilidade do artigo 556, de um ano, para a propositura da ação cível,. deve ser contada a partir do sentença penal condenatória.

Esta interpretação é certa, em razão do fato de que caso houvesse um ano contado da data do ato injurioso para a propositura da revogação da doação, haveria um largo óbice para a revogação da doação, ou seja, se o prazo de um ano fosse contado da data do fato, haveria a exigência de absoluta celeridade do juízo penal. Por se ponderar, que o prazo prescricional abstrato é de dois anos para o Direito Penal, mas, esta prescrição abstrata de dois anos, pode ser dilatada, em razão das outras modalidades de prescrição penal, ou seja, intercorrente, retroativa e executória.

Por este motivo, se o prazo de um ano fosse contado da data do fato, sabendo que há a necessidade da sentença penal para a propositura na esfera cível, nota-se que se a sentença penal caso seja um pouco morosa, exemplificadamente, um ano e meio para a prolação da sentença penal condenatória, no que concerne a injúria e calúnia, haveria uma prescrição civil, sem haver uma prescrição penal. Assim sendo, se a referida contagem de um ano, tivesse início na data do fato (do conhecimento do doador fora da esfera penal), haveria a necessidade de premente celeridade do juízo penal.

Em remate, descarta-se a hermenêutica supramencionada. E se reflete que há uma dependência contemplada na revogação de doação em relação Direito penal. E por todas as previsibilidades penais, se houver uma morosidade penal considerável, vê-se que haverá um inegável obstáculo para que o doador obtenha os benefícios da revogação de doação, ante o possível estado do bem doado, e em razão da possível prescrição civil.

6.Conclusão

A partir de uma interpretação semântica e sistêmica acerca do instituto da revogação de doação, é permitido chegar a premissa de que há a necessidade de haver uma sentença penal condenatória para que na esfera cível possa ser proposta a ação de revogação da doação, em prestígio à segurança jurídica.

Neste tema, pensa-se que nos casos minuciosamente trabalhados neste trabalho, como injúria, jamais poderá haver a revogação de doação na esfera cível sem a anterior condenação penal. Entretanto, para se atingir a sentença penal há certamente um longa marcha persecutória a ser trilhada e respeitada, e este longo “iter” faz com que os efeitos ideais da revogação de doação, isto é, o regresso ao “status quo ante” (volta ao estado anterior), seja prejudicado. Haja vista que, se houver uma notável morosidade no âmbito penal, quando

houver a propositura da ação cível estar-se-ia diante de uma possível deterioração do bem que fora destinado como doação, além da flagrante possibilidade de prescrição civil.

Isso posto, deve-se refletir que o doador ingrato não é merecedor da riqueza oriunda da liberalidade do doador. Neste mesmo norte Sílvio de Salvo Venosa (2004), afirma que a intenção do legislador quanto à revogação de doação, é punir o ingrato, mais do que satisfazer o interesse moral do doador.

Conclui-se que a interface aqui argumentada, para não gerar anomalias nos casos concretos, exige uma revisão textual. A sugestão que aqui se expõe seria no sentido de revogar a expressão “injúria”, exemplificadamente, e substituir por danos morais. Entre outras tantas possibilidades.

O que não se pode conceber é ignorar o texto legal e suas implicações semânticas. Nesse debate, é impossível compreender a dimensão da revogação da doação, ignorando a interface sugerida. E será a partir dessa compreensão, que será possível identificar o quão vazia foi a redação acerca do tema central deste artigo.

7.Bibliografia

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 24. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Código Civil, lei 10.406/2002. Organização dos textos, notas remissivas, índices e Adendo Especial do Código Civil de 1916 por Lívia Céspedes, 59a edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Código Penal, decreto-lei 2.848. Atualizado e acompanhado de legislação complementar, súmulas e índices, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

BRETAS, Hugo Rios. Microssistemas e suas interações: Em busca de uma Teoria Geral dos Microssistemas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 86.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 15ª ed. atua. São Paulo:Saraiva, 2000.

FIUZA, Cezar. Direito Civil: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: 2006.

FIUZA, Cezar. Direito Civil: curso completo. 12. ed. Belo Horizonte: 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev.e amp. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 15.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: volume 2 : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito civil: volume 3 : contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PRETÉRITO IMPERFEITO: A LUTA EM TORNO DA MEMÓRIA DA DITADURA BRASILEIRA

IMPERFECT TENSE: THE STRUGGLE OVER THE MEMORY OF THE BRAZILIAN DICTATORSHIP

Mauro Teixeira[1]

Resumo: Este trabalho procura compreender a permanência de disputas política em torno da interpretação histórica do regime militar brasileiro (1964-1985) a partir do questionamento das noções de “abertura democrática” e “Nova República”.

Palavras-chaves: ditadura, militares, Nova República.

Abstract: This paper seeks to understand the permanence of political disputes around the historical interpretation of the Brazilian military regime (1964-1985) from questioning the notions of "democratic opening" and "New Republic".

Keywords: dictatorship, military, Brazilian New Republic.

[1]Mestrando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto.

1 – Apresentação

No dia 29 de março de 2012, o Clube Militar, no centro do Rio de Janeiro, promovia o painel de debates "1964 – A Verdade", em comemoração ao aniversário do golpe de Estado que derrubou o Presidente João Goulart, em 1964, movimento que veio a resultar em um regime autoritário que durou 21 anos.

Jovens manifestantes (cerca de 350, segundo as primeiras informações)[2] concentraram-se na porta da entidade, empunhando bandeiras de partidos de esquerda e cartazes com fotos de pessoas mortas e desaparecidas por obra daquele regime. À chegada – e, mais tarde, à saída – dos militares participantes da comemoração, atacaram-nos aos gritos de "torturadores" e "assassinos". Aparentemente, alguns ovos e cusparadas também foram lançados.

A Polícia Militar reprimiu os manifestantes com o uso de cassetetes, bombas de gás lacrimogêneo, sprays de pimenta e dispositivos para choque elétrico. Pelo menos duas pessoas foram presas.

Na mesma tarde, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA), anunciou que abriu investigação para apurar os motivos da não punição dos assassinos do jornalista Vladimir Herzog, morto sob tortura pelas Forças Armadas em 1975, em São Paulo. Cabe ressaltar que, em dezembro de 2010, o Brasil já fora condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por não processar os responsáveis por torturas, execuções e ocultações de cadáver cometidas pelas Forças Armadas durante a Guerrilha do Araguaia, entre 1972 e 1975[3].

Este artigo pretende tomar os eventos desta tarde como ponto de partida para uma exploração das seguintes questões:

- qual a razão da existência, ainda hoje, de celebrações de um episódio que marca a ruptura com o Estado Democrático de Direito e a inauguração de um período de arbítrio e violência de Estado?
- por que, 48 anos depois do golpe de 1964 e 35 após as últimas execuções perpetradas pelos órgãos de repressão daquele regime[4], o tema ainda mobiliza

[2]"Comemoração de militares termina em pancadaria no Centro do Rio". Disponível em: http://oglobo.globo.com/pais/comemoracao-de-militares-termina-em-pancadaria-no-centro-do-rio-4446158. Acesso em 29/03/2012.
[3]"Comissão da OEA investiga Brasil por caso Herzog". Disponível em: http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,comissao-da-oea-investiga-brasil-por-caso-herzog,855039,0.htm. Acesso em 30/03/2012.
[4]No episódio conhecido como "Chacina da Lapa". Ver Pomar, 2006.

tão passionalmente alguns setores, ainda que minoritários, da sociedade brasileira? Cabe lembrar que a grande maioria dos manifestantes são jovens que ainda nem eram nascidos quando dos episódios que geraram a comemoração e o protesto. O que os levou, então, ao centro do Rio?

- O que poderia explicar o uso, por parte da Polícia Militar, de meios violentos para conter umas poucas centenas de estudantes desarmados (ou armados de bandeiras, ovos e cartazes, se quiser uma exatidão maior)?
- Por que o Brasil prefere uma constrangedora investigação (ou mesmo uma condenação) nas organismos internacionais de defesa dos direitos humanos a uma investigação autônoma, dentro do país, seguida da responsabilização dos culpados?

A resposta a estas perguntas passa, necessariamente, por entender um pouco melhor este passado que não quer passar.

A reconstituição histórica que se segue tem o objetivo de, meramente, situar os principais eventos relacionados ás questões acima, de forma a permitir ao leitor, sobretudo o mais jovem, o entendimento de como chegamos à situação atual. Tentaremos oferecer, nas notas explicativas e referências bibliográficas, possibilidades maiores de aprofundamento analítico desta temática.

2 – Que história foi aquela?

O golpe de 1964 foi expressão da ação política de múltiplos setores, e não só de militares. Grandes empresários, latifundiários, parlamentares, a maioria dos bispos e padres católicos, a quase totalidade da imprensa e mesmo, embora não de forma decisiva, o governo dos Estados Unidos da América.

O movimento visava a interromper o processo de mobilização popular – sindical, estudantil, camponesa – que se dava em torno do governo nacionalista de João Goulart e que, na visão dos setores golpistas, apresentava o risco de se transformar em uma revolução social, que instalaria no país um regime socialista ou, no mínimo, uma “república sindicalista”.

Desde o início, o novo regime perseguiu os líderes do movimento popular e os militantes de esquerda em geral. Alguns milhares de pessoas foram presas logo de início. Cassações de mandatos e de direitos políticos, demissões arbitrárias, expulsões das Forças Armadas, aposentadorias compulsórias e indiciamentos nos temidos Inquéritos Policiais Militares (IPM) tornaram-se comuns.

Durante os primeiros anos, os movimentos sociais buscaram se reorganizar. Em 1968, eclodem grandes passeatas estudantis e greves operárias. Ambas são sufocadas com violência pelo governo; porém, mesmo com a desmobilização forçada pela repressão, o governo baixa o Ato Institucional n.º 5 (AI-5), que suspende os direitos e garantias fundamentais e confere poderes absolutos ao Presidente da República.

Impedidos de fazer oposição legalmente, muitos jovens aderem a organizações guerrilheiras, de inspiração comunista. É importante frisar que o AI-5 não pode ser apontado como a origem da "luta armada", como ficou conhecida aquela experiência. As principais organizações que a fizeram já existiam antes do Ato, e o projeto revolucionário antecedia o próprio golpe militar. Porém, é inegável que o AI-5, ao eliminar a opção da luta legal e pacífica, funcionou como um poderoso impulso para aquele processo[5].

As Forças Armadas reagiram aos guerrilheiros assumindo diretamente o papel de polícia política. Nas dependências dos recém-criados órgãos repressivos, sobretudo os temidos DOI (Destacamento de Operações de Informação), a tortura era aplicada como método investigativo, para extrair informações dos presos políticos. Muitos morreram durante aqueles suplícios. Outros foram executados sumariamente quando já não tinham o que informar. Houve, também, os que sobreviveram e contaram sua história, depois de cumprirem as penas de prisão que a justiça militar lhes imputou.

De forma geral, a sociedade brasileira ficou alheia àquilo, à exceção dos momentos mais febris, como os seqüestros de diplomatas estrangeiros – que eram trocados por prisioneiros políticos – ou da execução de líderes guerrilheiros importantes, como Carlos Lamarca e Carlos Marighella. O "milagre econômico" (altos índices de crescimento industrial que possibilitaram melhorias nos padrões de vida das classes médias e de setores das classes trabalhadoras), a conquista da Copa do Mundo de 1970 e uma certa renovação na cultura e nos costumes facilitavam a desmobilização e a despolitização da sociedade.

Mas houve também os setores da sociedade que participaram de forma ativa, ainda que periférica, da repressão política: empresários que financiaram parte dela (Gaspari, 2002, pp. 60-3[6]), promotores e juízes que desconsideraram as denúncias de tortura[7], pelo menos um

[5]Para um painel sintético, mas bastante crítico, do golpe de 1964, do regime que ele instalou e da luta contra ele , recomendamos a leitura de AARÃO REIS FILHO, 2002. Já a luta armada de esquerda encontra ótima descrição factual em GORENDER (2003), e análises mais aprofundadas em AARÃO REIS FILHO (1990) e RIDENTI (1993).

[6]Recomendamos também o excelente documentário *Cidadão Boilesen*, de Chaim Litewsky, 2009, lançado em DVD pela Imovision.

[7]Uma ampla análise das relações de magistrados e outros operadores do Direito com a ditadura está em PEREIRA, 2009.

bispo que as negava no exterior[8], um setor da imprensa que encobriu assassinatos[9], parlamentares que exaltavam os órgãos de segurança (Grinberg, 2009, p. 169). A ditadura brasileira, como vimos, subiu ao poder escorada em grande leque de apoios da sociedade. Além disso, permaneceu nele ora ampliando, ora remodelando aquele leque. Nunca foi um regime apenas "militar" e, sendo assim, seus êxitos e seus crimes não podem ser creditados unicamente às instituições castrenses[10].

3 – Abertura ou confirmação do arbítrio?

Percebendo que um regime de exceção não poderia durar indefinidamente, a cúpula militar começa, a partir de meados dos anos 1970, a preparar a institucionalização do novo regime. Tratava-se de preparar a devolução do governo aos civis, mas sem que estes tivessem como modificar substancialmente o "status quo" criado nos anos do autoritarismo. O quarto presidente militar, Ernesto Geisel (1974-1978), chamava essa institucionalização de "distensão", enquanto o quinto, João Batista Figueiredo, usava o nome "abertura"[11].

De forma muito sintética e algo tateante, poderíamos resumir aquele status quo a três pontos:

- Modelo econômico altamente concentrador de renda, baseado em facilidades para o capital estrangeiro e nacional, e com recorrentes iniciativas de arrocho salarial.
- Sufocamento dos movimentos sociais de base, sobretudo o operário e o camponês, sobretudo no sentido de impedir contestações mais profundas ao modelo acima.
- Tutela militar sobre o Estado, garantindo a autonomia das Forças Armadas perante o poder civil e a possibilidade de intervenção das mesmas sempre que necessário à manutenção dos dois pontos acima.

Cabe ressaltar que estes três componentes do status quo autoritário, que se pretendia manter indefinidamente, funcionam de modo simbiótico: a manutenção do modelo concentrador depende de que se controle – ou reprima, conforme o caso – os movimentos

[8]Tratava-se do arcebispo de Diamantina, D. Geraldo de Proença Sigaud. Ver *Folha de S. Paulo*, quinta-feira, 02 de julho de 1970, p. 3.
[9]Sobretudo o jornal *Folha da Tarde*, do mesmo grupo da *Folha de S. Paulo*. Ver KUSHNIR, 2004, cap. 4.
[10]Uma descrição factual da repressão se encontra em GASPARI (2002), partes II e IV. Ela é analisada em profundidade em FICO (2001).
[11]Para um relato do processo conhecido como "distensão" e "abertura", ver KUCINSKI (2001).

sociais, dada sua ativa contestação contra o arrocho salarial e a concentração fundiária (Kucinski, 2001, pp. 95-104 e 113-7). Um arranjo entre as elites só tem futuro quando a participação política dos setores populares é abolida ou mantida à margem do processo.

Por sua vez, as proibições legais nem sempre são suficientes para que se exerça esse controle contra os movimentos populares. A repressão direta, ainda que em momentos isolados, se faz necessária. Os militares se dispunham a fornecer esta "segurança" mesmo depois de entregar o poder, mas não a se submeter à autoridade civil. Na verdade, em momentos como este, de transição entre uma ditadura militar e um regime civil, muitos líderes políticos conservadores preferem manter a autonomia das Forças Armadas, justamente para que estas sirvam de anteparo contra as pressões populares (Zaverucha, 1994, 10-1).

Na "transição" brasileira, esse processo se verificou inúmeras vezes. Na ocasião mais dramática, ainda durante o governo Figueiredo, o Exército ocupou militarmente a região industrial do ABC paulista, em 1980, com o intuito de encerrar a greve dos metalúrgicos da região. O movimento sindical ali surgido em fins dos anos 1970 desafiava a estrutura sindical oficialesca e a própria repressão (Kucinski, 2001, pp. 117-24). Desarticulá-lo era estratégico para os objetivos da transição elitista. A ocupação militar não logrou tal objetivo, mas a crise econômica dos anos seguintes acarretou considerável desmobilização dos militantes operários, na medida em que impunha a ameaça de desemprego (Idem, p. 137).

O primeiro presidente civil, ainda eleito indiretamente, Tancredo Neves, adoeceu às vésperas da posse, gerando uma discussão sobre quem deveria ser empossado em seu lugar: o vice-presidente eleito, José Sarney (antigo aliado do regime militar) ou Ulysses Guimarães (presidente da Câmara dos deputados e um dos principais líderes das oposições consentidas pelo regime ao longo dos anos 1970). A pendenga foi solucionada pelo General Leônidas Pires Gonçalves, Ministro do Exército escolhido por Tancredo, que escolheu Sarney e afiançou sua posse.

Ao longo do governo Sarney (1985-1990), as Forças Armadas foram utilizadas, mais de uma vez, para reprimir greves e outros movimentos populares, atuando com violência e chegando a matar operários em pelo menos um caso. Alguns líderes políticos foram processados com base na Lei de Segurança Nacional (LSN) do governo Figueiredo, acusados por declarações ofensivas ao governo ou às Forças Armadas.

Eleito em 1986, o Congresso Constituinte se reuniu a partir do ano seguinte para elaborar uma nova Constituição para o país, que veio a ser promulgada em 1988. Seria ingenuidade dizer que esta Carta apenas manteve a situação anterior: de fato, ela contém

avanços expressivos para as classes populares, como o reconhecimento do direito de greve, de livre organização política, da liberdade de informação e expressão etc.

Porém, é forçoso reconhecer que a Constituição de 1988, ainda em vigor, manteve a tutela militar sobre o Estado, dando às Forças Armadas o direito de intervir "em defesa da lei e da ordem" e classificando as Polícias Militares como "forças auxiliares e reserva do Exército"[12]. Evitou-se, assim, reverter a militarização do Estado, realizando-se então um dos objetivos centrais da "distensão" de Geisel: institucionalizar a autonomia das Forças Armadas sobre o poder civil.

Pode-se argumentar que o termo "autonomia" está aqui mal empregado, tendo em vista que o artigo 142 da Carta Magna prevê que a atuação dos militares na defesa "da lei e da ordem" dar-se-á apenas por iniciativa "dos poderes constitucionais"[13]. Porém, como bem mostra Jorge Zaverucha (1994, pp. 195-6), essa determinação, por vaga, abre espaço para intervenções as mais arbitrárias no cotidiano político.

Mantendo-se a situação sociopolítico-econômica que discutimos na seção anterior, ficavam preservadas as principais "conquistas" da ditadura, mesmo que os governantes, agora, fossem civis eleitos diretamente. Na verdade, o processo acabou por fortalecer aquele status quo, que passaria a ser legitimado por instituições "democráticas".

Assim, ao longo do período chamado de "Nova República", o Exército foi, mais de uma vez, chamado a socorrer as instituições que se viam "ameaçadas" pela participação política da população. Foi assim, por exemplo, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, quando a força terrestre foi convocada a "proteger" refinarias durante a greve dos petroleiros, em 1995 (Zaverucha, 2000, pp. 199-200), e a intimidar policiais militares, durante a onda de movimentos grevistas que ocorreu naquelas corporações em vários estados, em 1997(Idem, pp. 239-43).

Frisamos, mais uma vez, que o interesse na manutenção desta situação não era exclusivamente dos militares: havia setores sociais poderosos – empresariais, políticos, midiáticos – que se beneficiavam da permanência da essência autoritária sob uma capa democrática. Esse interesse não era apenas material, mas tocava também na questão da imagem: depois de duas décadas dando sustentação ao arbítrio, aqueles setores, agora, pretendiam assumir o papel de campeões da democracia.

[12]Constituição Federal, art. 144, § 6º.
[13]Idem, art. 142, *caput*.

4 – A autoanistia

Porém, bem antes da "Nova República" e da Constituição de 1988, um obstáculo se colocava a esta estratégia da aliança entre as elites militares e civis. Tratava-se das graves violações de direitos humanos cometidas pelos órgãos de repressão do regime poucos anos antes. Em um regime de liberdades democráticas, ainda que formais, era de se esperar que denúncias daqueles crimes viessem à tona – na verdade, isso já acontecia, mesmo sob franca ditadura – agora acompanhadas da intenção de punir os responsáveis por elas.

Uma das grandes reivindicações dos movimentos políticos que começaram a se articular no período da "distensão" de Geisel era o que reivindicava a anistia das pessoas perseguidas por razões políticas. Eram presos que ainda cumpriam pena, militares expulsos das Forças Armadas, funcionários públicos exonerados, políticos cassados, professores aposentados compulsoriamente e milhares de militantes que fugiram ou foram banidos do país, e estavam impedidos de voltar ao Brasil.

O Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), entidade que tinha ramificações no Brasil e no exterior, adotou como palavra de ordem a exigência de uma anistia "Ampla, Geral e Irrestrita", partindo do princípio de que quem lutou contra o arbítrio não merecia perseguição, fosse qual fosse a ideologia que professasse ou os métodos que empregasse (Kucinski, 2001, pp. 80-8).

A ditadura, porém, decidiu aproveitar-se daquela reivindicação no sentido de resolver a questão dos militares e policiais envolvidos em violações de direitos humanos. Elaborou um projeto de lei que, além de excluir da anistia aqueles presos ou exilados condenados por "crimes de sangue", garantia a completa impunidade dos agentes de seu próprio aparelho repressivo. Ao anistiar os "delitos conexos" aos crimes políticos, o regime civil-militar, na prática, propunha uma autoanistia (Idem, pp. 105-8).

Não paravam por aí os paradoxos do projeto de lei do governo. Entre outros aspectos surreais, ele encerrava o alcance da anistia na data de sua aprovação, e não revogava a legislação repressiva. Vale dizer: o Estado continuava liberado para perseguir cidadãos que se opusessem a ele a partir de então.

A historiadora Heloísa Greco define da seguinte forma o embate entre a reivindicação dos comitês pela anistia e o projeto de lei do governo:

> Colocam-se como contendoras duas concepções opostas e excludentes:
>
> • o projeto do movimento pela anistia **– anistia como resgate da memória e direito à verdade: reparação histórica, luta contra o esquecimento e recuperação das lembranças; e**
>
> • o projeto da ditadura – **anistia como esquecimento e pacificação: conciliação nacional, compromisso, concessão, consenso – leia-se certeza da impunidade.**
> (GRECO, 2005, p. 90. Negritos no original.)

No Brasil e no exterior, o CBA denunciou como inaceitável aquele projeto de lei (Kucinski, pp. 108-10. No Congresso, a oposição se negou a chancelá-lo. Até para convencer os parlamentares do partido que lhe dava sustentação, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), a aprovar aquele modelo de anistia, o governo do General Figueiredo teve dificuldades. Mas conseguiu superá-las e promulgou a lei que impedia a punição dos torturadores e assassinos.

Desde antes da anistia, já ocorriam as denúncias das atrocidades cometidas pelo regime. Além dos comitês, a imprensa começa a tocar no assunto, anteriormente proibido. É o caso das reportagens de Henrique Lago e Ana Lagoa na *Folha de S. Paulo*[14] e de Antônio Carlos Fon na revista *Veja*[15]. Depois de anistiada, a ex-guerrilheira Inês Etienne Romeu concedeu antológico depoimento ao *Pasquim*[16], na qual revelava a existência da "Casa da Morte" que o Exército mantinha em Petrópolis, próximo ao Rio de Janeiro, da qual foi, provavelmente, a única sobrevivente.

Na literatura, em 1977, o ex-guerrilheiro Renato Tapajós (1979) publicara *Em câmara lenta*, um romance alucinado, vertiginoso, que retratava a débâcle da luta armada e a trajetória de Aurora Maria do Nascimento Furtado, guerrilheira torturada até a morte em 1972. A publicação levou ao recolhimento da obra e à volta do autor à prisão. Com a volta ou libertação dos anistiados, Fernando Gabeira (2005), Alex Polari (1982) e Reinaldo Guarany (1984), entre muitos outros, publicaram livros de memórias em que relatavam a trágica realidade dos cárceres militares.

O cinema também fez parte desse processo. Finalizado em 1982, *Pra Frente, Brasil!*, de Roberto Farias, construía um painel vigoroso da brutalidade da repressão, tendo como pano de fundo a Copa de 1970, e só foi liberado pela censura um ano depois. Como curiosidade, vale citar a chegada do tema ao cinema popularesco da "Boca do Lixo", em São Paulo, onde, três anos antes do filme de Farias, Ody Fraga dirigiu *E agora, José? (A tortura do sexo)*, filme

[14]"A repressão à guerrilha urbana no Brasil". *Folha de S. Paulo*, domingo, 28 de janeiro de 1979, pp. 6-7.
[15]"Descendo aos porões". *Veja*, n.º 546, 21 de fevereiro de 1979, pp. 60-8.
[16]"Relatório Inês". *O Pasquim*, n.º 607, 12 a 18 de janeiro de 1981, pp. 4-5 e 26.

de pouquíssimos recursos, semipornográfico, mas que tinha o mérito de levar o tema a um público que não costumava tomar conhecimento dele.

Todos esses depoimentos e denúncias não foram suficientes para que a grande imprensa deixasse de se alinhar com a autoanistia que a ditadura se concedia. Quando vieram a público as denúncias de Inês Etienne, *Folha de S. Paulo* e *Veja*, as mesmas que tinham publicado as reportagens citadas acima, apressaram-se em defender o arranjo em vigor:

> O caso Etienne reabriu uma ferida que a anistia, do ponto de vista político, apagou. (...) Os crimes cometidos por agentes de organismos de segurança no exercício de suas funções já foram suprimidos pela anistia, como já foram apagados os crimes praticados pelo terrorismo anterior ao ato de esquecimento promulgado pelo Congresso Nacional. Humanamente é impossível esquecer o passado; politicamente, é necessário esquecê-lo, se queremos construir entre nós uma democracia sólida onde tais fatos jamais voltem a ocorrer.[17]

> Inês (...) participou de um grupo que cometeu crimes de sangue. A anistia, que tirou da cadeia os vencidos,foi conseguida ao preço do esquecimento. (…)
> É improvável que o país, depois de virar a página de horrores nos anos 70, deseje sua releitura, até porque, na reprise, o filme é o mesmo.[18]

Ambas as publicações afirmavam o esquecimento como condição necessária para que o país se reconciliasse com a democracia e não voltasse a viver aquele período de atrocidades. O texto de *Veja* chegava mesmo a conter um tom de ameaça, como se a insistência na punição dos culpados acarretasse, automaticamente, um novo fechamento e a repetição dos horrores.

Assim, os militares no poder e as instâncias civis que os apoiavam impunham um modelo de anistia que se baseava em impunidade e esquecimento, e que servia à preservação dos privilégios consolidados pelo oficialato militar e pelas classes dominantes durante os anos de arbítrio. Servia, ainda, à construção de uma nova identidade política para os setores sociais que apoiaram a ditadura e que, agora, pretendiam tornar-se pilares de uma ordem supostamente democrática. Observe-se que *Folha* e *Veja* não negam as atrocidades cometidas pelo regime, mas procuram igualá-las à violência cometida pelas organizações que conduziram a luta armada nos anos 1960 e 1970.

Da nossa perspectiva, podemos entender estas falas como tentativas de se aplicar ao Brasil a "teoria dos dois demônios". Formulada na Argentina no momento da redemocratização (Matarollo, 2006 e 2010), esta visão enxerga a violência da repressão como resposta à ação guerrilheira, e trata a ambas com a mesma régua, vendo nelas extremos

[17]"Respeito à anistia". *Folha de S. Paulo*, quarta-feira, 11 de fevereiro de 1981, p. 2.
[18]"Com o pé no freio". *Veja*, 18 de fevereiro de 1981, p. 19.

igualmente condenáveis e desconsiderando que a prática da tortura e da ocultação de cadáveres foi opção de apenas um dos lados em conflito.

Outras iniciativas no sentido de se aplicar tal interpretação ao caso brasileiro tiveram lugar ao longo da "Nova República", uma delas muito bem analisada por Marcelo Ridenti no momento da comemoração dos 40 anos do golpe. Ridenti nos mostra que se tenta criar uma imagem de "duas faces da mesma moeda imprestável que jogamos na lata de lixo da História" (Ridenti, 2004, p. 63). viabilizando, assim, a versão que este discurso representa: a de que os eventos traumáticos das ditaduras latino-americanas não passariam do confronto entre dois grupos de extremistas enlouquecidos, com os quais as sociedades (e, em certos casos, os Estados) pouco ou nada teriam a ver.

Do exposto até aqui, julgamos possível concluir que a chamada "Nova República" assenta-se, em parte, sobre uma ficção política: a de que teria se originado da superação de um confronto entre uma ala extremista das Forças e Armadas e agrupamentos de esquerda não menos extremistas; de que seria fruto da aliança de um setor "moderado" da oposição com outro não menos "moderado" das Forças Armadas. Porém, a própria composição do último governo militar e do primeiro civil desmentia tal ficção.

Figueiredo, o "general da abertura", tivera longa carreira nos serviços de informação e, segundo um oficial médico, declarara, em particular, ter presenciado sessões de tortura (Lobo, 1989, p. 39). Sarney fora um dos principais líderes do partido que dera sustentação à ditadura. Durante o governo de Figueiredo, parte expressiva dos principais postos de comando do Exército era ocupada por generais oriundos dos órgãos repressivos[19]; sob Sarney, o próprio Ministro do Exército, General Leônidas Pires Gonçalves, tinha também essa origem (Pomar, 2006, p. 87).

Esta ficção, intensamente reproduzida pelos maiores órgãos de imprensa e pelos políticos que dela se beneficiavam, mascarava a realidade de que esta "República" muito pouco tem de "Nova", sendo, na verdade, uma solução de continuidade para um contexto político, social e econômico que se queria preservar. Para além da composição, o "novo" regime compartilhava com a ditadura seus pressupostos relacionados à "segurança nacional", como demonstramos acima.

Manter no poder um arranjo como aquele exigia que se "passasse uma borracha" sobre o passado. A autoanistia da ditadura foi, assim, mais do que uma forma de garantir a impunidade dos militares e policiais autores de violações de direitos humanos. Ela viabilizava

[19]"Com o pé no freio". *Veja*, 18 de fevereiro de 1981, p. 15.

– pelo menos em princípio – um esquecimento do que fora o passado, permitindo, assim, que boa parte dele se mantivesse naquilo que era construído como o "futuro".

5 – A luta pela memória

Conforme informamos acima, os movimentos que lutavam pela anistia nunca aceitaram a Lei 6683/79 como solução definitiva.

É bem verdade que ela proporcionava a volta ao país de lideranças políticas e sociais importantes. Quanto àqueles que ainda estavam presos ou exilados, acusados de terem pegado em armas contra o governo, sua situação foi sendo resolvida, ainda que de forma bisonha, através da revisão de penas, possibilitada por uma versão mais branda da Lei de Segurança Nacional, promulgada em 1979 (Kucinski, 2001, p. 108). Nos primeiros anos da década de 1980, estavam, praticamente todos, livres e de volta ao país.

Restavam, acima de tudo, duas questões: a primeira delas era levantar as circunstâncias exatas das mortes e desaparecimentos de militantes e, neste último caso, empreender a busca pelos locais de sepultamento; a segunda, lutar pela punição dos responsáveis por estes crimes, o que implicaria em uma revisão da lei de autoanistia.

Diversas organizações se formaram com este fim, sendo a principal delas o Grupo "Tortura Nunca Mais", com ramificações em diversos estados. Fundado em 1985, dedica-se até hoje não só às questões acima, mas também à luta pelo respeito aos direitos humanos no presente[20].

O nome do grupo se inspirava no Projeto *Brasil: Nunca Mais*, uma impressionante iniciativa surgida em 1979 e coordenada pelo Arcebispo de São Paulo, D. Paulo Evaristo Arns, que consistiu em copiar, clandestinamente, os processos políticos arquivados no Superior Tribunal Militar (STM), em muitos dos quais os presos processados faziam vívida descrição das torturas sofridas e denunciavam assassinatos de companheiros.

Organizados e compilados, os dados dos arquivos deram origem a um impressionante relatório, em 12 volumes, que buscava abarcar todas as dimensões da repressão política levada a cabo pela ditadura. Encerrada esta parte do trabalho, alguns intelectuais foram encarregados de produzir, em forma de livro, uma versão sintética do relatório, para possibilitar a sua divulgação a um público mais extenso.

[20]Ver http://www.torturanuncamais-rj.org.br/ - Acesso em 30/03/2012.

Só com a publicação deste livro (ARQUIDIOCESE, 1985), em 1985, é que o Projeto *Brasil: Nunca Mais*, passou a ser conhecido pela sociedade e mesmo pelo governo. Trabalhara, até então, sob um regime da mais severa clandestinidade. A publicação obteve um sucesso estrondoso e inesperado, revelando o interesse da sociedade brasileira (ou, pelo menos, de parte muito expressiva dela) em conhecer aquilo que a autoanistia da ditadura procurava levá-la a esquecer[21].

As Forças Armadas, enquanto isso, davam mostras de que não pretendiam ceder um milímetro em sua postura de manter o passado – e vários de seus protagonistas – enterrados. Foi também no ano de 1985 que, acompanhando o Presidente José Sarney em visita oficial ao Uruguai, a deputada Bete Mendes, ex-militante da Vanguarda Armada Revolucionária – Palmares (VAR – Palmares), presa e torturada em São Paulo, em 1970, reconheceu no adido militar brasileiro naquele país, Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o chefe de seus torturadores, encaminhando, na volta ao Brasil, carta ao presidente denunciando Ustra e pedindo sua remoção, episódio que repercutiu bastante na imprensa.[22]

O Ministro do Exército não se intimidou. Em nota, solidarizou-se com Ustra e os outros integrantes do aparelho repressivo, confirmou a permanência do Coronel no cargo e afirmou que o Exército "jamais será atingido pelo revanchismo de subversivos que o obrigaram a sair dos quartéis para que a nação não trilhasse caminhos ideológicos indesejados pelo nosso povo"[23].

Episódios como esses se multiplicaram ao longo dos últimos 25 anos. Um exemplo maiúsculo foi a descoberta, em 1990, de uma vala clandestina no cemitério de Perus, em São Paulo, na qual a repressão sepultou os restos mortais de muitos dos guerrilheiros executados[24]. Outro foram as entrevistas, à revista *Veja*, dos ex-militares Marival Chaves do Canto[25] e Marcelo da Paixão Araújo[26], reconhecendo a prática da tortura e das execuções sumárias.

Apesar de todas essas revelações, os avanços foram muito pequenos. Em 1995, o governo federal, sob a gestão de Fernando Henrique Cardoso (ex-professor, aposentado compulsoriamente pela ditadura) reconheceu a responsabilidade do Estado pelas torturas, mortes e desaparecimentos, indenizando muitas das vítimas e suas famílias. Já no governo de

[21]O processo de concepção, organização, pesquisa e redação do *Brasil: Nunca Mais* foi analisado por FIGUEIREDO, 2009, pp. 15-66.
[22]A título de exemplo ver "Amargo reencontro". *Veja*, 21 de agosto de 1985, pp. 10-7.
[23]"Alvo protegido". *Veja*, 25 de agosto de 1985, p. 120.
[24]"Mortos se levantam". *Veja*, 1147, 12 de setembro de 1990, pp. 30-2.
[25]"Fratura exposta". *Veja*, 1263, 25 de novembro de 1992, pp. 22-3.
[26]"Torturei uns 30". *Veja*, 09 de dezembro de 1998. Disponível em: http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html – Acesso em 17/01/2011.

Luiz Inácio Lula da Silva (ex-líder sindical, processado e preso com base na Lei de Segurança Nacional) este trabalho prosseguiu, e foram elaborados e publicados novos relatos sobre aqueles acontecimentos. Mais recentemente, o governo de Dilma Roussef (ex-guerrilheira, presa e torturada pelo regime) criou a Comissão da Verdade, encarregada de investigar os acontecimentos e chegar a um relatório oficial.

Sobre a responsabilização dos autores das atrocidades, porém, nenhum avanço concreto foi obtido. De forma geral, prevalece a impunidade, reforçada pela decisão do Supremo Tribunal Federal em 29 de abril de 2010, que considerou válida a autoanistia da ditadura[27].

6 – Considerações finais

Tentemos, agora, voltar às questões que ensejaram nossa breve reflexão, conectando-as ao que foi exposto nas páginas acima. Mas, sem pretender encerrá-las; ao contrário, façamos uma reflexão no sentido de abri-las, de convidar ao debate em torno delas.

O arranjo político que deu origem à Nova República não impediu que setores da sociedade lembrassem e denunciassem as atrocidades cometidas pela ditadura contra seus opositores. Porém, aquele arranjo foi bem sucedido em seu objetivo de preservar os autores daquelas violações de qualquer responsabilização legal.

Conscientes de sua própria impunidade, os militares da reserva partem para a ofensiva e tentam estabelecer um contraponto ao discurso das entidades de defesa dos direitos humanos. Sem negar, em essência, as denúncias, procuram "empatar o jogo" ao lançar a carta da "teoria dos dois demônios", que os supõe iguais às suas vítimas. Neste esforço, são ajudados por parcelas significativas da grande imprensa, que veicula as mesmas idéias.

Não se trata apenas de provocar a esquerda ou marcar uma posição política. Também não é apenas uma questão que concerne só à reserva. Trata-se de reforçar aquela posição de impunidade e de manutenção de prerrogativas constitucionais mantidas pelas Forças Armadas – o que traz a questão ao domínio dos militares da ativa, silenciosos em virtude dos códigos disciplinares, mas não necessariamente inativos politicamente.

Não se pode nem mesmo supor que tais comemorações digam respeito apenas à caserna, ativa ou reservista. Com efeito, o discurso dos "dois demônios" favorece também aos setores civis que colaboraram com a ditadura e com a repressão – partes da imprensa, do

[27]"Por 7 votos a 2, STF mantém Lei da Anistia sem alteração". Folha *de S. Paulo*, sexta-feira, 30 de abril de 2010. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3004201002.htm – Acesso em 27/02/2011.

poder judiciário, da Igreja etc., interessadas no confortável esquecimento em que esse discurso coloca sua participação no processo.

Mas por que jovens estudantes assumem a responsabilidade de contestar essa fala, reagir contra a celebração do arbítrio e sofrer as conseqüências – que não deixam de ser violentas – desta atitude?

É próprio do movimento estudantil assumir este tipo de demanda, o que se poderia explicar pela tradição esquerdista que perpassa suas fileiras e também pelo maior acesso à informação histórica que essa mesma tradição provê. Mas esta explicação, ainda que verdadeira, não nos parece suficiente.

O cerne de nossa argumentação foi que o arranjo político que deu origem à "abertura" e à "Nova República" teve o objetivo de preservar muito do *status quo* criado pelo regime civil-militar. Ora, o estudante, sobretudo o universitário, é atingido diretamente por alguns aspectos dessa manutenção – vide a repressão policial de que foram alvo, recentemente, na Universidade de São Paulo (USP), ocupada pelas tropas da Polícia Militar daquele estado, bem como aconteceu em Fortaleza e outras cidades, onde lutavam pelo passe-livre nos ônibus.

Não se trata de mera coincidência. Falamos da obsessão da ditadura no sentido da desmobilização dos movimentos sociais. No período autoritário, em pelo menos duas ocasiões – 1968 e 1977 – a mobilização dos estudantes, se não chegou perto de derrubar o arbítrio, colocou em xeque a imagem de normalidade constitucional a que ele aspirava. A repressão que hoje se abate sobre o movimento estudantil – bem menos violenta, reconhecemos – é expressão do mesmo medo da participação política da juventude, e da mesma visão conservadora segundo a qual o estudante só serve para estudar.

Reprimidos ao lutar por legítimas reivindicações – liberdade, assistência, qualidade na educação – os estudantes de hoje, quase certamente, identificam-se com os de 1968 e 1977 – vale lembrar que, no primeiro caso, as palavras de ordem iniciais pediam "mais verbas" e vagas para os excedentes (aprovados no vestibular que não obtinham vagas), e só se politizaram um pouco mais tarde, sobretudo após o assassinato, pela polícia militar, de um estudante durante uma manifestação pela melhoria da alimentação no restaurante universitário do Rio de Janeiro.

Assim, preferimos enxergar, em sua presença e seu protesto na porta do clube militar, uma demonstração da permanência não da mesma situação – o país é outro, os militares idem, assim também os estudantes – mas de algumas questões, originadas no passado, às quais o presente não tem tido vontade de oferecer resposta.

A repressão de que estes jovens foram alvo na tarde do dia 29 também pode ser explicada por uma destas permanências – a insistente opção por uma organização militar na tarefa de prover policiamento ostensivo. Organizadas como força auxiliar do Exército, tropa militar, as PM têm sempre uma tendência a se opor à população civil, em vez de interagir com ela. Acabam funcionando como garantia de que a presença do povo na arena pública pode ser controlada de acordo com a vontade do Estado.

E os poderes constitucionais brasileiros? Por que mesmo os três últimos governos – encabeçados por militantes outrora perseguidos pela ditadura – preferem a condenação internacional, o constrangimento, o descompasso em relação aos vizinhos que, de uma forma ou de outra, procuram encarar de frente um passado ditatorial muito semelhante ao nosso – e, quase sempre, mais violento ainda?

A resposta mais óbvia nos levaria, de novo, à permanência de inúmeras prerrogativas militares, fator que levaria qualquer governo a pensar duas vezes antes de entrar em atrito com as instituições castrenses que ele, supostamente, comanda. Por ser óbvia, não deixa de ser verdadeira. Mas podemos aprofundar um pouco nossa explicação.

Um governo que pretendesse levar a efeito um verdadeiro processo de memória, verdade e justiça deveria, em primeiro lugar, conectar-se a setores da sociedade que fossem portadores da mesma demanda. Estes não são apenas os estudantes – mas também operários, camponeses, mulheres, organizações de defesa de direitos humanos etc. – todos têm interesse na apuração do passado e no que o conhecimento deste tem a colaborar com suas demandas específicas.

Porém, a lógica excludente da Nova República, que discutimos ao longo deste artigo, parece ter acostumado os governantes aos arranjos elitistas – “por cima”, no jargão político – em detrimento da composição de forças com os movimentos sociais. Trazer estes para o centro do processo político, seja para apurar os crimes da ditadura, seja com qualquer outro objetivo, implicaria em reconhecer-lhes a legitimidade e a independência. Uma tarefa que a atual geração de políticos brasileiros, mesmo os de esquerda, não parece preparada para cumprir.

7 –Bibliografia

AARÃO REIS FILHO, Daniel. *A revolução faltou ao encontro*: os comunistas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

AARÃO REIS FILHO, Daniel. *Ditadura militar, esquerdas e sociedade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ALVERGA, Alex Polari de. *Em busca do tesouro*. Rio de Janeiro: Codecri, 1982.

FICO, Carlos. *Como eles agiam*. Os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por olho*. Os livros secretos da ditadura. Rio de Janeiro: Record, 2009.

GABEIRA, Fernando. *O que é isso, companheiro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas*. São Paulo: Ática, 2003.

GRECO, Heloísa Bizoca. A dimensão trágica da luta pela anistia. In: *Cadernos Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, v. 8, n. 13, p. 85-111, jan/dez 2005.

GRINBERG, Lúcia. Partido político ou bode expiatório: um estudo sobre a Aliança Renovadora Nacional (Arena). Rio de Janeiro, Mauad, 2009.

GUARANY, Reinaldo. *A fuga*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

KUCINSKY, Bernardo. *O fim da ditadura militar*. São Paulo: Contexto, 2001.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de Guarda.* Jornalistas e censores, do AI5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2004.

LOBO, Amílcar. *A hora do lobo, a hora do cordeiro*. Petrópolis: Vozes, 1989.

MATAROLLO, Rodolfo. Argentina: 25 anos contra a impunidade. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, n. 31, fevereiro de 2010, pp. 18-19.

MATAROLLO, Rodolfo. En Stalingrado todos tenían frio... In: *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur, Buenos Aires, janeiro de 2006. Disponível em: http://www.insumisos.com/diplo/NODE/802.HTM – Acesso em 23/07/2010.

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e Repressão*. O autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. *Massacre na Lapa*. Como o Exército liquidou o Comitê Central do PC do B – São Paulo, 1976. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

RIDENTI, Marcelo. Resistência e mistificação da resistência armada contra a ditadura: armadilhas

para pesquisadores. In: AARÃO REIS FILHO, Daniel; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto de Sá. *O golpe a ditadura militar*: 40 anos depois (1964-2004). Bauru: Edusc, 2004.

TAPAJÓS, Renato. *Em Câmera Lenta*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1979.

ZAVERUCHA, Jorge. *Frágil democracia*. Collor, Itamar, FHC e os militares. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ZAVERUCHA, Jorge. *Rumor de sabres*. Tutela militar ou controle civil? São Paulo: Ática, 1994.

A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

THE IMPORTANCE OF POPULAR PARTICIPATION IN THE MANAGEMENT OF PUBLIC FUNDS

Karla Oliveira Resende Souza[1]

RESUMO: No presente estudo, buscamos demonstrar a relevância da participação popular na elaboração do Orçamento Público e do Orçamento Participativo como forma de mecanismo governamental da democracia participativa, visando à descentralização do poder executivo com o respectivo aumento da participação popular. A participação popular consiste em importante ferramenta de gestão e apoio governamental, proporcionando ao cidadão comum a oportunidade de arbitrar sobre os rumos da sociedade, opinando sobre as prioridades e fiscalizando a aplicação dos recursos públicos.

Palavras-chaves: participação popular, descentralização do poder executivo, orçamento público, orçamento participativo.

ABSTRACT: In the present study we demonstrate the importance of popular participation in the preparation of the Budget and Public Participatory Budgeting as a form of government mechanism of participatory democracy, aiming at the decentralization of executive power with its increased popular participation. Popular participation is an important management tool for government support, giving ordinary citizens the opportunity to arbitrate on the direction of society, opining on the priorities and overseeing the implementation of public resources.

Keywords: popular participation, decentralization of executive power, public budgeting, participatory budgeting

[1] Coordenadora do Núcleo de Assessoria Jurídica da Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte URBEL. Formada em Direito pela Faculdade Integrada do Oeste de Minas e pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É mestranda em Direito pela Universidade FUMEC na linha de pesquisa de Direito Público. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Novos Horizontes.

1.Introdução

A administração autoritária já não pode mais ter espaço em nossa sociedade, sendo a administração consensual uma necessária integração entre a população e seu governo.

Por muitos anos o Brasil, oprimido por um regime militar autoritário e centralizador, foi comovido pelo movimento das "Diretas Já" no ano de 1984, garantindo dois anos depois a eleição de um Congresso Nacional com Poderes Constituintes[2], responsável pela elaboração da Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como Constituição Cidadã[3], onde se encontra positivado o princípio constitucional da participação popular.

A República Federativa do Brasil adotou, em seu texto constitucional, a democracia representativa conjugada a mecanismos de participação popular[4], devendo a nossa democracia ser exercida, conjuntamente, por representantes livremente eleitos pelo povo.

A Constituição de 1988 também mudou a sistemática de elaboração do orçamento público, fixando a obrigatoriedade da elaboração do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei do Orçamento Anual (LOA), sendo prerrogativa dos Legisladores a participação, de forma concreta, na elaboração dos planos e dos orçamentos públicos, nos três níveis de governo.

Outra mudança trazida pela Constituição foi a posição dos Municípios na Federação, os considerando componentes da estrutura federativa. O artigo 18 estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

O fomento a democracia e as alterações impostas pela Carta Constituinte de 1988, permitindo aos municípios a administração de questões locais, foram de grande relevância para o desenvolvimento do Orçamento Participativo determinando uma nova maneira de constituírem-se os objetivos centrais da governança municipal.

---

[2] BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4ªed.Editora Malheiros, (2003, p.268), ensina que o Poder Constituinte é essencialmente um poder de natureza política e filosófica, vinculado ao conceito de legitimidade imperante numa determinada época. Como tal, é sempre poder primário, de ocorrência excepcional, exercitando-se para criar a primeira Constituição do Estado ou as Constituições que posteriormente se fizerem mister.

[3] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. (2007, p.90), explica que a expressão "Constituição Cidadã" foi utilizada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da Cidadania.

[4] Constituição Federal art. 14: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular".

2.Administração Pública Consensual

A Administração Pública, por meio de seus complexos de órgãos e corpo de agentes realiza grande número de atividades, cujo objetivo primordial é atender as necessidades e interesses da população.

Alguns autores, como Hely Lopes Meirelles (2003, p.58) distinguem duas fusões da expressão Administração Pública, segundo o mesmo, para evitar confusão, ao utilizar a expressão com letras minúsculas, se refere à função administrativa, já a utilização da expressão com maiúsculas, se refere a entidades e órgãos administrativos.

Sob o argumento de trabalho em prol da coletividade os governantes[5], condutores da Administração Pública[6], muitas vezes colocam seus interesses a frente dos da coletividade e realizam as atividades públicas de forma irregular, em nome do Estado.

A vontade do soberano em detrimento do interesse da coletividade, não tem tido guarida nos dias de hoje. As mudanças na relação entre Estado e sociedade tem se transformado. No Estado absolutista havia um controle que oprimia e distanciava os indivíduos da atuação estatal, a mudança de paradigmas ocorrida a partir do século XX, fez com que houvesse a inserção do cidadão na administração pública. E neste sentido, sobressalta consideração elaborada por Odete Medauar (2010, p. 30-31):

> A partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a idéia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com freqüência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração: perante esta, o individuo continuava ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional. Em vários ordenamentos estrangeiros e também no brasileiro muitas normas e medidas vem sendo implantadas para que a democracia

[5] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª ed. (2010, p. 51) esclarece que algumas afirmações vêm sendo reiteradas para distinguir Administração e governo. Este tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até ao seu futuro; Administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Também se diz que o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabendo à Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes – nessa linha, a Administração apareceria como dependente do governo ou submetida às diretrizes do governo. [...] Mas, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. [...] Além do mais, no Brasil coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação entre ambas.

[6] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. (2003, p.143) enfatiza que a Administração Pública deve ser considerada como produto do contemporâneo desenvolvimento de várias tendências, correspondentes a exigências reais da sociedade; exigência de quadro organizacional resultante da integração de Administração e governo, capaz de produzir atividades com empenho e a presteza que a realidade atual exige dos Poderes Públicos.

> administrativa se efetive. Isso porque o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.

Na atualidade os cidadãos demandam a oitiva na tomada de decisões, em casos concretos, onde estejam envolvidos diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos. Desta forma, há a intervenção da população na tomada de decisões contando com a participação daqueles que não detém obrigações legais para com o Estado, ocorrendo mudança significativa no paradigma, uma vez que as decisões eram tomadas apenas pelos representantes do governo.

Wallace Paiva, (2010, p.327), pondera:

> O homem (ser gregário pela ordem natural das coisas) integra grupos de convivência (família, sociedades civis, ou comerciais, associações, sindicatos, partidos políticos etc.), para desenvolvimento de suas aspirações (sociais, políticas, religiosas, desportivas, comunitárias, culturais, etc.). A maioria desses círculos de convivência humana tem suas regras de conduta estabelecidas, reconhecidas e asseguradas por lei. Pertencendo a todos indivisivelmente, seu governo é exercido pelas decisões coletivamente tomadas. Cada indivíduo no grupo social, como titular de direitos e deveres, é estimulado a participar do respectivo processo, como reflexo da dignidade da pessoa humana. Essa índole participativa projeta-se nas suas relações com o Estado, com graus de intensidade variáveis que influenciam a legitimidade real da representação política no processo decisório [...]

Dalmo de Abreu Dallari (2001, 304) comenta que o Estado Democrático é um ideal possível de ser atingido, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente. Para atingi-lo, é imprescindível que sejam atendidos os seguintes pressupostos[7]: *eliminação da rigidez formal*, *supremacia da vontade do povo*, *preservação da liberdade* e *preservação da igualdade.*

[7] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22ª ed.(2001, p.304, 305 e 307). Assim expõe o autor acerca dos pressupostos*: Eliminação da rigidez formal*, a idéia de Estado Democrático é essencialmente contrária è exigência de uma forma preestabelecida. Tanto uma estrutura capitalista quanto uma socialista podem ser democráticas ou totalitárias, o mesmo acontecendo quando o poder é concentrado ou formalmente dividido, quando o governo é parlamentar ou presidencial, monárquico ou republicano. [...] Para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. [...] *Supremacia da vontade do povo*, um dos elementos substanciais da democracia é a prevalência da vontade do povo sobre a de qualquer individuo ou grupo. [...] Não havendo a possibilidade de um acordo total quanto às diretrizes políticas, não há razão para que se prevaleça à opinião de um ou de outro grupo, devendo preponderar a vontade do povo. Mas o povo é uma unidade heterogênea, sendo necessário atender a certos requisitos para que se obtenha sua vontade autêntica. Em primeiro lugar, essa vontade deve ser *livremente formada*, assegurando-se a mais ampla divulgação de todas as idéias e o debate sem qualquer restrição, para que os membros do povo escolham entre múltiplas opções. Em segundo lugar, a vontade do povo deve ser *livremente externada*, a salvo de coação ou vicio de qualquer espécie. È indispensável que o Estado assegure a livre expressão e que mecanismos de aferição da vontade popular não dêem margem a influência de fatores criados artificialmente, fazendo-se esta aferição com a maior freqüência possível. [...] verifica-se que é inerente a convivência humana o *direito de divergir*, e que a todos os indivíduos deve ser assegurado esse direito. [...] A

O Autor citado afirma que estes pressupostos, fundamentais do Estado Democrático, faz do Estado uma organização flexível, assegurando a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, deixando de ser a democracia um ideal utópico, convertendo-se a uma ordem social justa.

Verifica-se que a relação entre Sociedade e Estado tem passado por transformações, não tendo mais espaço hoje, o Estado absolutista e centralizador. Para que se possa alcançar maior eficiência administrativa, faz-se necessário a participação e a consensualidade[8].

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)[9].

3.Princípios Inerentes à Administração Pública

A doutrina em geral atribui várias funções distintas aos princípios[10] e de forma unânime concordam com sua relevância para o sistema normativo.

---

preservação da liberdade, a possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. [...] A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada individuo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades. [...] A *preservação da igualdade*. Também a igualdade já se pôs como um valor fundamental da pessoa humana, ligado à igualdade substancial de todos os homens. [...] A concepção da igualdade como *igualdade de possibilidades* corrige essas distorções, pois admite a existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença de mérito individual, aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade.

[8] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. (2000, p.40) enfatiza que, no passado o único limite que atuava era o *moral*, inspirado pelo sentimento religioso. Com o Estado de Direito, surgiu o limite da *legalidade*, estabelecido pela lei. Com o Estado Democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da *legitimidade*, dependente do *consenso* sócio-político. De um lado, assim, as barreiras da *ordem jurídica*, postas pelos padrões da lei, e, de outro, a *vontade popular*, impostas, se possível, permanentemente, através da *participação política*. Estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à *escolha dos governantes*, e a democracia emergente deste final do século XX, voltada *à escolha de como se quer ser governado*.

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2000, p.41).

[10] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, (1997, p. 61): não há ciência sem princípios. Toda construção científica se funda em proposições abstratas, que são induzidas de um conjunto de normas. As normas, por sua vez, *explicam* ou *regem* os fatos, conforme se trate de ciência descritiva ou de ciência normativa. Em síntese, os princípios são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado *sistema de leis*. Depois de induzidos os princípios, o sistema a que se referem ganha clareza e unidade, qualidades imprescindíveis para as tarefas de educação, indução, interpretação e aplicação das normas por eles informadas. Daí a essencialidade de seu estudo em qualquer disciplina científica.

A constituição vigente dedicou um capítulo à Administração Pública, deixando expresso em seu artigo 37, os princípios a serem observados por qualquer ente federativo, determinando a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a observância aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Ressalta-se que esses princípios expressos[11] no texto constitucional, não são os únicos apontados pela doutrina administrativista.

Os princípios constitucionais formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa[12].

Segundo Odete Medauar (2010, p.125) tendo em vista que as atividades da Administração Pública são disciplinadas preponderantemente pelo direito administrativo, tais princípios podem ser considerados também princípios jurídicos da Administração Pública brasileira.

O princípio da legalidade encontra fundamento constitucional no art. 5º, II, prescrevendo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", constituindo uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Este princípio deve ser observado pelo administrador público em sua atividade administrativa, fazendo com que a mesma seja condizente com a legislação em vigor[13].

Obedecendo a lei, impessoal e editada pelo poder legislativo, garante-se a atuação do executivo obedecendo à vontade geral. O principio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*[14].

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.162) a discricionariedade administrativa é limitada pelo Direito e pela Moral, entre as varias soluções legais

---

[11] Para José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.16) estes princípios revelam-se diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.

[12] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo, 2003, p.63.

[13] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (2005, p.16 e 17) pondera que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O principio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legitima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.

[14] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 2003, p.91: instaura-se o principio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. o art, 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprimento ditas leis, dar-lhes a concreção necessária.

admissíveis, a Administração Pública tem optar por aquela que assegure o "mínimo ético" da instituição.

Desta forma, o princípio da moralidade está intimamente ligado com a idéia de probidade, sendo certo que qualquer ação administrativa que não respeite à moralidade administrativa é passível de anulação.

Não basta que o administrador público obedeça ao texto legal, é preciso que, além da legalidade, suas atividades observem a moralidade administrativa, que seria, em última análise, um controle moral essencial à Administração Pública[15].

O texto Constitucional, ao consagrar o principio da moralidade administrativa, consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral[16].

O principio da moralidade não se traduz em poucos vocábulos, tendo em vista a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração[17].

Por sua vez, o principio da Impessoalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*. Desde que o principio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros[18].

A Administração Pública é mera depositária dos interesses dos particulares, incluindo-se aí não só os bens como as verbas públicas, não podendo jamais, favorecer ou prejudicar

---

[15] Neste sentido DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa Na Constituição de 1988*, p. 154, ensina que relacionar a moralidade com a intenção do agente significa colocar a questão em termos de legalidade e tirar qualquer sentido às normas constitucionais que revelam a preocupação do constituinte brasileiro, em inserir a moralidade como requisito de validade da atuação administrativa. Mas há ainda outro inconveniente resultante dessa colocação: é o fato de ser extremamente difícil a pesquisa da intenção do agente, de modo a concluir pela legalidade do ato. Por isso mesmo a moralidade há de estar localizada em outros aspectos que não o da finalidade, ainda que nesta esteja também presente. Sua presença há de ser mais objetiva do que subjetiva. O principio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades.

[16] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20 ed. (2006, p. 305).

[17] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 2ª ed. (1998, p.138).

[18] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28 ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 28ª ed. (2003, p.90)

alguns, em detrimento de outros. Certo, assim, que o interesse de cada um é custodiado e exercido pela Administração Pública, em nome da coletividade[19].

Para que se produzam resultados[20] favoráveis à coletividade, a Administração Pública deve realizar suas atribuições com presteza, perfeição e eficiência. Não basta que a administração pública exerça suas atividades em conformidade com a lei, deve-se buscar resultados para o atendimento as necessidades da sociedade.

A Emenda Constitucional nº 19/98 acrescentou aos princípios, concernentes à administração pública, o principio da eficiência, pondo fim em discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca de sua existência implícita na Constituição Federal[21].

Em inúmeros países a partir da década de 90 do século XX, a eficiência tornou-se um dos ideais das reformas administrativas realizadas em inúmeros países, objetivando a ocorrência de resultados de modo rápido e preciso, de forma a atender as demandas da população[22].

No principio da publicidade[23] temos a necessidade de informação e publicidade dos atos do executivo, sendo vedado atos secretos ou sigilosos, salvo exceções normativas, como instrumento do principio constitucional da transparência administrativa. Este principio deve ser observado pelos agentes públicos, das entidades e órgãos de qualquer esfera administrativa: municipal, estadual ou federal.

Através da divulgação dos atos da administração pública viabiliza-se a inserção e a participação popular, pois, pela revelação das razões da decisão administrativa, proporciona-se a crítica, a reação, a adesão e o controle[24].

A publicidade é o primeiro estágio da transparência administrativa, permitindo o conhecimento e o acesso, sendo a partir da transparência administrativa que se propicia o

---

[19] TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (1995, p.42)

[20] FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 5ª ed. (2004, p.37): A Administração Pública, embora não tenha, em principio, a função de produzir resultados econômicos, deve atuar em observância à máxima custo/beneficio. O Administrador Público precisa ter em mente que ele é gestor de coisa pública, coisa da sociedade, e, por isso, deve planejar a atividade que dirige de forma a gastar menos e obter o máximo de resultado social e econômico, quando for o caso.

[21] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20 ed. (2006, p. 307).

[22] MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. (2003, p.242).

[23] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. (1997, p.63), aponta que a publicidade, no Direito Público, considerada sob outro ângulo, é um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que sem ela tornar-se-ia impossível o controle da legalidade da ação do Estado, e uma falácia o Estado de Direito.

[24] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular. 2010, p.60.

desenvolvimento da atuação administrativa com a participação do administrado, dando ênfase ao caráter público da gestão administrativa[25].

Wallace Paiva Martins Júnior (2010,p.39) afirma que a transparência não é instrumento da participação, e, sim, o contrário; esta proporciona aquela, como também é instrumento da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade etc.

4.A Autonomia Municipal frente à Constituição de 1988

Para a consolidação do regime democrático o município é uma peça essencial, nele se vê a pratica da democracia em pequenas comunidades, que depois se generaliza na extensão de toda a amplitude nacional. Para esta consolidação realiza-se uma descentralização política, da qual as principais formas são a descentralização federal, a estadual ou a provincial e a municipal[26].

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, no mesmo sentido, o artigo 18 disciplina que a organização político administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A partir de então, os municípios brasileiros passaram a ter autonomia política, legislativa, administrativa, financeira e organizativa, característica relevante e inovadora do federalismo brasileiro[27]:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[25] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular. (2010, p.37).
[26] FERREIRA, Pinto. Comentários a Constituição Brasileira, 2º Volume. (1990, p. 203).
[27] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.13ª ed.(2003,p.347): Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o principio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia. Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988. A concepção política desse poder transitou de uma modalidade "política" e abstrata, historicamente frágil e passageira, não obstante sua amplitude teórica, para uma versão mais sólida, porém menos larga, ou politicamente menos ambiciosa, a qual, em compensação, lhe confere, dentro de quadros formais rígidos, uma superior conotação de juridicidade institucional, de máxima autonomia possível. Um poder municipal realisticamente concebido, pois, no Estado, em contraste com aquele esboçado contra o Estado, conforme constava das primeiras versões políticas da filosofia da liberdade.

> III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
> IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
> VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
> VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
> VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
> IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Desta forma, os municípios brasileiros, previstos como entidade federativa[28], tiveram garantidos direitos para que prevalecessem à autonomia[29] para execução dos temas relacionados ao interesse local[30], sem necessidade de aprovação dos governos estadual ou federal[31].

Pela Constituição, o que define a área de atuação do Município é o interessa local, como aponta Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 318):

> Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razoes de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o beneficio trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.

No que diz respeito à autonomia, José Afonso da Silva, enfatiza que ela se estabelece em quatro capacidades: *capacidade de auto-organização*, *capacidade de autogoverno*, *capacidade normativa própria* e *capacidade de auto-administração*, encontrando-se

---

[28] Artigo 1º da Constituição Federal.

[29] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed.(2003, p.66) ensina que autonomia significa etimologicamente autogoverno (mais exatamente, governo de si próprio de acordo com regras por si próprio estabelecidas). Mas na linguagem usual do Direito Publico significa governo de si próprio dentro de um âmbito fixado (e limitado) por um poder mais alto, o poder soberano.

[30] CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 10ª ed. (2004, p.523) comenta que o texto constitucional, para delimitar a matéria de competência municipal, substituiu a expressão "peculiar interesse", da tradição de nosso constitucionalismo, por "interesse local" não implicando mudança do sentido que aquela expressão sempre teve em nosso Direito, consistindo no interesse predominante e não exclusivo do município, em relação aos interesses da União e dos Estados. O texto constitucional não restringiu, com a adoção de "interesse local", a autonomia dos municípios.

[31] Autonomia é a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido, como se nota pelos arts. 25, 29, e 32 que a reconhecem aos Estados, Municípios e Distrito Federal, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição.

caracterizadas a *autonomia política, autonomia normativa, autonomia administrativa* e a *autonomia financeira*[32].

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2012, p.83) explica o Município se movimentará e se auto-administrará, pois nela estará delimitada toda sua atividade administrativa, permitindo-lhe organizar e prestar, diretamente ou sob-regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local.

Quanto à organização política deve-se entender a criação de órgãos indispensáveis e as regras básicas a serem adotadas pelo Município. Diz respeito à constituição dos poderes municipais, executivo e legislativo, bem como à organização da Câmara dos Vereadores, e às funções de prefeito, vice-prefeito e vereadores[33].

O artigo 30, em seu inciso III, delegou aos municípios a aptidão de instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestação de contas. Desta forma, o município é livre para aplicar o produto da arrecadação, em conformidade com a lei orçamentária.

A Constituição também possibilitou aos municípios elaborar sua Lei Orgânica, indicando quais as matérias de competência privativa municipal. Esta capacidade está prevista no artigo 29: "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...)".

Para o constitucionalista Uadi Lammego Bulos (2010, p.911), a lei orgânica é o mais alto diploma normativo do município, quando os vereadores a elaboram estão obrigados a respeitar os princípios estabelecidos na Constituição da República e do respectivo estado-membro, sob pena de se fazer uma lei inconstitucional.

---

[32] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. (2007, p.641): *capacidade de auto-organização,* mediante a elaboração de lei orgânica própria; *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do prefeito e dos vereadores às respectivas câmaras municipais; *capacidade normativa própria*, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas a sua competência exclusiva e complementar; *capacidade de auto-administração* (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local). Nessas quatro capacidades, encontram-se caracterizadas a *autonomia política* (capacidade de auto-organização e de autogoverno), a *autonomia normativa* (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a *autonomia administrativa* (administração própria e organização dos serviços locais) e a *autonomia financeira* (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica de auto-administração).

[33] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

5.O orçamento Público no Brasil

O orçamento público[34] é um documento legal aprovado por Lei, onde se estabelece a origem e a aplicação dos recursos públicos obedecendo aos princípios da universalidade, anualidade, unidade orçamentária e equilíbrio. Esta peça orçamentária prevê a receita e fixa a despesa de igual valor, objetivando a execução e manutenção da Administração Pública.

A lei orçamentária constitui um poderosíssimo instrumento de controle dos recursos financeiros pela sociedade. É tão importante que, todas as constituições federais e estaduais, bem como as leis orgânicas dos municípios, consagraram dispositivos sobre esta programação financeira.

Por muito tempo o orçamento público se apresentou, como um quadro de técnica contábil, o qual dispunha as receitas e as despesas públicas para que o Estado pudesse satisfazer as suas necessidades[35].

O tema orçamento foi fortemente discutido entre os constituintes, pois era visto como insígnia dos detentores do poder durante o período autoritário. Sendo garantidos na Carta Constitucional novos conceitos e regras, bem como a consagração e a confirmação de princípios e normas.

Entre as inovações, podemos citar a exigência de, anualmente, o Executivo encaminhar ao Legislativo[36], o projeto de lei de diretrizes orçamentárias com o objetivo de orientar a elaboração da lei orçamentária.

Apesar da Lei n. 4.320/64[37], ter efetivado a adoção legal do orçamento em consonância com o plano de trabalho do Governo no Brasil, foi somente com a Constituição

---

[34] Heilio Kohama "Contabilidade Pública, Teoria e Prática", (2003, p.109), comenta que entende-se hoje o orçamento como uma técnica especializada de administração do dinheiro público, onde se procura, através de um processo de elaboração, execução e avaliação de programas, previamente formulados, a melhor aplicação dos recursos financeiros disponíveis.

[35] ANGELICO, João. Contabilidade Pública. 8ª ed. (1994, p.22) ensina que o orçamento tradicional é aquele que se elaborava antes do advento do orçamento-programa. Tratava-se de um simples relacionamento das receitas a arrecadar e das despesas de custeio. Era a reunião, num só documento, das duas demonstrações analíticas. Se o total das receitas fosse superior ao das despesas, a diferença positiva seria aplicada na criação de novos serviços ou na ampliação e aprimoramento de serviços já funcionamento. Dessa forma a ampliação dos serviços públicos ficava a mercê da existência de saldo positivo entre a receita e a despesa. Não eram planejados os investimentos, os quais, por não serem especificados e quantificados apriori, ficavam ao sabor das circunstancias. O orçamento ortodoxo nada mais era do que um extenso rol, profundamente analítico, das receitas e das despesas do exercício.

[36] Lino Martins da Silva, "Contabilidade Governamental, Um enfoque administrativo", (2004, p.31) afirma que com a Constituição Federal de 1988, pode-se verificar que, tanto no Brasil como em outros países, foram necessários vários anos para que o controle do orçamento por parte dos representantes do povo fosse reconhecido e, uma vez admitido por quem detinha o poder, se incorporasse às cartas constitucionais. Afirma ainda, no que se refere à evolução histórica do orçamento, que os estudos mostram que ele percorreu três etapas que são identificadas claramente na luta entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo: conquista da faculdade de votar impostos, conquista da faculdade de discutir e autorizar despesas e periodicidade do orçamento e especialização dos gastos.

de 1988, e suas mudanças na concepção da elaboração orçamentária que a vinculação existente entre planejamento e orçamento foi efetivada. Sendo possível, a programação orçamentária voltada não só para o controle de gastos, mas também para a avaliação de resultados.

Nesta concepção o orçamento é o meio pelo qual o poder público fixa as despesas que pretende realizar, em um determinado período, com base nas receitas que espera receber. As despesas são na verdade os objetivos e as metas[38], que Administração Pública pretende alcançar. Desta forma, quando o poder público fixa suas despesas, ele estabelece as metas que a administração pública pretende alcançar para atender as necessidades da população.

A peça orçamentária é um elemento fundamental da Administração Pública, essencial para o planejamento e controle da sua execução, bem como, é um instrumento pelo qual os governantes, sejam na esfera Municipal, Estadual ou Federal, apresentam à sociedade suas metas e prioridades, apresentando a origem e o montante de recursos a serem obtidos e as despesas a serem feitas em determinado período[39].

Da junção do orçamento e planejamento surge a idéia de orçamento-programa[40], sendo uma modalidade de orçamento onde os recursos financeiros destinados para cada tipo de gasto vinculam-se direta ou indiretamente aos objetivos a serem alcançados. Permite-se então, identificar os programas, projetos e atividades que o governo pretende realizar, além de estabelecer os objetivos, as metas, os custos e os resultados esperados dos mesmos.

---

[37] Art. 2° A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

[38] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.43): metas são a mensuração das ações de governo para definir quantitativa e qualitativamente o que se propõe ser atendido e qual parcela se beneficiará com a referida ação. Também, podem-se entender as ações como um marco ou ponto que se pretende alcançar em curto prazo e que, em conjunto, concretizam os programas. Devem ser estabelecidas como alvos a serem atingidos, quantificados no tempo, de tal forma que sejam de fácil aferição em sua realização. Resumem-se em especificação e quantificação físicas dos detalhamentos definidos. Os projetos e atividades são instrumentos de realização dos programas em nível orçamentário e das ações selecionadas para o exercício, detalhados em dotações orçamentárias.

[39] ANGELICO, João. Contabilidade Pública. 8ª ed. (1994, p.19): em outras palavras orçamento público é um planejamento de aplicação dos recursos esperados, em programas de custeios, investimentos, inversões e transferências durante um período financeiro.

[40] Lino Martins da Silva, "Contabilidade Governamental, Um enfoque administrativo", (2004, p.43) explica que o planejamento, a programação e o orçamento como um sistema integrado de gerência tem por objetivo avaliar os custos para a consecução das metas traçadas em comparação com os benefícios a serem esperados dos mesmos, e assim tornar possível o uso inteligente de recursos pelo setor público. [...] O Orçamento-Programa deve, pois, ser entendido como ima etapa do planejamento e compreende os seguintes aspectos: instrumento de ação administrativa para execução dos planos de longo, médio e curto prazos; previsão das receitas e fixação das despesas com o objetivo de atender às necessidades coletivas definidas no Programa de Ação de Governo e servir de instrumento de aferição e controle da autoridade e da responsabilidade dos órgãos e agentes da administração orçamentária e financeira, permitindo, outrossim, avaliar a execução dos programas de trabalho do Governo.

Com o planejamento e identificação dos programas e projetos a gestão e o controle dos recursos públicos ficam mais eficientes, permitindo ainda mais transparência nos gasto públicos[41].

É por meio do orçamento que a Administração Pública realiza uma espécie de descentralização administrativa delegando atribuições para os diversos órgãos do governo que irão trabalhar para alcançar os objetivos da administração.

6.O Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei do Orçamento Anual (LOA)

A Constituição de 1988, em seu artigo 165[42], trouxe inovações importantes para o Orçamento Público introduzindo uma nova estrutura para a realização do planejamento

[41] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.57): o orçamento-programa é, pois, a evolução do controle preventivo, sinalizando uma nova sistemática de apropriação e controle de recursos públicos.

[42] Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.
§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.
§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.
§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.
§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.
§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:
I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.
§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.
§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.
§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.
§ 9º - Cabe à lei complementar:
I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;
II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

orçamentário, passando a ser feito em três etapas complementares: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), sendo prerrogativa dos Legisladores a participação, de forma concreta, na elaboração dos planos e dos orçamentos públicos, nos três níveis de governo.

O Plano Plurianual é uma lei ordinária, que se apresenta na forma de um plano, cujo objetivo é ordenar ações do governo que levem ao alcance das metas fixadas para um período de quatro anos[43], detalhando despesas de duração continuada e estabelecendo uma programação anual e um planejamento de longo prazo.

Neste sentido, expõe Heilio Kohama (2003, p.57):

> O plano plurianual é um plano de médio prazo, através do qual procura-se ordenar as ações do governo que levem ao atingimento dos objetivos e metas fixados para um período de quatro anos, ao nível do governo federal, e também de quatro anos ao nível dos governos estaduais e municipais.

Este planejamento instituído por lei funciona como um projeto que, estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital[44] e outras delas decorrentes para as ações governamentais.

Na sistemática anterior, era nos Orçamentos Plurianuais de Investimento (OPIs) que as despesas de capital eram discriminadas. Observava que os OPIs tinham pouca importância prática, seus valores eram quase mera repetição durante os três exercícios que abrangiam[45].

O artigo 167 da Constituição prevê que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no PPA ou sem lei que o autorize, sob pena de crime de responsabilidade.

A Constituição estabelece, no artigo 165, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

---

[43] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.41): o plano plurianual é um programa de trabalho elaborado pelo Executivo para ser executado no período correspondente a um mandato político, a ser contado a partir do exercício financeiro no próximo mandato.

[44] Heilio Kohama (2003, p.113) ensina que despesas de capital são os gastos realizados pela administração pública, cujo propósito é o de criar novos bens de capital ou mesmo de adquirir bens de capital já em uso, como é o caso dos investimentos e inversões financeiras, respectivamente, e que constituirão, em última análise, incorporações ao patrimônio público de forma efetiva ou através de mutação patrimonial.

[45] PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias; ROSA, Maria Berenice. Contabilidade Pública. 6ª ed.(1999, p.63).

A Lei das Diretrizes Orçamentárias é um plano de curto prazo capaz de traduzir as diretrizes e os objetivos estabelecidos no PPA, em metas e prioridades, para o ano seguinte, servindo como orientação para elaboração do orçamento anual[46].

A Lei Complementar nº 101/2000, também conhecida com Lei de Responsabilidade Fiscal, dispõe que além das disposições constitucionais, a Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá dispor sobre:

> Art. 4o A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165 da Constituição e:
> I - disporá também sobre:
> a) equilíbrio entre receitas e despesas;
> b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9o e no inciso II do § 1o do art. 31;
> c) (VETADO)
> d) (VETADO)
> e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;
> f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

Integrará o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes[47].

Para a inclusão das metas e prioridades do governo no "Anexo de Metas e Prioridades da Administração", é necessário reportar-se ao Plano Plurianual, com a intenção de orientar as escolhas dos programas e ações para a elaboração da lei orçamentária[48].

Para que todos os planos previstos no PPA se realizem, obedecendo aos parâmetros definidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, elabora-se então o orçamento anual através da Lei Orçamentária Anual, uma lei ordinária onde são programadas todas as ações a serem executadas em seu exercício fiscal de referência, que é o período de sua validade.

A Lei Orçamentária Anual, também chamada de Lei de Meios é uma lei especial que contém a discriminação da receita e da despesa pública, de forma a evidenciar a política

---

[46] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.47): com o advento da Lei Complementar nº 101/00 ou Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) passou ainda a exaltar: equilíbrio entre receitas e despesas; critérios e formas de limitação de emprenho, visando ao cumprimento de metas fiscais e do resultado primário e nominal, além de direcionar formas de limites de gastos com pessoal, limites de dívidas, uso da reserva de contingência, avaliação dos passivos contingentes e outros ricos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, e a inclusão de anexos de Metas Fiscais e Riscos Fiscais para municípios com população acima de 50.000 habitantes.

[47] § 1º, do artigo 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

[48] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.47).

econômica financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade[49].

Esta lei orçamentária deverá conter as despesas eventuais e permanentes. A Lei de Responsabilidade Fiscal[50] determina que as despesas permanentes sempre serão obrigatórias, havendo plena vinculação do legislador.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, também traz, em seu artigo 5º [51], algumas disposições que devem ser observadas na elaboração do projeto de lei orçamentária anual, só podendo incluir novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A Lei Orçamentária Anual apresenta algumas previsões de gastos de forma genérica, permitindo ao administrador certa discricionariedade no destino das receitas públicas. A Lei nº 4.320/1964[52] também prevê a instituição de créditos adicionais, cujo objetivo é possibilitar despesas não previstas e aquelas insuficientes.

---

[49] ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal.(2002, p.54).

[50] Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

[51] Art. 5o O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:
I - conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1o do art. 4o;
II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6o do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;
III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:
a) (VETADO)
b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.
§ 1o Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual.
§ 2o O refinanciamento da dívida pública constará separadamente na lei orçamentária e nas de crédito adicional.
§ 3o A atualização monetária do principal da dívida mobiliária refinanciada não poderá superar a variação do índice de preços previsto na lei de diretrizes orçamentárias, ou em legislação específica.
§ 4o É vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada.
§ 5o A lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1o do art. 167 da Constituição.
§ 6o Integrarão as despesas da União, e serão incluídas na lei orçamentária, as do Banco Central do Brasil relativas a pessoal e encargos sociais, custeio administrativo, inclusive os destinados a benefícios e assistência aos servidores, e a investimentos.

[52] Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em:
I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária;
II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica;
III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

Esta importante lei orçamentária é o instrumento para tornar realidade o conjunto de ações e objetivos que foram planejados e definidos no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, visando o atendimento e bem estar da coletividade[53].

7.O Orçamento Participativo

A idéia de Orçamento Participativo surgiu na cidade de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, no ano de 1986, como resultado da pressão de movimentos populares por participar das decisões governamentais[54].

Para Boaventura de Souza Santos o Orçamento Participativo é uma estrutura e um processo de participação comunitária baseado em três grandes princípios:

> a) todos os cidadãos têm o direito de participar, sendo que as organizações comunitárias não detém, a este respeito, formalmente, pelo menos, um estatuto ou prerrogativa especiais;
> b) a participação é dirigida por uma combinação de regras de democracia direta e de democracia representativa, e realiza-se através de instituições de funcionamento regular cujo regimento interno é determinado pelos participantes;
> c) os recursos de investimento são distribuídos de acordo com um método objetivo baseado numa combinação de "critérios gerais" – critérios substantivos, estabelecidos pelas instituições participativas com vista a definir prioridades – e de "critérios técnicos" – critérios de viabilidade técnica ou econômica, definidos pelo Executivo, e normas jurídicas federais, estaduais ou da própria cidade, cuja implementação cabe ao Executivo. (SANTOS, 2003,p.385)

A implantação do Orçamento Participativo possibilita, através da participação popular, que lhe é peculiar, a partilha do poder[55] e da governança sobre os assuntos da cidade, a fim de tornar cada vez mais concreto o exercício da democracia. Este método de gestão dos recursos

---

[53] KOHAMA, Heilio. Contabilidade Pública, Teoria e Prática. (2003, p.62),

[54] SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. (2003,p.477): [...] o primeiro prefeito eleito democraticamente depois do período autoritário, propôs as associações comunitárias uma forma de participação da população na sua administração (Baierle,1998). Em uma reunião em março de 1986, a União das Associações dos Moradores de Porto Alegre (UAMPA) respondeu à proposta de Collares nos seguintes termos: *o mais importante na Prefeitura é a arrecadação e a definição de para onde vai o dinheiro público. É a partir daí que vamos ter ou não verbas para o atendimento das reivindicações das vilas e bairros populares. Por isso queremos intervir diretamente na definição do orçamento municipal e queremos controlar a sua aplicação* (UAMPA 1986). E, mai a frente, o documento da UAMPA também afirmava que "queremos decidir sobre as prioridades de investimento em cada Vila, bairro e da cidade em geral".

[55] SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. (2003,p.437) explica que o Orçamento Participativo é a manifestação de uma esfera emergente, onde os cidadãos e as organizações comunitárias, por um lado, e o governo municipal, por outro, convergem com autonomia mútua. Uma tal convergência ocorre por intermédio de um contrato político através do qual essa autonomia mútuamente mútua se torna autonomia mutuamente relativa. A experiência do Orçamento Participativo configura, portanto, um modelo de co-governação, ou seja, um modelo de partilha do poder político mediante uma rede de instituições democráticas orientadas para obter decisões por deliberação, por consenso e por compromisso.

públicos inova a democracia representativa "clássica" e "tradicional" no momento em que o cidadão é incorporado diretamente no procedimento de tomada de decisão[56].

Valdemir Pires (2001, p.35) enfatiza que o Orçamento Participativo possibilitou uma inserção do cidadão na vida política:

> A passagem do Orçamento Tradicional para o Orçamento-Programa representou uma conquista dos poderes públicos rumo à melhoria técnica do processo orçamentário. Por seu turno, o Orçamento democrático, representou uma melhoria política: o planejamento passa a levar em considerações as aspirações, avaliações e visões de um grupo de atores políticos mais amplos. Senadores, deputados e vereadores passam a ter vez e voz nas decisões sobre a receita e despesa do governo. O Orçamento Participativo representa mais um passo no sentido do aperfeiçoamento político. Nele, não somente os parlamentares devem participar das decisões sobre finanças e políticas públicas: a população organizada, a sociedade civil assume papel ativo, passa a ser agente e não mero paciente.

O Orçamento Participativo também faz com que as dificuldades técnicas e gerencias, das prefeituras, sejam enfrentadas com o exercício do poder compartilhado com a população, produzindo mudanças no sentido de aumentar sua capacidade de governança[57].

O Orçamento Participativo possibilita ao cidadão comum, sem cargo eletivo, o acesso e a participação aos assuntos relacionados à cidade, possibilitando sua participação na solução ou encaminhamento dos problemas administrativos enfrentados pelo poder executivo, permitindo o estabelecimento de parceria com os atores locais[58].

Em Belo Horizonte o Orçamento Participativo foi implantado em 1993, iniciando um processo de participação política, convocando a sociedade para deliberar acerca da destinação dos recursos municipais, existindo atualmente três modalidades de Orçamento Participativo: Regional[59], Habitação[60] e Digital[61].

---

[56] AVRITZER, Leonardo, NAVARRO, Zander. A Inovação Democrática no Brasil: o orçamento participativo. São Paulo: Editora Cortez. (2003, p.65): O OP inova a democracia representativa "clássica" e "tradicional" na medida em que ele incorpora os cidadãos diretamente no processo de tomada de decisão e, simultaneamente, estimula a delegação de autoridade. Os cidadãos têm a oportunidade de participar individualmente durante dois estágios: ao estabelecer um conjunto de prioridades para o município e ao selecionar os projetos específicos de obras públicas a serem implementados. Este processo é claramente o aspecto mais "participativo" do OP, através do qual os cidadãos têm a oportunidade de influenciar diretamente os resultados políticos.

[57] Organizador: AZEVEDO, Sérgio de, FERNANDES, Rodrigo Barroso. Construindo a Democracia.(2005,p.85)

[58] SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; AZEVEDO, Sergio de (orgs). Governança democrática e poder local(2004,p.48): o contato dos atores locais entre si e com os dirigentes e técnicos governamentais, em segundo lugar, propicia a emergência de acordo cognitivo sobre a realidade dos municípios e sobre os problemas administrativos da prefeitura, além do estabelecimento de parcerias e alianças, pontuais e estratégicas, entre esse conjunto de atores locais. Por exemplo, o poder público, normalmente visto como monolítico, pode ser compreendido na sua complexa teia institucional, permitindo, inclusive, alianças entre determinados segmentos e técnicos ou setores do aparato governamental.

[59] A cidade de Belo Horizonte é dividida em 9 (nove) regiões administrativas. Criado em 1993, o Orçamento Participativo Regional destina-se à definição dos investimentos em cada uma das nove regiões administrativas da cidade. A cada dois anos, os moradores se reúnem nos bairros e em assembleias regionais para escolherem,

Para acompanhamento das obras na capital mineira, foi criada a Comissão de Acompanhamento de Fiscalização da Execução do Orçamento Participativo (COMFORÇA). Através de reuniões mensais os órgãos executores prestam contas a Comissão sobre o andamento dos empreendimentos.

O Decreto Municipal nº 13.919/2010[62] garantiu aos membros da COMFORÇA, o acesso aos respectivos canteiros de obras, permitindo o acompanhamento e fiscalização da execução dos empreendimentos aprovados no Orçamento Participativo.

Por meio desta Comissão de acompanhamento e fiscalização, busca-se a redução de irregularidades no processo de licitação e, simultaneamente, faz com que a Administração Pública se adapte a participação da população em questões técnicas, antes de sua competência exclusiva[63].

O Orçamento Participativo possibilita o controle dos recursos públicos, bem como procura democratizar o acesso a sua elaboração, uma vez que sua estrutura não é fixada de cima para baixo num modelo jurídico fechado.

Através desse modelo de gestão dos recursos públicos a competência dos vereadores é reforçada, aproximando os parlamentares da população e legitimando a atuação dos mesmos, uma vez que possibilita a fiscalização e o monitoramento do cumprimento da lei orçamentária, aprovada pela Câmara.

Percebe-se que através do Orçamento Participativo uma evolução da consciência dos participantes sobre a cidade e, sobretudo, no que diz respeito à administração pública. Neste

---

através do voto direto, as obras que estão diretamente relacionadas aos seus interesses e que deverão ser executadas pela Prefeitura.

[60] Implantado em 1996, o Orçamento Participativo da Habitação possibilitou à população decidir como devem ser aplicados os recursos destinados à construção de moradias. Desde então, a Prefeitura já construiu quase 3 mil moradias, beneficiando milhares de famílias moradoras da capital.

[61] O Orçamento Participativo Digital foi criado em 2006, para que os cidadãos pudessem escolher, também, pela internet obras a serem executadas na cidade. Nesta modalidade todas os cidadãos com domicilio eleitoral em Belo Horizonte, cadastrados na base de dados do TRE-MG, podem participar da votação.

[62] Art. 1º - Os contratos a serem firmados para execução de obras do OP deverão conter cláusula que garanta aos membros das Comissões de Acompanhamento e Fiscalização da Execução do Orçamento Participativo – COMFORÇA a faculdade do acesso aos respectivos canteiros de obras.
Parágrafo único – Para o exercício da faculdade prevista no caput deste artigo os membros da COMFORÇA deverão estar devidamente identificados, com crachás fornecidos pela Administração municipal, em horários previamente definidos junto à contratada responsável pela obra a ser visitada.

[63] SANTOS, Boaventura de Souza. *"Democratizar a Democracia, os caminhos da democracia participativa"*. (2003, p.491) enfatiza que as instituições de monitoramento criadas pelo OP constituem implementação administrativa sem dar aos órgãos técnicos prerrogativas absolutas sobre esse processo, um elemento defendido pela concepção hegemônica da democracia. O OP institui um órgão público encarregado de representar e apresentar o ponto de vista das comunidades no interior da administração. Essa solução supera algumas das desvantagens dos desenhos elitistas dando um formato mais democrático e menos particularista ao problema da ligação entre instancias técnicas e administrativas. Os organismos de monitoramento geram grupos de participantes ativos que adquirem um conhecimento considerável sobre questões técnicas. Esses grupos são capazes de explicar questões técnicas para o publico em geral e também debatê-las com o pessoal técnico.

modelo de gestão o indivíduo consegue mensurar o quanto suas decisões afetam e mudam a sua cidade.

8.Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro não é carente de instrumentos normativos para operacionalização da participação popular na administração pública. Mas, infelizmente, o número de municípios adeptos ao modelo de gestão democrática, como por exemplo o Orçamento Participativo, permanece escasso. Percebe-se que faltam planejamento e iniciativa política, por parte dos nossos governantes, para implantação de uma gestão participativa.

A democracia e o Estado de Direito são princípios gerais de Direito Público, expressamente reconhecidos pela Constituição Federal em vigor.

O Orçamento Participativo atende aos princípios Constitucionais de Direito Administrativo, principalmente no que diz respeito à transparência, possibilitando não só o acesso às informações dos gastos da Administração Pública, mas também a participação da população no direcionamento do investimento dos recursos públicos.

Verifica-se que, tendo em vista os princípios democráticos inseridos pela Constituição de 1988 e através da autonomia outorgada aos municípios, a implantação da participação popular no orçamento público possibilita a transformação das relações Estado-sociedade.

9. Bibliografia

ANDRADE, Nilton de Aquino. Contabilidade Pública na Gestão Municipal. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ANGELICO, João. Contabilidade Pública. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

AVRITZER, Leonardo, NAVARRO, Zander. A Inovação Democrática no Brasil: o orçamento participativo. São Paulo: Editora Cortez.

AZEVEDO, Sérgio de, FERNANDES, Rodrigo Barroso. Construindo a Democracia. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABANNES, Yves. Instrumentos de Articulación entre Presupuesto Participativo y Ordenamiento Territorial “Uma síntese basada em lãs experiências de Ariccia (Italia); Belo Horizonte y Guarulhos (Brasil) Bella Vista (Argentina) y Córdoba (España). URBAL R9-A6-04, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Municipal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Pinto. Comentários a Constituição Brasileira, 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FRIEDE, Reis. Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado (Teoria Constitucional e Relações Internacionais). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28 ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 11 ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREZ, Marcus Augusto. A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIRES, Valdemir. Orçamento Participativo: o que é, para que serve, como se faz. Barueri São Paulo: Editora Manole, 2001.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias; ROSA, Maria Berenice. Contabilidade Pública. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa.(org.) Porto: Edições Afrontamento,2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

O DIREITO DA PERSONALIDADE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

THE RIGHT OF PERSONALITY TO FAMILY ASSOCIATION OF CHILDREN AND TEENAGERS

Marcelo de Mello Vieira[1]

Resumo:O presente trabalho tem como objetivo mostrar o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes como um direito da personalidade. Para tanto, busca apresentar o tratamento dado no país aos direitos da personalidade. A família também ganhou outra concepção, mais alinhada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com estreita relação com os direitos da personalidade. Por sua vez, o Direito da Infância e da Juventude ganhou especial relevo, tendo sido vários direitos consagrados à população infanto-juvenil, em especial o direito à convivência familiar. Dentro deste contexto, foi trabalhado o conceito de direito à convivência familiar e sua identificação como direito da personalidade.

Palavras-chaves: Direitos da personalidade, criança, adolescente, família e direito à convivência familiar.

Abstract: The current paper aims to display the right to familiar companionship of children and adolescent as a personaly right. To do só, it searches to show the treatment within the country of personalities rights. The family also has received another concept, better aligned with the Brazilian Constitution of 1988. The Youth and Childs Law became a special attention, having these population received various rights, namely, the right to familiar companionship. Within this context was bilded the concept os familiar companionship as a right, and it´s identification as a personaly right.

Key-words: Personality Rights, Child, Adolescent, Right to familiar companioship

[1] - Bacharel em Direito pela UFMG, pós-graduado em Direito Público pelo Unicentro Newton Paiva e mestrando em Direito pela UFMG.

1- Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 provocou profundas mudanças em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ela marcou a transformação do país em um Estado Democrático de Direito. Uma de suas principais inovações foi a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república brasileira (CRFB/1988 art. 1º III). Diversos foram os reflexos desta consagração no próprio texto constitucional, como a previsão dos direitos e garantias fundamentais, englobando os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos de nacionalidade.

Também como decorrência da dignidade de pessoa humana, na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, a CRFB/1988 abarcou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227). Ela não só elevou todas as crianças e adolescentes à condição de sujeitos, e não mais objeto de proteção do Estado, como as reconheceu como pessoas em desenvolvimento assegurando, em prioridade absoluta, todos os direitos previstos aos adultos e também direitos próprios, peculiares de sua condição. Dentre estes, se encontra o direito à convivência familiar (CRFB/1988 art. 227).

Fora do texto constitucional, também foram profundos os reflexos do art. 1º III. O Direito Civil, tradicionalmente, fundado na defesa do patrimônio, passa a ter a pessoa como seu foco. Os direitos da personalidade passam a gozar de sistematização. A família ganha também novo destaque.

Neste contexto, pode-se questionar se este direito à convivência familiar não seria também dos direitos da personalidade? O que seria este direito à convivência familiar? Qual é a atual função da família?

Este trabalho visa enfrentar essas questões. Para tanto, será analisada a doutrina dos direitos da personalidade no Brasil e seu conteúdo. Se tratará, também, do direito à convivência familiar, buscando delimitar seu conteúdo.

2- Os direitos da personalidade: evolução histórica e atual compreensão no Direito brasileiro.

Apesar da recente sistematização no Direito Brasileiro, os direitos da personalidade já, de alguma forma, há bastante tempo, vem sendo trabalhados no Direito Europeu.

No período medieval, as cartas de liberdade e imunidade "já continham uma complexa série de declarações e de disposições próprias, visando assegurar aos destinatários os direitos que hoje designamos direitos da personalidade[2]". (BERTI, 1996, p.106).

No entanto, foi a doutrina francesa da segunda metade do século XIX que retomou a discussão e consagrou a aplicação desses direitos. (JABUR, 2004, p.401)[3].

Todavia, foram os códigos do século XX que primeiro deram tratamento sistemático à matéria. Também, documentos internacionais de proteção à intimidade, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantiram proteção dos direitos inerentes à pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade e à honra. (BERTI, 2000, p.238).

No Brasil, já na proposta de Código Civil de Orlando Gomes, em 1963, já havia a tentativa de sistematizar o tratamento dos direitos da personalidade. A necessidade desta sistematização ganhou mais força com o advento da Constituição da República do Brasil de 1988, que, elevando a dignidade da pessoal humana a fundamento da república, colocou a pessoa como centro do direito pátrio. No entanto, somente com o advento do Código Civil de 2002 é que tais direitos foram devidamente trabalhados no corpo do código.

Embora não haja um conceito universal, existe consenso quanto ao conteúdo desses direitos.

Adriano De Cupis (1950) conceitua os direitos da personalidade como todos aqueles que se destinam a dar conteúdo à personalidade.

César Fiúza (2007) defende que a personalidade possui duas acepções distintas. No aspecto subjetivo, ela se equipara a capacidade de toda pessoa (física e algumas pessoas jurídicas) de ser sujeito de direitos, também chamada de capacidade de direito. No aspecto objetivo, ela seria uma série de atributos e características da pessoa humana protegida pelo Direito, sendo os direitos da personalidade aqueles decorrentes dessa "personalidade objetiva" e que visa à proteção e promoção da pessoa e da sua dignidade.

Para Gilberto Jabur (2004, p.402) "os direitos da personalidade são aqueles indispensáveis ao pleno desenvolvimento das virtudes biopsíquicas da pessoa".

Nos três conceitos acima apresentados, nota-se que o cerne dos direitos da personalidade, o conteúdo, é a preocupação com a formação do ser humano como pessoa, isto é, como um ser único dotado com suas particularidades.

---

[2] - César Fiúza (2007) identifica, já na Magna Carta (no século XIII), a preocupação com a preservação desses direitos. No mesmo sentido, Caio Mario da Silva Pereira defende que a "Carta Magna de 1215 gerou o primeiro instrumento de defesa contra a prepotência e os abusos da autoridade, dando nascimento ao habeas corpus". (PEREIRA, 2009, p. 203).

[3] - No mesmo sentido, César Fiúza entende que a "categoria dos direitos da personalidade é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX" (FIÚZA 2007, p,169).

É justamente esse conteúdo que diferencia os direitos da personalidade dos direitos fundamentais. Estes últimos seriam aqueles valores consagrados por lei, em uma determinada sociedade, em um momento histórico, como essenciais à vida social.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão:

> É desde logo claro que não há identificação de categorias. Os direitos fundamentais vão muito mais longe. Atribuem direitos a organizações, que não são já pessoas. Espraiam-se por direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos de personalidade. (ASCENSÃO, 2009, p.25/26).

E complementa o autor:

> No centro do direito de personalidade deve estar a defesa da pessoa humana como tal. Sem isto, a categoria seria supérflua.
> Já semelhante objetivo só lateralmente poder prosseguido pelos direitos fundamentais. Nem sequer se pode dizer que todo o direito da personalidade, materialmente, assim considerado por representar imposição da personalidade ôntica, deve por isso ser acolhido como direito fundamental. (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

Existem direitos que são tratados tanto como da personalidade como fundamental. No entanto, além do conteúdo, a diferença reside no tratamento a eles conferido. Para Ascensão (2009), basta comparar o regime previsto no Código Civil com aquele constante na Constituição da República do Brasil de 1988.

As diferenças entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais estão em seus conteúdos ou objetivos e na proteção conferida pelo ordenamento jurídico, e não mais no agente que infringe o direito alheio, como outrora já se defendeu.

Deve-se ressaltar que no Brasil já se reconhece a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares. Sobre a matéria o STF se pronunciou:

> As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (DISTRITO FEDERAL. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO no. 201819 – RELATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. Data do julgamento: 11/10/205).

Desta forma, não se pode falar que sua diferenciação estaria no agente violador. Independente se a lesão ao direito ocorre por ato do Estado ou por ato de particular, deve-se verificar o conteúdo do direito para saber se houve violação aos direitos da personalidade[4].

[4] - Ainda existem alguns autores que fazem essa distinção. Neste sentido, Gilberto Jabur defende que os direitos da personalidade possuem diferenças com os direitos fundamentais, "não apenas em virtude do agente violador". (JABUR, 2004, p.401). Ou seja, para ele, o agente violador é, também, um fator diferenciador.

O Código Civil brasileiro vigente dedicou o capítulo II do título I do livro I aos direitos da personalidade. Ele trouxe disposições sobre direito à saúde, ao nome, à honra, à vida privada e à imagem. Contudo, este rol não é taxativo.

Esta é outra distinção entre direitos fundamentais e da personalidade. Os primeiros são direitos consagrados por um determinado país em um dado momento histórico. No Brasil, são aqueles previstos expressamente no art. 5º do texto constitucional ou os decorrentes do regime ou princípios adotados pela CRFB/1988 e, ainda, aqueles consagrados em tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil faça parte (art. 5º § 2º). Já os direitos da personalidade são todos aqueles que tutelam a personalidade[5]. Assim, admite-se "a existência de outros direitos da personalidade, além dos que vêm previstos na lei."[6] (ASCENSÃO, 2009, p.32).

Havendo, portanto, outros direitos da personalidade e sendo estes destinados à formação da pessoa, deve-se perguntar: qual é o papel da família neste contexto? O que é o direito à convivência familiar?

3- Família e os direitos da personalidade

Com a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro precisou ser adaptado. Todas as normas passaram a ser interpretadas sob este prisma. No Direito Civil essa releitura provocou uma substancial mudança.

Em 1988, vigorava no país o Código Civil de 1916, também conhecido como Código Beviláqua. Ele, de indiscutível influência do Código Civil francês, era marcado pelo individualismo fortemente centrado na proteção da propriedade.

Essa ideologia refletia no tratamento dado à família. Segundo Renata de Almeida e Walsir Júnior (2010), a família era hierarquizada, uma vez que o homem era o chefe da família, tendo a esposa e os filhos um papel de segunda categoria, matrimonializada, já que só

---

[5] - A doutrina, em sua maioria, defende a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade. Para Fiúza (2007), ela seria a dignidade da pessoa humana (art. 1º III CRFB/88). Para Ascensão (2009), ela estaria no Código Civil. Ele utiliza o art. 70/1 do Código Civil Português, cuja redação é semelhante a do art. 12 do Código Civil Brasileiro. Este é o mesmo raciocínio esposado por Gilberto Jabur em: JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) **O Código Civil e a sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004 p.412/413.

[6] - No mesmo sentido, são "direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade." (BITTAR, 2008, p. 11).

se considerava o casamento como entidade familiar e patrimonializada, porque tinha como função a acumulação de patrimônio, representado pela união patrimonial entre as famílias. Para manter esse patrimônio unido, o casamento era indissolúvel e o reconhecimento de filhos fora do casamento era impossível.

Segundo Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald:

> Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 04).

Mesmo a sociedade brasileira tendo evoluído, com a conquista da mulher ao direito de voto, uma participação ativa no mercado do trabalho e o direito de participar no exercício do pátrio poder, por exemplo, mudanças mais significativas ocorreram com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para o Direito Civil, o novo texto constitucional representou uma necessária mudança em seu foco. A defesa do patrimônio cedeu lugar à realização da pessoa. Nas relações familiares houve uma verdadeira revolução.

Todo um capítulo foi dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Lá foi prevista a aplicação do princípio da igualdade nas relações familiares, tanto entre os cônjuges e companheiros quanto em relação aos filhos, acabando com a hierarquia existente até então. Foi consignado como entidade familiar, em rol não taxativo, o casamento, a união estável e a família monoparental, todas gozando de proteção do Estado (CRFB/88, art. 226). A família, então, passa a ser plural. Ela também perde seu viés protetivo do patrimônio para ser:

(...) o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto. (MACIEL, 2010, p. 68).

Cristiano de Farias assim comentou a transformação vivenciada pelo Direito de Família:

> Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade pós-moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário substancialmente e desmatrimonializado (pluralizado). O escopo precípuo da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias à afirmação da dignidade humana, regido o seu núcleo duro pelo *afeto*, como mola propulsora.
> Abandona-se, assim, um caráter institucionalista, matrimonializado, para compreender a família como verdadeiro instrumento de proteção da pessoa humana que a compõe. Isto é, a *ratio essendi* do Direito de Família não é a proteção das

> instituições, mas do próprio ser humano e de sua integridade física e psíquica, de sua liberdade e de seus pressupostos básicos elementares (mínimo existencial). A família, por conseguinte, existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando, de forma definitiva e inescondível, a pessoa humana.
> É a busca da *dignidade humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais ou institucionais. (FARIAS, 2010).

Deve-se ressaltar que a relação de aspectos da família com os direitos da personalidade não é nova. Walter Moraes, lembrado por Silma Berti (2000), identificava uma dimensão familial como uma das dimensões dos direitos da personalidade ao lado da dimensão física e intelectual.

O mesmo autor defendia o estado de família como um direito da personalidade. Ele define estado de família como a "condição jurídica constante da pessoa, resultante do conjunto das relações que ela mantém no grupo familiar". (MORAES, 1974, p. 91).

Moraes (1974) divide essas relações em quatro gêneros: de casamento, da filiação, de parentesco e complementares (que envolviam a relação tutor-pupilo e curador-curatelado). Embora sua argumentação careça de atualização aos diplomas normativos vigentes, o entendimento continua plenamente aplicável.

É da concepção de família como local ideal para o desenvolvimento da personalidade de seus membros que se deve partir para a análise de qualquer relação familiar.

4- O Direito da Infância e da Juventude

Semelhante mudança de paradigma, vivenciada no Direito de Família, ocorreu no tratamento dado à infância e à juventude.

O Brasil era considerado um país de vanguarda quando se falava sobre o Direito do Menor. O país foi o primeiro na America Latina a ter uma Vara específica de menores, tendo como seu expoente o juiz Mello Mattos, também autor do projeto de lei posteriormente convertido no Código de Menores em 1927.

Este, embora avançado em alguns aspectos, refletia a mentalidade da época, cuja preocupação se restringia aos menores delinqüentes e aos abandonados (incluído aí os órfãos). Estabeleceu-se uma distinção no tratamento dado a estes (chamados menores) e aos demais. A lei concedia ampla discricionariedade ao magistrado e partia de um padrão de família, dando ao magistrado menorista a liberdade de impor obrigações de ofício sem a instauração de nenhum procedimento e como conseqüência, sem garantia de contraditório e ampla defesa.

Cabia “ao Juiz de Menores decidir-lhes o destino. A família, independente da situação econômica, tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e jovens, de acordo com o modelo idealizado pelo Estado.” (AMIN, 2010, p. 6).

Somente em 1979, um novo Código de Menores entrou em vigor. Mesmo já havendo discussões, no plano internacional, sobre a moderna doutrina da proteção integral, o diploma, editado ainda sob o regime militar, adotou, expressamente, a Doutrina da Situação Irregular. Seguindo a linha da legislação anterior, o Código de Menores manteve a dicotomia entre o tratamento dado aos menores em situação irregular e aqueles que não estavam na mesma situação. A Lei Menorista explicitava exaustivamente, em seu art. 2º, as situações consideradas irregulares[7]. Estando nestas situações, os menores eram considerados objetos de intervenção estatal e como tal ficavam sujeitos ao alvedrio do magistrado de menores que tinha amplo poder para determinar qualquer tipo de medida.

Nelson Nery Júnior e Martha Machado asseveram que:

> Na essência da questão, a separação de crianças e adolescentes em duas classes distintas de pessoas (menores em situação regular, em oposição aos menores em situação irregular) criou dois corpos de regras típicas do Direito de Família no Ordenamento: o primeiro deles consubstanciado nas tradicionais regras do Código Civil, cuja aplicação ficou mantida para os menores em situação regular; o segundo, consubstanciado na lei menorista, que sempre conteve dispositivos típicos dos institutos de Direito de Família (adoção, tutela, guarda, poder familiar, etc.), dispositivos estes das leis menoristas que, embora mantendo em alguma medida as regras gerais do CC, alteravam completamente a estrutura dos institutos. Esta lei especial era aplicável apenas à segunda categoria de pessoas (menores em situação irregular). (NERY JUNIOR e MACHADO, 2010).

A medida mais comum era a institucionalização, ou seja, o isolamento dos menores da sociedade em grandes estabelecimentos, separados apenas por idade, ficando eles restritos àquela instituição. Nela havia um pequeno hospital e escola. Quando completavam dezoito anos, eram colocados desligados e sem nenhum tipo de auxílio. A ausência de um projeto pedagógico e da preocupação com a reintegração na sociedade eram marcas desse sistema.

É a Constituição da República do Brasil de 1988 que modifica este panorama. Ela adota, em seu art. 227, a moderna Doutrina da Proteção Integral assegurando, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos da infância e da juventude.

Crianças e adolescentes deixam de ser vistas como objetos de direitos e passam a ser tratadas como sujeitos de direitos. Com isso, a população infanto-juvenil deixa “de ser tratada

[7] - As hipóteses previstas abarcavam os que estavam privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e educação (I), os menores vítimas de maus-tratos (II), os que estavam em perigo moral (III), os privados de representação (IV), os que apresentavam desvio de conduta (V) e, por fim, os autores de infração penal (VI) (CAVALLIERI: 1978: 49).

como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.” (PEREIRA, 2008, p. 20).

Foi reconhecida a eles a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, condição essa que se justifica pela impossibilidade/dificuldade destes em conhecer e defender os seus direitos. Em razão desse reconhecimento, foram previstos direitos fundamentais exclusivos para as crianças e adolescentes. Segundo Nelson Nery Júnior e Martha Machado (2010), a doutrina da proteção integral não se preocupa somente com os direitos fundamentais, mas também com a proteção dos direitos da personalidade dessas pessoas.

Tais direitos foram atribuídos a todas as crianças e adolescentes, sem nenhuma distinção, acabando qualquer diferenciação do tratamento. O termo menor deu lugar às expressões criança ou adolescente[8], termos que não continham a mesma carga pejorativa.

Foi também previsto todo um sistema protetivo que trabalha tanto a prevenção como a promoção dos direitos da infância e da juventude. Criou-se a figura do Conselho Tutelar e foi dedicado todo um título à prevenção de violação a direitos.

As alterações foram tantas que se pode falar que o antigo e excludente Direito do Menor deu lugar ao novo e moderno Direito da Criança e do Adolescente. Este último, mais abrangente e democrático, tendo como um dos seus expoentes o direito à convivência familiar.

5- O direito à convivência familiar

O mesmo art. 227 do texto constitucional elenca vários direitos a serem assegurados, com prioridade absoluta, às crianças e aos adolescentes. Dentre esses direitos, foi previsto, pela primeira vez no direito pátrio, o direito à convivência familiar. Ele não foi fruto de construção doutrinária nem jurisprudencial brasileira e, por isso, não havia e, até hoje, não há no país uma delimitação da abrangência deste tema[9].

Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente esmiuçar este direito. Mesmo sem trazer um conceito, o art. 19 da lei anunciou:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência

[8] - O art. 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente diferencia criança, pessoa de até 12 anos incompletos, e adolescente, indivíduo de 12 a 18 anos incompletos.

[9] - A dúvida sobre a extensão do direito fundamental à convivência familiar foi exposta por Ana Carolina Teixeira (2008) que expressamente questiona qual é a extensão desse direito.

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

A partir do texto legal, Kátia Maciel conceitua o direito à convivência familiar como "o direito de toda figura humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)." (MACIEL, 2010, p. 75).

O conceito apresentado destoa, em parte, da previsão do art. 19 da Lei 8.069/90. Isso porque o referido dispositivo legal traz a família substituta como opção ainda que excepcional para a efetivação desse direito.

Para Tarcísio Martins Costa, o Direito à convivência familiar e comunitária, seria:

> (...) a garantia assegurada à enorme coletividade de crianças institucionalizada de gozar da proteção materno-familiar, indispensável em condições favoráveis à sua formação e pleno desenvolvimento, desde os primeiros dias de vida até se tornarem adultas. Preferencialmente, no seio de sua família natural e excepcionalmente, em família substituta. (COSTA: 2004, 34/35)

De acordo com o entendimento defendido pelo Desembargador Mineiro, ilustrado pela passagem supra, poderia se inferir que esse Direito seria apenas para as crianças institucionalizadas. Embora essa visão demonstre uma preocupação com a cultura de institucionalização que vigorou do país, adotar tal posicionamento, no atual contexto, seria um retorno à doutrina da situação irregular. Uma das grandes inovações trazidas pela doutrina da proteção integral é, justamente, a universalização. No atual Direito da Infância e da Juventude, toda a criança é sujeito de direito e não apenas aquelas que estão com seus direitos sendo violados.

O Direito à convivência familiar deve ser entendido como um direito de todas as crianças e adolescentes e que visa garantir que todas elas sejam parte de uma família. Ser parte de uma família não é apenas ter os nomes dos pais no registro de nascimento. É fazer com a que a criança e/ou adolescente sinta que pertence àquela comunidade familiar, participando efetivamente da rotina daquela família, sendo, também, respeitada em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. É manter contatos com os familiares, desde que tal relação seja benéfica para a criança. Por fim, é, também, o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam atrapalhar o desenvolvimento destas crianças e adolescentes em processo de amadurecimento.

A partir deste conceito, nota-se que o direito à convivência familiar visa assegurar que toda a criança e adolescente tenha um ambiente propício para a formação de sua personalidade. Embora todo o ser humano esteja em constante desenvolvimento de sua personalidade, é na infância e na adolescência, justamente por sua condição especial, que ele precisa de maior proteção. Este é o motivo que levou Nelson Nery Júnior e Martha Toledo (2010) a afirmar que "o direito à convivência familiar é o mais essencial" dos direitos assegurados às pessoas em desenvolvimento.

A criança tem o direito de ser criada e educada junto a sua família natural[10], desde que seus pais exerçam o poder familiar visando o bem-estar do filho. Somente "violações severas dos deveres do poder familiar, que inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança é que autorizam sua retirada da casa da família natural." (NERY JUNIOR e TOLEDO, 2010).

No entanto, comprovando-se que estes pais não exercem o *munus* de acordo com esta finalidade, passa a ser direito de todas as crianças e adolescentes serem criados em sua família extensa[11] e, na impossibilidade desta, em família substituta[12].

Independente se família natural, extensa ou substituta[13], é necessário que se garanta uma família. Essa família deve estar de acordo com a atual concepção de família já tratada neste trabalho. Deve ser um lugar de proteção e promoção de todos os seus membros, mas principalmente da criança ou do adolescente.

Há de se ressaltar que parte da doutrina (DIAS: 2007, 398) utiliza "direito de convivência" ao invés de "direito de visitação". Contudo, o "direito de visitação" ou "direito de convivência" não se confunde com o Direito à convivência familiar. O primeiro é apenas uma das facetas do segundo. O Direito à convivência importa não apenas a presença física, mas sim de uma real inserção da criança e/ou do adolescente na vida da família, com a finalidade de promoção de sua personalidade.

---

[10] - O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua família natural como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25).

[11] - A Lei 12.020/2009 modificou a Lei 8.069/90 introduzindo o conceito de família extensa. De acordo com o parágrafo único do art. 25, família extensa seria aquela formada por parentes próximos, com os quais a criança ou adolescente mantém vínculos de convivência, afetividade e afinidade. Esta família tem preferência sobre a família substituta, por se entender que, como já há um vínculo, ela amenizaria o trauma da separação da família natural.

[12] - Família substituta não tem conceito legal. Sua definição passa a ser residual, ou seja, o que não é família natural nem família extensa.

[13] - As modalidades de família descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente não se confundem com as entidades familiares trabalhadas no Direito de Família (casamento, união estável, família monoparental e etc). As famílias tratadas na legislação infanto-juvenil têm como pressuposto a existência de uma criança ou adolescente, o que não ocorre no Direito de Família. É perfeitamente possível a utilização conjunta das duas nomenclaturas.

6 - Conclusão

Desde 1988, o direito brasileiro passa por profundas transformações. A previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil nos conduziu a uma necessária releitura de todo o ordenamento jurídico.

A família se mantém como célula-base da sociedade e também ganha a função de ser um local de desenvolvimento da personalidade.

Partindo do tratamento constitucional dado à infância e à juventude, a convivência familiar se mostra como o direito de crianças e de adolescentes a terem um ambiente favorável ao seu crescimento e de efetivamente fazerem parte de uma família, tendo suas opiniões e vontades também consideradas, e participarem do dia a dia de seus familiares. Somente quando se garante esse direito é que a criança e/ou o adolescente conseguirá se desenvolver como pessoa.

Sendo os direitos da personalidade como aqueles direitos indispensáveis ao desenvolvimento do ser humano, nota-se que o direito à convivência familiar é, de fato, um direito da personalidade. Esta identificação é necessária não só para a delimitação do direito à convivência familiar, mas também para auxiliar na interpretação das normas relativas ao tema e garantir maior proteção a esse direito. Essa proteção ampliada vai ao encontro do tratamento forjado pelo texto constitucional à criança e ao adolescente.

7- Bibliografia

ALMEIDA, Renata Barbosa de e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. **Direito Civil Famílias.** Rio de Janeiro-RJ: Lúmen Júris, 2010. 634 p.

AMIN, Andréia Rodrigues. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: RJ, Lúmen Júris, 2010. p. 03-10.

ASCENSÃO. José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte-MG: Associação Mineira do Ministério Público/ Magister, v. 22, 2009. p.23-39.

BERTI, Silma Mendes. O Código de Defesa do Consumidor e a defesa dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte-MG, v. 3, n. 3, 1996, p.105-115.

BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte-MG, v. 3, n. 6, 2001. p. 238-248.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**, 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978. p. 525.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004. p.486.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 586.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalitá**. Milão: A. Giuffre, 1950. p. 297.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro-RJ: Lúmen Júris, 2010. p. 945.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Possibilidade de Prestação de Contas dos Alimentos na Perspectiva da Proteção Integral Infanto-juvenil**. Belo Horizonte-MG: 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582. Acesso em 16 de junho de 2010.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2007. p.1088.

JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa;
GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) **O Código Civil e a sua interdisciplinariedade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004. p. 400-419.
MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: RJ, Lúmen Júris, 2010. p. 67-79.

MORAES, Walter. **Adoção e verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 182.

NERY JÚNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal.** Porto Alegre-RS:2010. Disponível em: http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.wwv_main.main?p_cornerid=1614&p_currcornerid=1&p_language=ptb&p_edit=0&p_full=1&p_cornertype=item&p_iscornerlink=1. Acesso em 18 de junho de 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Volume 1 – introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2009. p. 608.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, 2008. p. 1100.

PIOVESAN, Flávia; RUSSO JUNIOR, Rômolo. Direitos Humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e a sua**

interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004. p. 03-19.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte-MG: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 886.

INSTITUIÇÕES DO TERCEIRO SETOR.
O ESTADO NEOCONSTITUCIONAL VS O ESTADO GERENCIAL

INSTITUTIONS OF THE THIRD SECTOR.
THE NEOCONSTITUTIONAL STATE VS MANAGEMENT STATE

Igor de Matos Monteiro[1]

RESUMO: O artigo concentra esforços na identificação do processo de desenvolvimento legislativo constitucional e infraconstitucional em torno da concepção das entidades do Terceiro Setor, mais especificamente das Organizações Sociais (OS's): modelos institucionais sem fins lucrativos que executam tarefas de interesse público sob a responsabilidade da sociedade civil, e que foram implementadas na Ordem Jurídica Brasileira através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, reforma que coordenou a introdução da metodologia gerencial na administração pública brasileira a partir de 1995.

Palavras-chaves: Estado gerencial; terceiro setor; accountability; neoconstitucionalismo; democracia participativa.

ABSTRACT: This article concentrates efforts to identify the legislative process development of constitutional and below constitutional around the conception of the Third Section's Entity, specifically the Social Organization, private right person without lucrative purpose that execute public interests unde the citizens control, created by Director Plan of State Apparatus Reformation, the third reformation of public administration that coordinates the introduction of managerialism method in Brazilian public administration after 1995.

Keywords: Managerialism State; third sector; accountability; neoconstitutional; democratic participation.

[1] Mestre e professor de Direito Empresarial no Unicentro Newton Paiva e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. Introdução

A intensificação do processo de mundialização, apoiado pela mudança de diversos paradigmas, em especial os de ordem política, social e econômica, tem promovido o aumento da democratização da administração pública. Conceitos como o de fomento à participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta; da colaboração entre o público e o privado através da flexibilização das atividades administrativas do Estado e da atuação em parceria e em prol da eficiência, tem delimitado a modificação dos princípios da gestão pública contemporânea.

Para tornar possível a introdução desses "novos" conceitos no ordenamento jurídico brasileiro, várias medidas foram sugeridas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, terceira grande reforma da administração pública brasileira, conduzida pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, a partir de 1995.

Com a reforma, procurou-se concretizar o projeto de desenvolvimento de novas instituições legais e organizacionais, capazes de permitir com que a burocracia estatal assumisse melhores condições de gerir o Estado.

Um dos objetivos destacados pelo documento reformista seria a transferência da responsabilidade estatal pela execução direta de certas atividades, para o setor público não-estatal (formado por entidades privadas que prestam serviços públicos sem fins lucrativos ligadas ao chamado terceiro setor), o que seria viabilizado por meio da criação de novos elementos normativos, como o contrato de gestão, por exemplo, que, dentre outras características, implementa a medição do desempenho e a responsabilização dos dirigentes das entidades prestadoras de serviços de interesse público.

O presente artigo pretende analisar como a criação de novas regras e de novas entidades que tornam viável o fortalecimento dos mecanismos de co-participação da sociedade na prestação de variados tipos de serviços de interesse público permitem que seja adicionado o controle social às ações governamentais, propiciando novos rumos na execução das políticas públicas.

2. O Plano de Reforma do Aparelho do Estado e a administração gerencial: as dimensões de intervenção institucional-legal e da gestão. A publicização das políticas públicas

A trajetória de afirmação das características da Administração Pública Brasileira até o início da década de 1990 foi transposta por duas grandes reformas. A primeira foi implementada pelo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), previsto no art.

67[2] da Constituição de 1937, e que fora regulamentado pelo Decreto nº 579/37, durante o mandato de Getúlio Vargas.

Dentre suas principais medidas, a reforma propôs a implementação, no Brasil, do modelo administrativo burocrático weberiano[3], representado pela definição rigorosa de normas e procedimentos aplicados à gestão, à profissionalização do serviço público, à verticalização da estrutura governamental por meio da criação de ministérios, órgãos e secretarias, dentre outras medidas.

A segunda reforma foi conduzida pelo regime militar, através da edição do Decreto nº 200/67, durante a presidência do general Costa e Silva. O projeto buscava a consolidação na Administração Pública, de princípios associados à escola neoclássica da administração, assim classificados: - planejamento, a descentralização hierárquico-administrativa, o incentivo à delegação de poderes, a coordenação horizontal e o controle das atividades públicas.

Ambos os programas reformistas foram conduzidas em meio a regimes presidencialistas autoritários, cujas características se concentraram em torno da estrutura do Poder Executivo. Diniz argumenta os reflexos trazidos pelas reformas. Segundo a autora:

> A prática de implementação de reformas do Estado sob regimes autoritários teve conseqüências que não podem ser ignoradas. Em primeiro lugar, os longos períodos de fechamento do sistema político criaram condições propícias para a consolidação de uma modalidade de presidencialismo dotado de amplas prerrogativas (...) exacerbaram-se certas características do sistema presidencialista, como a outorga constitucional de poderes legislativos ao chefe do Executivo.
>
> Em segundo lugar (...) observou-se o fortalecimento de outros traços relativos às formas de ação estatal (...) a consolidação do estilo tecnocrático de gestão da economia, fechado e excludente que reforçou a concepção acerca da validade da supremacia da abordagem técnica na formulação das políticas públicas (...) criando-se, na verdade, a coexistência entre duas lógicas marcadas por relações tensas ou complementares, ao sabor das circunstâncias políticas.
>
> Finalmente, cabe mencionar o debilitamento da dimensão legal do Estado pelo alto grau de instabilidade do marco jurídico, culminando com o reforço da chamada cultura do casuísmo (...) notabilizada pelo desrespeito sistemático à ordem legal constituída, tornando-se recorrentes os atos arbitrários de mudança brusca das leis, sempre que esse recurso parecia conveniente aos interesses das forças que detinham o controle do poder. (DINIZ, 2001, p. 7)

---

[2] Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições:
a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público; (...)

[3] O modelo burocrático foi introduzido tendo como principal objetivo a superação do sistema de gestão denominado patrimonialismo. Nesse sistema, impera a corrupção, o fisiologismo, o nepotismo, o funcionamento livre da gestão pública, identificado com os interesses particulares do administrador.

Os relatos conferidos por Diniz identificam o insulamento burocrático, a baixa governabilidade e o anacronismo administrativo com que se desenvolveu a gestão da máquina pública brasileira, a partir da reforma da década de 1930.

O enquadramento administrativo que se desenvolveu no Brasil, assim como em diversos países da América Latina e da Europa, enfrentou grande colapso na década de 1980, pelo encontro da crise do modelo de intervenção econômico estatal característico dos Estados de viés social democrático, pela crise fiscal e ainda pela crise do modelo de gestão burocrático.

O diagnóstico apurado sobre a "falência" do Estado defendeu a introdução do modelo administrativo denominado gerencial, que começou a ser desenvolvido na Inglaterra, sob a supervisão da ministra Margareth Thatcher e nos Estados Unidos, pelas mãos do presidente Ronald Reagan.

Referido modelo se baseia no princípio da gestão eficiente, e propõe a reestruturação e a redução da máquina administrativa para o exercício de atividades consideradas essenciais e exclusivas, a terceirização dos serviços considerados não exclusivos para instituições privadas; a busca pela melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e dos servidores públicos; a realização de investimentos em infra-estrutura para o funcionamento e agregação de valor ao setor produtivo; e o resgate da legitimidade dos órgãos públicos perante a sociedade, como instância responsável pela manutenção do bem-estar e pelo desenvolvimento auto-sustentado do País.[4]

No ano 1995 o Congresso Nacional autorizou o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a criar o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE). O Presidente nomeou Luiz Carlos Bresser Gonçalves Pereira como titular da pasta, propondo-lhe a criação de um Ministério para conduzir uma reforma administrativa que inserisse o Estado brasileiro no contexto da administração pública gerencial.

Distintos cenários econômicos e sociais foram observados para auxiliar a elaboração do plano, cujo propósito inicial seria o de orientar o encaixe da administração pública brasileira no novo contexto mundial. Inicialmente, houve a necessidade de se delimitar qual seria a real extensão da "intervenção estatal" na prestação de serviços públicos para além

[4] Consoante Pereira (2008, p.102), a administração pública gerencial procura substratos que caracterizam a administração privada para, apropriando-se das melhores técnicas, remodelar a estrutura da máquina estatal. Ao citar Olias, (2008, p. 102), enumera as características que são importadas da administração privada, como: "redução do tamanho do setor público (**downsizing**); maior autonomia e responsabilidade dos gestores (agência); **empowerment** (delegação e descentralização); - **reinventing government** (reengenharia); ênfase nos resultados e na necessidade de serem medidos (indicadores de avaliação); equilíbrio financeiro; orientação para os clientes; formas de contratação de pessoal mais flexível; qualidade na prestação dos serviços públicos e transparência da informação (**accountability**)".

daquelas atividades que lhe eram consideradas exclusivas, sobretudo no que diz respeito à inserção empresarial. A partir dessa iniciativa, seria possível mensurar a extensão da influência da administração burocrática no desenvolvimento dos serviços públicos brasileiros.

O segundo cenário priorizou a "desregulação" da intervenção estatal nas atividades econômicas, por meio da retirada do Estado da posição de responsável direto pela produção de determinados bens e serviços, em respeito à previsão constante no art. 173 da Constituição da República de 1988[5]. Com a diminuição de responsabilidades, a atenção do Ente Público poderia se especializar na realização das atividades consideradas essenciais.

O terceiro cenário propôs o aumento da "governança pública" por meio da criação de mecanismos que aumentassem a participação da sociedade civil na realização das atividades de interesse público.

Após a definição dos três cenários, o MARE desenvolveu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, considerado a 3ª Reforma da Administração Pública Brasileira[6]. Neste documento descreveram-se as bases da reforma gerencial brasileira, a partir da intervenção em três frentes (também denominadas dimensões), sendo elas a: institucional-legal, a cultural e da gestão. Importa para este trabalho o estudo da primeira e da terceira dimensões.

O objetivo da primeira frente seria a remodelagem do sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional, através da criação de novos Órgãos vinculados à administração direta e indireta; de novos mecanismos legislativos que permitissem a flexibilização das relações de trabalho; da inserção de instrumentos de controle das atividades públicas; e do desenvolvimento de critérios de mensuração do desempenho dos agentes do Estado.

A partir da frente institucional-legal editaram-se as Emendas Constitucionais nº 18, 19 e 20[7], que foram responsáveis pela introdução de novos princípios e regras no capítulo destinado à Administração Pública, principal objetivo das reformas propostas por essa frente.

A frente institucional impulsionou a da gestão, definida pelo Plano Diretor como a mais ampla das três. Nessa dimensão foi proposta a criação do Programa Nacional de "Publicização", onde se inseriu o projeto das Organizações Sociais (OS's), além do desenvolvimento das Agências Autônomas (Reguladoras e Executivas).

---

[5] CR/88, art. 173: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

[6] Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=121. Acessado em 17/03/2011.

[7] As emendas foram publicas em 05/02, 04/06 e 15/12 de 1998, respectivamente.

O programa mencionado enfatizou a necessidade da descentralização dos serviços públicos estatais não-exclusivos, atividades que foram absorvidas pelo eixo-central do Estado, com a adoção no Brasil dos princípios propalados pelo **welfare state**, ainda na década de 1940.

Inicialmente conferiu-se às Organizações Sociais a tarefa de "substituição de responsabilidades" por meio do repasse dos serviços não exclusivos do Estado para a sociedade civil, através da assinatura do contrato de gestão, figura tipicamente gerencial que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda nº 19, que inseriu o § 8º ao artigo 37 da Constituição da República.[8]

O contrato de gestão visa acertar as bases de um novo modelo de relacionamento público-privado, em que uma organização da sociedade civil passaria a receber subvenção orçamentária e promover de forma autônoma a realização de serviços públicos. Trata-se de mecanismo orientado para o aumento da capacidade administrativa do Estado, adaptado ao contexto pretendido pela Nova Administração Pública.

As OS's foram previstas para atuar como unidades de ação coletiva identificadas com um propósito específico (voltadas para a prestação de serviços nas áreas da saúde e da educação, por exemplo), capazes de disseminar uma nova forma de gestão de serviços públicos a partir da adoção de técnicas que enfatizam a descentralização e a negociação entre órgãos, entidades administrativas e a sociedade. O objetivo proposto para as Organizações Sociais era o de que essas entidades deveriam se orientar por um modelo de autoridade própria, desvinculado da intervenção direta do Estado, apoiando-se em uma categoria específica de captação de recursos.

Para Nuria Grau, com o projeto de Reforma Administrativa "o que se evidencia é a criação de instrumentos de democracia direta e de participação da sociedade na administração pública, criando um novo paradigma no arranjo institucional que faça da cooperação social a via para a provisão dos serviços públicos". (GRAU, 1998, p. 81).[9]

O programa de publicização insere-se no contexto político legislativo do Estado Gerencial. Alia-se ao paradigma neoconstitucionalista, que se interessa por fomentar a participação direta da população na discussão e na escolha da melhor forma de

[8] § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato (...), que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (...).

[9] Ainda de acordo com Grau, por ser a fonte institucionalizadora das modalidades de participação social, dado sua condição de garantidor do bem-comum, é a partir do Estado que deve provir a forma legitima para que os cidadãos, por sua conta e risco, possam promover determinados serviços e atender a determinadas categorias de interesses.

provisionamento dos serviços públicos antes realizados conforme critérios exclusivos da Entidade Estatal.

O lançamento de uma nova cultura organizacional[10] favorável às Organizações Sociais rompe com a tradição relativa ao modo de interação existente entre público e privado, produzindo novo padrão de comportamento no ordenamento jurídico.

3. O Terceiro Setor na administração pública brasileira: o marco legal das organizações sociais

A concretização de diferentes formas de participação da sociedade na gestão política, social e econômica gera o aumento da noção de pertencimento ao processo democrático, consolidando-se o conceito de cidadania (AVRITZER, 1996, p. 21). As entidades prestadoras de serviços públicos que mais se desenvolveram no início do século XX foram as que receberam auxílio financeiro do Estado. No Brasil, a transferência de recursos para as entidades civis organizadas prestadoras de serviços de interesse público ocorre desde a década de 1920.

O decreto presidencial nº 5.432, publicado em 10/01/1928 permitia a concessão de recursos a determinadas atividades, oriundos da contribuição de caridade, instituída sobre a importação de bebidas alcoólicas.

Em 1931 o Decreto Lei nº 20.351, publicado em 31/08, criou a Caixa de Subvenções que atualmente vem definida como uma espécie de fonte orçamentária voltada para a transferência de recursos a instituições públicas ou privadas, de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, com objetivo de cobrir despesas de custeio com os serviços, nos termos da Instrução Normativa 1/97, art. 1º, VIII da STN.

Em 01/07/38 foi editado o Decreto Lei nº 525, com o fim de instituir o Conselho Nacional do Serviço Social (CNSS), que recebeu a atribuição de regulamentar a prática da assistência social realizada em conjunto pela sociedade civil e pelo Estado, sobretudo nas áreas da saúde e educação.

A Lei nº 4.320, publicada em 17/03/1964, implantou no sistema jurídico brasileiro o elemento orçamentário denominado "despesa de capital", para definir os critérios de investimento e transferência de receitas públicas. Dentre as hipóteses de realização de despesa

[10] A cultura organizacional pode ser entendida como o sistema de significados compartilhados pelos membros de uma organização, que lhes dá algum tipo de identidade coletiva. A cultura das organizações públicas é marcada pelo modo como se instituíram as relações entre Estado e sociedade, bem como as relações do sujeito com a coisa pública. Para Schein, citado por Pereira (2009, p. 16): "a cultura organizacional é o modelo de pressupostos básicos, que determinado grupo tem inventado, descoberto ou desenvolvido no processo de aprendizagem, para lidar com os problemas de adaptação externa e adaptação interna. Uma vez que os pressupostos tenham funcionado bem o suficiente para serem considerados válidos, são ensinados aos demais membros como a maneira correta para se perceber, se pensar e sentir-se em relação àqueles problemas identificados".

previstas, a lei descreve no artigo 12, § 3º, I e II[11], as subvenções sociais (que se dividem em econômicas e sociais), que possuem o objetivo de cobrir as despesas das atividades das entidades que apóiam o Estado na prestação de serviços de interesse público.

As modalidades "subvenções econômicas" patrocinam no Brasil as chamadas entidades Paraestatais, pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. [12]

As modalidades "subvenções voluntárias" patrocinam as entidades de apoio (fundações e associações), as Organizações não-governamentais[13], e as Organizações Sociais, dentre outras, que integram no Plano Diretor a parte que descreve o "terceiro setor".

A expressão terceiro setor tem sido utilizada para identificar as entidades surgidas a partir da sociedade civil, que se organizam para prestar voluntariamente serviços de interesse público, sem propósito lucrativo, e que tenham natureza privada. Referidas entidades surgiram em virtude da inaptidão do primeiro setor (formado pelo Estado, que preza pela satisfação dos interesses sociais coletivos) e do segundo (formado pelo mercado/sociedade) em ofertar serviços de interesse público.

No trabalho intitulado "Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais", Paulo Modesto, co-responsável pela elaboração do PDRAE, apresentou os objetivos da Reforma Administrativa brasileira, desenvolvidos em comunhão com outras reformas administrativas realizadas no mundo, especialmente voltadas para disseminação das atividades do terceiro setor, em especial para as OS's. São eles:

> a) objetivo econômico: diminuir o "déficit" público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; b) objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação

[11] "§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril".

[12] Para Bandeira de Mello (1999, p. 350), a expressão abrange as pessoas privadas que exercem função típica, embora não exclusiva do Estado, como as de amparo aos hipossuficientes, de assistencial social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI) sendo estimuladas para tanto com o repasse de subvenções governamentais. O desempenho das atividades protetoras próprias do Estado de polícia por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas do ente público, paralelas a ele.

[13] Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei PL – 1880/2007, da autoria do Deputado Federal Lira Maia (DEM/PA), que visa regular as atividades das organizações não-governamentais no Brasil, que estabelece os critérios de criação, organização, estrutura interna, funcionamento, repasse de verbas, criação de cadastro nacional, e fiscalização dessa entidade específica de prestação de serviços públicos.

> do seu acesso aos mais carentes; c) objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada; d) objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.[14]

Os objetivos da reforma, segundo o articulista, remetem à necessidade de focalização e de utilização dos recursos orçamentários públicos nas áreas de intervenção estratégica, à possibilidade da gestão associada das organizações privadas, à criação de um espaço de promoção da deliberação coletiva entre todos os envolvidos na política pública e ao aumento da governança pública, com a destinação da intervenção estatal para as atividades em que lhe são exigidas maior atenção.

O desenvolvimento do terceiro setor exige a criação de novas organizações e instituições, e mesmo a reconstrução das existentes, para coordenar as diversas interações entre os cidadãos e o Estado[15]. O terceiro setor sugere o estabelecimento de normas que reorganizem as ações coletivas entre os cidadãos e o Estado. Incumbe-se esse papel às instituições e às organizações (PEREIRA, 2009, p. 20), por se tratarem de agentes que: "reduzem as incertezas típicas às interações humanas e as induzem à cooperação, diminuindo os custos das transações"**.**

As OS´s se encaixam no objetivo pretendido pelo Plano Diretor como órgãos capazes de desenvolver o novo sistema normativo e administrativo evidenciados pelo gerencialismo, possibilitando a criação de novos instrumentos de controle orçamentário e fiscal aptos a aumentar a governança pública.

4. Legística neoconstitucional e o Estado Gerencial

Pressupõe-se que um documento constitucional absorva as contingências sociais e estabeleça, explícita ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras mais relevantes

---

[14] MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil:** As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_136/r136-27.pdf>. Acesso em 19/10/2009.

[15] Para Douglas North, citado por José Matias Pereira (2009, p. 20), as instituições: podem ser entendidas como as regras do jogo em uma sociedade ou as limitações criadas pelo homem, que dão forma à interação humana. Dessa maneia, estruturam incentivos no intercâmbio humano, seja no âmbito político, seja no social, seja no econômico. Registre-se que as instituições formais de comportamento são representadas pela constituição, leis, pelos regulamentos e pelos direitos de propriedade; as informais são as sedimentadas nos costumes, modos, tradições, códigos e valores.

do ordenamento jurídico dos Estados. A preocupação constante com a legitimidade de suas disposições serve de fonte inspiradora para o constitucionalismo moderno.

Nas palavras de Raul Machado Horta, “concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar indefinidamente no tempo”, (HORTA, 2002, p. 97). O autor discorre sobre o assunto dando-lhe o nome de “intangibilidade constitucional”, situação característica das Constituições latino-americanas no séc. XX, formada por documentos criados para preservar sua continuidade e duração, mesmo quando interrompida a vigência por ato de força ou exceção.

Evidencia-se nas palavras do autor o fechamento típico das Constituições promulgadas como documentos que orientam e consolidam a ordem social, econômica e política de determinada sociedade.

Para Marcelo Rebelo de Souza (1991, p. 16), o processo de desenvolvimento da legislação constitucional e infraconstitucional se apresenta como política pública de regulação jurídica em que se oferecem bens (as próprias leis) e “em que há um mercado onde de um lado há uma certa oferta e há uma certa procura. Procura e oferta que se traduzem, de uma ótica estática, em condicionantes meta-jurídicas ao processo de feitura das leis”. As condicionantes meta-jurídicas irão se transformar em impulsos legiferantes, que, por sua vez, irão sugerir a elaboração de um novo instrumento normativo.

O neoconstitucionalismo (ou novo constitucionalismo, ou ainda constitucionalismo contemporâneo) se baseia na interpretação contínua dos valores fundamentais insculpidos no texto constitucional para reconstruir o ordenamento jurídico, com base nos princípios do regime democrático de direito. Preconiza a utilização de técnicas consensuais e o aprofundamento da participação popular na produção legislativa, para efetivar a aproximação do direito à realidade social.

Diante do processo de transformação jurídico constitucional, na tentativa de adaptação da gestão pública aos ditames da Nova Administração Pública, surge a necessidade da revisão das bases do ordenamento jurídico, tipicamente formalista e apegado a um procedimento de elaboração burocrático, para, com apoio no neoconstitucionalismo, adequá-lo aos propósitos da administração gerencial.

Do ponto de vista da organização pública, o neoconstitucionalismo associado ao movimento gerencial proposto pela reforma do Plano Diretor sugere a substituição do modelo de Estado administrativo burocrático, hierárquico, centralizador e gestor direto, por um modelo em que a multiplicidade de organizações privadas não governamentais (terceiro setor) assuma a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado.

O neoconstitucionalismo não propõe a superação dos princípios arraigados como direitos historicamente conquistados por um povo. O que propõe é o estabelecimento de uma nova instância de deliberação participativa, em que se extraiam os interesses substanciais dos atores envolvidos e, a partir deles, sejam traçados novos elementos normativos, que condicionem a efetivação mais próxima da ideal, dos interesses conflitantes, por meio da superação de institutos normativos positivos e tradicionais, e do desenvolvimento de políticas públicas calcadas na transparência, na flexibilidade e na responsabilidade.[16]

As tendências de modificação do texto constitucional que se instalam na fase de rompimento da metodologia burocrática pela gerencial, segundo discorre Di Pietro (2009, p. 27) pugnam pelo alargamento do princípio da legalidade, com o propósito de efetivar, dentro da produção legislativa, a adoção de princípios e valores; o incentivo ao aumento dos instrumentos de democracia participativa no controle e na gestão da Administração Pública; o movimento de agencificação das tarefas de regulação estatais; a aplicação do princípio da subsidiariedade, no que diz respeito ao afastamento da intervenção do Estado como executor direto de serviços tipicamente privados; a substituição e diminuição do quadro de servidores estatutários por aqueles contratados pelo vínculo da iniciativa privada; a contratualização de serviços mediante pactos de resultado, dentre outras situações.

Exemplo de norma de estrutura fortemente legalista prevista na Constituição da República encontra-se esculpida no artigo 37, XXI, que estabelece as regras gerais para a contratação de serviços por parte dos Entes Federativos através do processo licitatório[17]. Do artigo e inciso se extraem as regras para condução de processos formais voltados à contratação de serviços mediante o resguardo da supremacia do interesse público. A norma ensejou a edição de legislação ordinária, a Lei nacional nº 8.666/93, publicada em 21/06/1993, que dispõe sobre o estatuto federal das licitações.

---

[16] Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, na obra "Constituição dirigente e vinculação do legislador (2008, p. 52), a intervenção da lei se impõe unicamente em função das necessidades de uniformização e de segurança jurídica e das necessidades de complexidade técnica. Afora isso, a prioridade está na utilização de programas de fomento ou de coordenação "(...). A originalidade fundamental dessa administração endógena decorre do emprego (a partir de agora mais sistemático), que é feito dos procedimentos não imperativos, e que autoriza uma nova leitura das normas e do sistema jurídicos; atualmente a administração age em rede, e não mais de modo unilateral, nem mesmo unicamente sobre bases convencionais. "Não é mais a administração que age por parceiros, mais trata-se sim de um conjunto de parceiros que procedem por interações comuns".

[17] Nos seguintes termos: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 10/10/2009".

No esteio da norma referida, a Nova Administração Pública (NAP) preconiza a mudança na ênfase do processo de condução do interesse público, partindo da fixação dos processos de contratação e respeito a uma regra editada pela União, para o privilégio conferido à habilidade gerencial, que preza pela flexibilização das relações contratuais, pela promoção do desempenho e pela retirada da execução de tarefas do Poder Executivo.

A reforma administrativa conduzida pelo Plano Diretor sugeriu modificação no formato da prestação de serviços públicos. Por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, inseriu-se o § 8º (já citado) ao artigo 37, lançando a nova identidade normativa denominada "contrato de gestão". A norma refletiu padrão inovador em torno da contratualização de serviços públicos, a ser realizada no sentido Governo/órgão público e Governo/sociedade civil. Dessa forma, concebera as bases necessárias para o estabelecimento das OS's enquanto agentes responsáveis pelas políticas públicas típicas do terceiro setor, no Brasil.

Através da utilização do mecanismo da consensualidade, o Governo estimula a prática de condutas privadas de interesse público. A contratualização de serviços, cujo conceito deve ser visto de forma mais ampla que a de um contrato típico de relações entre partes distintas, por não buscar apenas a concretização jurídica de um acordo de vontades, reflete um conjunto de atividades ou um modo de interação entre as pessoas, com o propósito de substituir as relações baseadas na submissão de vontades por relações fundadas na discussão e no consenso.

4.1. A contratualização dos serviços públicos

As interações construídas em uma organização burocrática pautam-se, dentre outras situações, na rigidez e no controle dos processos (meios). O modelo gerencial observa o custo transacional que a burocracia acrescenta às interações referidas, e propõe a maximização dos interesses dos atores envolvidos, focando-se no resultado alcançado pelas interações.

As transações referidas podem ser constituídas a partir da presença de dois atores, um considerado principal, o outro, considerado agente. Na administração pública tradicional, associada à burocracia, o principal (governo), geralmente delega ou outorga funções para o agente (pessoa jurídica de direito público ou privado), preocupando-se com o controle das atividades, a análise da legalidade dos atos contratuais e o respeito aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Os custos da transação geralmente são mensurados com base nas informações dominadas pelos atores, sejam elas as diretrizes, as metas ou programas de governo (caso seja

este o principal), sejam elas as potencialidades ou mesmo o **Know-how** detido pelos executores dos contratos (caso sejam estes os agentes).

A partir do momento em que a medição dos custos passa da situação do controle para a situação da análise dos resultados, difundida pelo gerencialismo, cria-se a perspectiva de melhoria no desempenho da atividade programada pelo governo.

A reforma do Plano Diretor propõe a convocação de novas Instituições, como as OS´s, para se transformarem em atores da expansão do modelo de contratualização gerencial no seio da Administração Pública e do Direito Administrativo. Para tanto, sugere a modificação do ordenamento jurídico, com o incremento de regras que imprimam novos formatos de colaboração entre o público e o privado.

North, citado por Pereira (2008, p. 141), ao definir as Instituições como o conjunto de regras, formais ou informais, costumes, tradições e outros aspectos culturais que orientam a ação de sociedades, organizações e indivíduos, situa a importância fundamental que as mesmas assumem na redução dos custos das transações. Segundo o autor:

> Instituições e organizações – respectivamente, as regras do jogo e a divisão de tarefas entre os agentes que participam – afetam o desempenho da economia na medida em que, ao dar forma e estruturar as interações humanas, reduzem as incertezas e induzem a cooperação, diminuindo os custos das transações (PEREIRA, 2008, p. 141).

A administração pública consensual desenvolve nova linguagem jurídica que se sustenta no redimensionamento das relações entre o Estado e o cidadão, em meio a intensas relações econômicas e sociais, no sentido de promover reciprocamente os interesses, para superação dos conflitos.

Segundo Abrúcio (1997, p. 23), a criação de relações contratuais em meio ao gerencialismo origina-se de três pressupostos: o primeiro é o de que numa situação de gestão ineficiente de recursos, a melhor forma de aumentar a qualidade nos serviços públicos ocorre através da introdução de relações contratuais de competição e de controle; o segundo é de que a forma contratual evita a situação de monopólio; por fim, o último pressuposto refere-se à maior possibilidade que os consumidores têm de controlar e avaliar o andamento dos serviços públicos a partir de um marco contratual.

A primeira referência feita ao contrato de gestão como objeto de estudo científico no Brasil data de 1993, quando a Escola Nacional de Administração Pública, situada em Brasília,

publicou o relatório denominado “O contrato de gestão no serviço público”, pelo qual analisou as vicissitudes em torno da institucionalização do dispositivo comentado.[18]

A questão da contratualização administrativa assimila-se ao que propõe a teoria neoconstitucionalista, na medida em que orienta a superação de conteúdos normativos rígidos, formais e estruturados sob os contornos da burocracia, fornecendo as bases teóricas para a construção de nova relação, de caráter consensual, cooperativo e colaborador, entre a Administração Pública e a sociedade civil.

5. Gestão pública, governança e governabilidade

Diversas acepções giram em torno do conceito de gestão de políticas públicas na contemporaneidade. Aliadas ou não ao movimento neoconstitucional e ao sentido da contratualização, a evolução das técnicas de reformas administrativas que se associam ao gerencialismo exigem a abordagem sobre os conceitos de governança pública e governabilidade.

A capacidade política de governar com arrimo na legitimidade constituída entre o Poder Público e os cidadãos representados resulta em governabilidade, enquanto a governança decorre do aumento constante da capacidade financeira e administrativa do governo em realizar políticas públicas.

A governabilidade denota aceitação por parte da sociedade do direcionamento político e administrativo conferido pelo governante, ou seja, o conceito remete ao reconhecimento que a ordem política possui em determinado Estado.

A governança representa-se pelas condições administrativas que a máquina pública cria através, dentre outras hipóteses, do processo de desregulação econômica, para focar a sua intervenção nas atividades típicas e exclusivas do Estado. Quanto menor a atuação do poder público no atendimento direto das demandas sociais, maiores serão as chances de desenvolvimento da governança.

---

[18] Extrai-se do documento que: “Existe um consenso de que a ação gerencial, a capacidade de gestão da coisa pública, e a própria governabilidade encontram-se prejudicadas, dentre os fatores de ordem mais geral, pela estrutura organizacional do Estado, particularmente pela ênfase no controle das ações em detrimento da efetividade dos resultados. A ação administrativa carece de parâmetros para avaliar e mensurar sua eficiência. O instrumento que visa superar essas dificuldades e inspira a idéia ora em estudo caracteriza-se pela concessão de autonomia gerencial, ou seja, pela alteração da natureza do controle, através da sua particularização, negociada caso a caso entre o Estado e seus órgãos, entidades ou empresas, a partir do poder discricionário que lhe é inerente”.

O desenvolvimento da governança é destacado através do incentivo à mobilização da sociedade civil, com o aumento da condição dos próprios indivíduos reinventarem as suas formas de inserção social e se responsabilizarem por localizar e estabelecer com os beneficiários das ações sociais uma política que pressuponha uma via de mão dupla, capaz de conjugar esforços entre os organismos públicos e privados para o enfrentamento dos problemas sociais.

Paulo Modesto, no trabalho anteriormente citado, elenca serem necessários variados esforços para a ampliação das condições de participação da sociedade enquanto agente da boa governança, dentre eles:

> a) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos-programas, convênios de delegação ou descentralização); b) estímulo à privatização de serviços econômicos competitivos sustentáveis em regime de mercado; c) transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais; d) ampliação dos controles de produtividade e de economicidade vale dizer, do resultado do trabalho administrativo (controles de eficiência); e) fortalecimento da autonomia das entidades personalizadas da administração indireta; f) incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias); (...) i) elaboração do conceito de planejamento estratégico e fortalecimento dos setores administrativos responsáveis pela formulação de políticas públicas; (...) l) estímulo ao desenvolvimento de habilitações gerenciais flexíveis do pessoal administrativo, fator a ser considerado no próprio recrutamento, mediante a ampliação do grau de generalidade das atribuições contempladas nos cargos públicos; m) definição de novas formas de responsabilização dos agentes públicos pela gestão administrativa; n) adoção de programas de desregulamentação ou de simplificação da legislação (consolidação e codificação legislativa); o) ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública. (Grifado)

As metas, programas e objetivos desenhados pela ação governamental devem ser propostos em meio a um cenário que ofereça garantias suficientes aos cidadãos enquanto agentes que participam do processo de elaboração política. Diniz (2001, p. 6), atribui ao conjunto de garantias a nomenclatura poliarquia decisória. A autora desenvolve no artigo "Globalização, reforma do Estado e teoria democrática contemporânea", o estudo a respeito das oito garantias institucionais da poliarquia, quais sejam:

> **Liberdade de formar e integrar-se a organizações**; liberdade de expressão; direito de voto; elegibilidade para cargos políticos; direito de líderes políticos competirem através da votação; fontes alternativas de votação; eleições livres e idôneas **e a existência de instituições que garantam que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência da população**. (DINIZ, 2001, p. 4-5). (grifado)

A elaboração de normas adaptadas à Nova Administração Pública comunga-se com a necessidade referida por Diniz de se arquitetar as instituições democráticas respeitando a forma pela qual o elenco de direitos, garantias e valores básicos constitutivos das poliarquias emerge e se apresenta. Destacam-se na citação as reflexões em torno da formação e integração de organizações e de instituições que garantam as políticas governamentais de acordo com as preferências populares. Para a autora, situam-se ambos os elementos como um dos pilares da formação da nova democracia na medida em que se posicionam como duto capaz de preencher a incompletude do processo de constituição da cidadania, das lacunas quanto aos direitos civis e sociais, de estreitar os espaços públicos e de promover a efetivação das leis.

A partir da constatação das fragilidades do Estado, os atores políticos passam a perceber que os atores não-estatais estão adquirindo legitimidade crescente na defesa e promoção dos interesses públicos. Dessa forma, o Estado não mais seria o detentor do monopólio da execução dos serviços nem de sua definição. Busca-se, com esforço, a definição do espaço público no qual se propiciariam as bases de construção da democracia nos moldes contemporâneos, constituído por uma rede complexa de interesses, de interações entre atores e escalões de intervenção política.

Denota-se que a governança trata da aquisição e distribuição de prerrogativas administrativas na sociedade. Uma boa governança apóia-se em quatro princípios: a) relações éticas; b) conformidade, em todas as suas dimensões; c) transparência da gestão e d) prestação responsável de contas. Todos os princípios, em especial os dois últimos, denotam a concepção da expressão **accountability**, termo sem tradução literal para o português, que representa a responsabilidade do gestor e o poder de fiscalização atribuído à sociedade.

5.1 Gestão pública, accountability e a formação de minipúblicos

Das diversas acepções em torno do conceito de governança, que prezam pelo fortalecimento institucional do Estado, prevalecem as seguintes: a) governança enquanto Estado mínimo: baseia-se na necessidade da redução dos déficits públicos; b) governança enquanto nova administração pública: preconiza a introdução de técnicas de administração de empresas na administração pública; c) governança enquanto conjunto de redes organizadas: considera que o Estado não se posiciona sozinho enquanto prestador de políticas públicas, sendo considerado um dos seus atores, juntamente com outros órgãos, como as entidades paraestatais, a mídia, etc.; d) governança corporativa: originada das teorias do **management**,

acentua a necessidade da gestão pública eficaz, identificada principalmente com a **accountability**.

Numa escala ascendente, Fernando Luiz Abrúcio explicita as três vertentes do gerencialismo, sendo a fase Pura, a do Consumerismo (ou **Consumerism**) e a do Serviço Público de Orientação (ou **PSO – Public Service Oriented**). **Accountability** apresenta-se como uma figura latente na fase do gerencialismo denominada "Serviço Público de Orientação".[19]

A primeira fase, denominada Pura, tem como suas principais características o foco no planejamento político eficiente, voltado para o controle dos gastos públicos e para a ordem fiscal. Nessa fase, a nomenclatura utilizada para identificar os destinatários dos serviços públicos é **taxpayers** (contribuintes).

No segundo estágio, o Consumerista, o foco da administração pública gerencial deixa de ser apenas a gestão eficiente para se desenvolver em torno do planejamento estratégico. A demanda pelo serviço público, além de exigir qualidade, requer um desenvolvimento integrado de maneira que as necessidades dos destinatários sejam atendidas de forma agregada. Estes passam a ser tratados como clientes-usuários.

O modelo consumerista demonstra-se insuficiente justamente pela forma como enfatiza a prestação dos serviços em favor do cliente usuário, deixando de considerar seus direitos, deveres e garantias. Existem diferenças entre os interesses de compra de produtos entre o consumidor do mercado e o do serviço público. As relações entre cliente e mercado baseiam-se no interesse, enquanto que as relações entre usuário e serviço público, baseiam-se no dever. O cliente do mercado remunera de forma direta aquele que proveu o serviço consumido, havendo correlação entre a sua satisfação e a qualidade do produto recebido, enquanto que o usuário do serviço público remunera de forma indireta o Estado, inexistindo correlação direta entre a satisfação do usuário e a qualidade do serviço.

A nomenclatura consumerista sucumbe frente ao surgimento do terceiro estágio do gerencialismo, denominado PSO, que enfatiza a utilização da expressão mais adequada para tratamento do destinatário do serviço público, que passa a ser chamado por cidadão, uma vez que este conceito implica além da liberdade de escolha, direitos e deveres garantidos constitucionalmente. Nesse estágio, o gerencialismo identifica-se com os princípios do

[19] "Conforme sintetiza Fernando Luiz Abrúcio: Toda a reflexão realizada pelos teóricos do PSO leva aos temas do republicanismo e da democracia, utilizando-se de conceitos como accountability, transparência, participação política, eqüidade e justiça, questões praticamente ausentes do debate sobre o modelo gerencial (...)". (ABRÚCIO, 1997, p. 26).

republicanismo, da transparência, da participação política e da accountability na ação governamental.

O quadro a seguir identifica as principais características de cada uma das passagens do gerencialismo público.

Modelo gerencial puro	**Consumerism**	**Public Service Oriented**
Economia/eficiência (produtividade)	Efetividade/qualidade	*Accountability*/equidade
Taxpayers	Clientes/consumidores	Cidadãos

Quadro 2: Respostas à crise do modelo burocrático inglês (Whitehall)
Adaptado de ABRÚCIO, 1997, p. 32.

A professora. Carla Bronzo, no artigo intitulado "Governança e **accountability**, algumas notas introdutórias", reflete sobre os escritos específicos de Andréas Schedler, sintetizando a expressão da seguinte maneira:

> Inicialmente o autor distingue as duas conotações básicas que o termo *accountability* política suscita: a) a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a obrigação dos oficiais públicos informarem e explicarem seus atos e b) a capacidade (*enforcement*) das agências de *accountability* (*accounting agencies*) de impor sanções e perda de poder para aqueles que violaram os deveres públicos. A noção de *accountability* é basicamente, bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (*answerability e enforcement*). (BRONZO, 2000, p. 02)

A partir do contexto apresentado, previu-se inicialmente a existência de duas naturezas de **accountability**: a vertical e a horizontal. Ainda com proveito do texto escrito pela Professora Carla Bronzo, ambas as naturezas são dissecadas, com apoio na definição seminal de O´Donnell (2000, p. 7), que enfatiza que "a noção de **accountability** vertical pressupõe uma ação entre desiguais, seja sob a forma do mecanismo do voto (controle de baixo para cima) ou sob a forma do controle burocrático (de cima para baixo)", enquanto que a noção de **accountability** horizontal, "(...), pressupõe uma relação entre iguais, através do mecanismo de **checks and balances**, da mútua vigilância entre os três poderes, autônomos, do Estado".

Os conceitos de **accountability** vertical e horizontal estão situados ao redor do eixo estatal associado ao Poder Executivo. Ainda que exista dentro da terminologia vertical a possibilidade de participação do cidadão na condução da gestão, por meio do processo eleitoral, ambas as formas de **accountability** se desenvolvem em meio a este poder, o que implica limitada efetivação dos princípios da gestão participativa, transparente e responsável.

O paradigma neoconstitucional, por atrair a participação popular na gestão dos interesses públicos, e a contratualização dos serviços públicos para flexibilizar as relações

imperativas, unilaterais e autoritárias do Estado, ainda que não tenha o interesse de retirar o controle sobre a gestão dos serviços das mãos do Ente governamental de forma direta, estimula a identificação de uma terceira modalidade de **accountability**, denominada societal.

Bronzo adapta a insuficiência dos dois conceitos anteriormente comentados, e descreve que a experiência democrática nos países da América Latina é carregada de enorme discricionariedade, o que, em certa medida, enfraquece os conceitos da responsabilidade e da fiscalização. Neste ponto, emenda com a definição de **accountability societal**, segundo os estudos de Smulovitz e Peruzzotti, para quem o instituto pode ser definido:

> (...) como um mecanismo de controle não eleitoral, que emprega ferramentas institucionais e não institucionais (ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias na mídia etc), que se baseia na ação de múltiplas associações de cidadãos, movimentos, ou mídia, objetivando expor erros e falhas do governo, trazer novas questões para a agenda pública ou influenciar decisões políticas a serem implementadas pelos órgãos públicos. (SMULOVITZ e PERUZZOTTI, 2003, p. 5)

A **accountability societal** possui como intuito a ampliação do conceito da **accountability** descrito nos dois formatos anteriores, configurando-se como um plano de participação direta da sociedade na supervisão e promoção das atividades tipicamente conduzidas pelos gestores políticos, por meio de associações de cidadãos e de movimentos organizados, com o objetivo de expor os erros governamentais e ativar o funcionamento das agências horizontais.

Após o suporte doutrinário utilizado para definir a terceira modalidade, a professora Carla Bronzo expressa a opinião no sentido de que para essa modalidade possa atingir plenamente os seus objetivos, torna-se necessária a implementação de mecanismos jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) capazes de garantir a responsabilização dos gestores e a consolidação dos poderes de fiscalização por parte da sociedade organizada.

As Organizações do terceiro setor viabilizam o surgimento de instâncias de desenvolvimento e de monitoramento de políticas públicas. Influenciam a condução das decisões sobre as políticas tornando imperativos os valores sociais na medida em que a alocação imperativa dos valores transmite o interesse mais proximamente da real vontade dos membros da sociedade, se aproximando, dessa forma, da efetivação da **accountability societal**.

Os novos modelos de cooperação propostos pelo PDRAE originam-se da configuração de novas modalidades de relação entre Estado e sociedade direcionadas ao atendimento dos interesses divididos entre setores específicos, que prezam pela democracia participativa.

No texto “Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências”, Fung (2006) identifica a formação de minipúblicos como o cenário para reunião entre cidadãos e gestores, objetivando o aperfeiçoamento e o engajamento cívico na composição deliberativa da agenda governamental, com o intuito de aprimorar a forma de participação da sociedade civil na condução das políticas públicas.

O autor situa quatro tipos diferentes de minipúblicos, sendo eles: conselho participativo consultivo; fórum educativo; cooperação para resolução participativa de problemas; e governança democrática participativa. Dentre eles, os dois últimos merecem referência expressa.

No minipúblico da cooperação participativa propõe-se a gestão associada entre o ente público e a coletividade, discutindo as propostas temáticas em caráter deliberativo, tornando-se obrigatória a gestão da forma como definida pela maioria.[20]

No minipúblico da governança democrática propõe-se o fortalecimento dos meios de participação das camadas da sociedade tradicionalmente afastadas do processo de elaboração legislativa e da gestão pública, conferindo-lhes direito de compor a agenda governamental. [21]

No âmbito da **accountability societal**, o Plano Diretor explora a criação do espaço público não estatal, um foco de atuação imbuído no sentido de horizontalizar a participação da sociedade na condução da agenda de governo. Neste espaço situam-se as OS’s, destinadas a suplementar atividades tradicionalmente executadas pelo Estado, construídas sobre a base legal desenhada pelo contrato de gestão.

Extrai-se das palavras de Bronzo que a expressão **accountability societal** denota a estrutura jurídico-constitucional externada pelas OS’s (2000, p. 7) “de caráter permanente, com representação paritária entre Estado e sociedade civil e com amplos poderes de controle sobre a política”, sendo novo mecanismo de mobilização social capaz de apresentar “tópicos

[20] “Esse tipo de minipúblico prevê um relacionamento contínuo e simbiótico entre o Estado e a esfera privada destinado a solucionar determinados problemas coletivos, tais como a degradação ambiental, escolas deficitárias ou ruas inseguras. (...) cidadãos e mandatários, através da deliberação participativa, podem inventar soluções novas que alavanquem recursos e engenhosidade de ambas as esferas cívica e estatal (...) para encoleirar a ação do Estado e torná-lo publicamente responsivo favorecendo arranjos nos quais os membros do público possam ficar de olho bem aberto sobre seus funcionários públicos”. (FUNG, 2006, p. 176)

[21] “Esse padrão de minipúblico procura incorporar as vozes dos cidadãos diretamente na determinação das agendas de políticas. Proponentes de tais minipúblicos frequentemente vêem as estruturas de representação legislativa e administração insular como facilmente assenhoreadas, ou ao menos enviesadas, em prol de setores ricos e socialmente beneficiados da comunidade política. Injetar a participação direta, mobilizada, deliberativa do cidadão na governança democrática pode favorecer as vozes daqueles em desvantagem e assim oferecer um antídoto procedimental que aumenta a equidade da legislação e da elaboração de políticas”. (FUNG, 2006, p. 177)

para a agenda pública, de controlar seu desenvolvimento e de monitorar processos de implementação de políticas e direitos".

A estrutura legislativa das Organizações Sociais procura desenvolver nova metodologia de interação entre os cidadãos e o gestor público, baseada no direcionamento dos recursos, no controle do desempenho e na análise da eficiência da intervenção associada.

6. Conclusão

As áreas de intervenção das entidades da sociedade civil em substituição ao Estado demonstram-se variadas e amplamente ricas em escopos e programas. A par dessa característica, a ausência de integração e associação entre os projetos políticos desenvolvidos nos três níveis federativos, acaba contribuindo para o aumento demasiado dos custos da troca de experiências e da identificação das melhores práticas de desenvolvimento de políticas públicas.

O neoconstitucionalismo em evidência no Estado gerencial estimula a mutação das normas do ordenamento jurídico para viabilizar a criação de novos tipos de interações institucionais que verdadeiramente efetivem o desenvolvimento da democracia participativa, estimulando as organizações da sociedade civil a participarem da reestruturação dos mecanismos de decisão, em favor de um maior envolvimento no controle social e na definição das políticas públicas.

As entidades do terceiro setor constituem experiência de inovação institucional que oferecem novo direcionamento às políticas públicas desejadas pelos cidadãos, por áreas de necessidade, através do desenvolvimento de nova metodologia legislativa que visa buscar um novo formato de relação entre o público e o privado, capaz de estabelecer uma cultura de relações legítimas.

7.Bibliografia

ABRÚCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública**. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. São Paulo: Cadernos ENAP, 1997, n. 10. 52 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para assunto jurídico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Consulta em: 10/03/2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e classes dominantes no Brasil. **Revista de Sociologia e Política** nº 28: 9-30 Jun. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 162.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e accountability**: algumas notas introdutórias. Disponível em: <http://www.ceas.sc.gov.br/downloads/accountability_ 1.doc>. Acesso em: 20/10/2009.

DINIZ, Eli. **Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea**. São Paulo em Perspectiva, v.15, n. 4. São Paulo, Oct./Dec. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400003& script=sci_arttext>. Acesso em 19/10/2009.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato brasileiro, 3. ed. Revista, 2001.

FAUSTO, Boris. **A história do Brasil**. São Paulo: USP, 2009.

FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Schattan Ruas Pereira e NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação** – teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade:** novas formas de gestão pública e representação social. Tradução: Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan, 1998.
HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil**: As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_ 136/r136-27.pdf>. Acesso em 19/10/2009.

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

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Economia e políticas das finanças públicas**: um guia de leitura à luz do processo de globalização e da realidade brasileira (versão preliminar, não publicada). Belo Horizonte, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, José Matias. **Manual de gestão pública contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, José Matias. **Curso de administração pública**. Foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT

para apresentação de projetos de pesquisa. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <http://www.pucminas.br/ biblioteca/>. Acesso em: 20/05/2009.

SOUZA, Marcelo Rebelo. **A decisão de legislar**. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, n. 1, abril-junho, 1991, p. 15-37.

WEBER. Max. Burocracia. In: GERTH, H.H.; MILLES, C. Wright. **Max Weber**: ensaios de sociologia contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE SUCCESSION OF A SPOUSE AND THE PARTNER IN CIVIL CODE OF 2002

Raphael Furtado Carminate[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a realização de análise crítica da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002, comparando-se os direitos sucessórios atribuídos aos componentes de cada uma das entidades familiares objeto do presente estudo. Ao se estudar o tratamento sucessório conferido aos membros destas entidades familiares, será verificado se as diferenças existentes são legítimas, ou se violam o disposto no art. 226 da Constituição Federal. Neste caso, serão apontadas as eventuais inconstitucionalidades, bem como alternativas para correção das mesmas.

Palavras-chaves: Direito das Sucessões. Cônjuge. Companheiro. Código Civil de 2002. Constituição Federal.

ABSTRACT: This article aims to review the implementation of the succession of spouse and partner in the Civil Code of 2002, comparing the inheritance assigned to the components of each of the entities familiar object of the present study. In studying the inheritance given to treat these entities family members will be checked whether the differences are legitimate, or violate the provisions of art. 226 of the Federal Constitution. In this case, will be pointed out the possible unconstitutionality, as well as alternatives to fix them.

Keywords: Law of Succession. Spouse. Fellow. Civil Code of 2002. Federal Constitution.

[1] Advogado, graduado em Direito pela UFOP, mestre em Direito Privado (PUC Minas), professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos – unidades Itabirito e Mariana.

1. Introdução

Como a ordem de vocação hereditária tem estreita ligação com os laços de família, a organização da sucessão legítima variou ao longo do tempo, e varia de uma sociedade para a outra, conforme a concepção de cada povo acerca da entidade familiar.

Em Roma primitiva, como o herdeiro era condômino dos bens do pai, continuador do culto sagrado do *de cujus*, e o patrimônio permanecia imóvel na família, não se falava propriamente em transmissão *causa mortis*. Ele era chamado na condição de "herdeiro de si mesmo", *heres sui et necessarii*.

Já no regime da Lei das XII Tábuas a herança era deferida a três classes de sucessores, na seguinte ordem: *heredes sui et necessarii*, composta por aqueles que ao tempo da morte se encontravam sob o poder, autoridade, do defunto; *agnati*, ou agnados, chamados na ausência destes, vinculados ao *de cujus* pelo parentesco na linha masculina, preferindo os mais próximos aos mais remotos; e os *gentiles*, que herdavam em terceiro lugar, também dada a precedência aos mais próximos.

O direito pretoriano apresentava a seguinte ordem de vocação hereditária:

> 1.ª classe – descendentes, sem exceção de sexo (o próximo não excluia o remoto); 2.ª – ascendentes e irmãos germanos (o próximo excluia o remoto); 3.ª – irmãos unilaterais (consanguíneos ou uterinos); 4.ª – os demais parentes (excluido o mais remoto pelo mais próximo); 5ª – o cônjuge. (MAXIMILIANO, 1937, p. 159)

Justiniano, através das Novelas 118 e 127, alterou a ordem de vocação hereditária, estabelecendo os alicerces do direito atual, determinando o chamamento dos sucessores na seguinte ordem: descendentes, incluindo os filhos adotivos; ascendentes e irmãos bilaterais; irmãos unilaterais; outros colaterais, sem limite de grau; e, por fim, o cônjuge supérstite.

No entanto, observa Clóvis Bevilaqua que a mulher não ficava completamente desamparada, uma vez que, "se a mulher ficar pobre e sem dote, tem direito de concorrer com os herdeiros de qualquer categoria, para o fim de obter uma parte de usufructo sobre os bens da herança (*quota uxoria*)". (BEVILAQUA, 1932, p. 93)

Entre os povos germanos, a sucessão era exclusivamente legítima e, por força da *Wartrecht*, era deferida na seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais.

No Código Visigótico e nas Ordenações, os descendentes herdavam em primeiro lugar, seguidos pelos ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge e Estado.

Importante frisar que enquanto vigiu a instituição do morgadio, abolida em 1835, havia direito de masculinidade e primogenitura em relação à terra, que permanecia indivisível.

A Lei Feliciano Pena, Decreto n. 1.839/1907, alterou a ordem de vocação hereditária, passando o cônjuge para o terceiro lugar na linha sucessória, em detrimento dos colaterais até o sexto grau, que passaram para o quarto lugar. (BRASIL, 1907)

O Código Civil de 1916, em sua redação original, estabeleceu em seu art. 1603 que a sucessão legítima deferia-se na seguinte ordem: aos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais até o sexto grau e, por fim, na ausência de parentes sucessíveis, ao Estado. (BRASIL, 1916)

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, ao comentar a ordem de vocação estabelecida pelo código revogado afirma que ela "se distingue pela sua simplicidade e corresponde, com a possivel exactidão, ao conceito de familia, e, substituindo a este sentimento, ha o da patria, que se reflecte no direito hereditario com a successão do Fisco". (OLIVEIRA, 1936, p. 156)

Apesar de o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) não ter conferido direito sucessório aos companheiros, uma vez que esta espécie de família somente fora expressamente reconhecida como tal após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ainda durante sua vigência foram publicadas as Leis n. 8.971/1994 (BRASIL, 1994) e 9.278/1996 (BRASIL, 1996), que atribuíram direitos sucessórios àqueles que viviam em união estável, instituindo ordem de vocação hereditária paralela à prevista no art. 1.603 do código revogado.

O Código Civil de 2002 apresentou algumas novidades em matéria de ordem de vocação hereditária, tais como a exclusão do fisco e, principalmente, a possibilidade de concorrência do cônjuge ou companheiro com os descendentes e ascendentes do *de cujus*. No entanto, o diploma vigente manteve alguns erros encontrados no sistema jurídico revogado, especialmente ao manter duas ordens de vocação hereditária paralelas, conforme o autor da herança tenha constituído, ou não, união estável, tratando de modo distinto a sucessão do cônjuge e do companheiro. (BRASIL, 2002)

Assim, de acordo com o Código Civil vigente (BRASIL, 2002), essas são as ordens de vocação hereditária:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

> II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
> III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
> IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único[2]); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;
> III – ao cônjuge sobrevivente;
> IV – aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

> O primeiro pressuposto que deve ser vencido, quando da abertura de uma sucessão, para que se possa proceder à correta vocação dos herdeiros consiste em perquirir qual o estado civil do autor da herança.
> Nesse ponto, ao prever a concorrência tanto do cônjuge como do companheiro em determinadas hipóteses sucessórias e sob determinadas condições, o novo Código Civil brasileiro passa a estabelecer regras que dependem da solução dessa dúvida para a partição correta do monte-mor.
> (...)
> Assim, atualmente, e diante das regras estampadas pelo legislador ao longo dos arts. 1.829 a 1.844, lidos em consonância com o art. 1.790, todos do Código Civil de 2002, é possível traçar três diferentes formas de partilhar-se o acervo hereditário deixado pela pessoa que falece, conforme o seu estado civil no momento de sua morte. (...)
> Na primeira hipótese, a sucessão se processa relativamente a uma pessoa que, no momento de sua morte, era casada ou que estava separada de fato há menos de dois anos, casos em que a sucessão processar-se-á de forma a considerar, primeiramente, o regime de bens do casamento ora desfeito por morte. Também se enquadram nessa hipótese de partilha aquelas pessoas que, mesmo separadas de fato há mais de dois anos, não se tenham separado por culpa do sobrevivente, que deve fazer prova disso.
> Na segunda hipótese, a sucessão se verifica relativamente a uma pessoa que vivia em união estável, caso em que não será de importância relevante nem a verificação do regime de bens estabelecido por contrato escrito nem a falta de tal previsão, já que vigora para a relação estável a normativa atinente ao regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725, CC). Nessa hipótese, o que será considerado no momento da divisão do monte partível é a forma de aquisição dos bens a serem partilhados.
> Por fim, a derradeira hipótese versará aos casos em que o defunto tiver falecido sem deixar quer um cônjuge que possa ser considerado herdeiro, quer um companheiro de vida. Nesses casos, porquanto não se verifica a concorrência do cônjuge nem do companheiro na partição da herança, as regras aplicáveis serão em tudo muito parecidas com as regras vigentes no Código de 1916. (HIRONAKA, 2007, p. 99/100)

Observa-se, assim, que a ordem de vocação hereditária vigente trata de modo diferenciado a sucessão do cônjuge e do companheiro, razão pela qual se faz necessário o

[2] O legislador se equivocou ao citar o art. 1.640, parágrafo único, do Código Civil como regulamentador da separação obrigatória de bens, sendo correta a menção ao art. 1.641 do referido diploma legal, que a regulamenta. (BRASIL, 2002)

estudo dos direitos sucessórios atribuídos aos mesmos, a fim de se identificar se os princípios constitucionais que regem o direito sucessório, especialmente a solidariedade familiar e igualdade entre as entidades familiares foram respeitados pelo Código Civil de 2002.

2. Sucessão do cônjuge

Antes de se adentrar especificamente no estudo da sucessão do cônjuge, é importante esclarecer que o casamento não é possível somente entre pessoas de sexos diferentes. Isto porque a Constituição, ao estabelecer no §1º do artigo 226 ser o casamento civil, e gratuita a sua celebração, não impõe nenhum requisito de gênero para a realização do mesmo (BRASIL, 1988). Além disso, a orientação sexual não pode ser pretexto para a aquisição ou perda de direitos, não sendo lícita, portanto, a exclusão da possibilidade de casamento entre homossexuais.

Reconhecendo esta situação, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a igualdade de gêneros, reconhecendo aos casais homossexuais o direito de se casar, conforme recurso especial 1.183.378/RS (BRASIL, 2011). Deste modo, quando se trata da sucessão do cônjuge, deve ser entendido que esta situação pode ser fruto de um casamento homossexual ou heterossexual, sem qualquer distinção entre eles.

Passando para a análise da sucessão do cônjuge, observa-se que o mesmo, embora situado, de modo isolado, apenas na terceira posição da ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil, pode vir a integrar a primeira classe de sucessíveis, caso concorra com descendentes, dependendo do regime de bens adotado em seu matrimônio, e a segunda, caso também haja ascendentes sobrevivos. (BRASIL, 2002)

No entanto, a posição do cônjuge não fora sempre tão privilegiada em matéria sucessória, tendo variado demasiadamente ao longo da evolução legislativa. Lopez del Carril relata que

> *En el derecho primitivo, la condición de la mujer era casi servil y estaba considerada com un ser inferior. La concesión de derechos hereditarios a los esposos unidos por matrimonio válido y no divorciados, se verificó en Roma por la "Bonorum possessio undevir et uxor", por la que llamó Ulpiano a falta de los unde liberi, unde legitimi y unde cognati. En razón del edicto, entonces, el marido sucedía a su esposa fallecida intestada y la mujer al marido, si no había sucesible de grados anteriores, llamado a la posesión de los bienes. Esta disposición, quedó contenida en el Digesto romano, que concedía derecho hereditario al cónyuge, en último término, a falta de otros parientes sucesibles.*
> *Justiniano, por la novela 117, capítulo 5, reconoció a la viuda pobre e indotada, el derecho a recibir, aun en concurrencia con los parientes de su marido, una cuarta*

> *parte de la herencia llamada porción viril, cuando concurrían más de tres hijos. De este derecho la viuda no podía ser privada, ni aun por testamento.*
> *El emperador León extendió este beneficio al esposo y de allí passó a las comarcas francesas de derecho escrito. En cambio en las comarcas del derecho consuetudinario, se estabeleció el principio de la conservación de los bienes en la propria familia, negando así, al cónyuge supérstite todo derecho hereditario cuando concurría con parientes legítimos de su consorte*. (CARRIL, 1970, p. 59/60)

Ensina Carlos Maximiliano que "Lei dos Visigodos assegurara á viuva, em usufruto, parte igual á de um filho; dos Borgúndios, certa parte, em usufruto" (MAXIMILIANO, 1937, p. 187).

Observa-se, assim, que tanto no Direito Romano, quanto no dos povos germânicos, já se pensava em proteger a viúva, sendo tal tradição mantida no período feudal.

No Direito pátrio anterior ao Código Civil de 1916, Itabaiana de Oliveira relata que

> pelas antigas Ordenações do Reino, o conjuge superstite occupava o quarto logar dos successiveis, isto é, era chamado á successão ab intestato depois dos collateraes. A lei n. 1.939, de 31 de dezembro de 1907 praticou um grande acto de justiça, collocando o conjuge sobrevivo antes dos collateraes, no que foi seguida pelo Codigo Civil. (OLIVEIRA, 1936, p. 192)

Ao se alocar o cônjuge no quarto lugar da ordem de vocação hereditária, o ordenamento jurídico pré-codificado praticamente o excluía da sucessão, uma vez que a sucessão na linha colateral, estabelecida em terceiro lugar, ia até o décimo grau, fazendo com que pessoas que sequer tinham ciência da existência umas das outras fossem reciprocamente herdeiras.

Com a promulgação do Decreto n. 1.939/1907, conhecido como Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1907), o cônjuge passou a ser chamado à sucessão antes dos colaterais, sistema mantido pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), e aperfeiçoado pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), por meio da concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes e ascendentes.

Para que o cônjuge seja considerado herdeiro, de acordo com o art. 1.830 do Código Civil, é fundamental não estarem separados judicialmente, ou de fato há mais de 02 (dois) anos à época da abertura da sucessão. Se separados de fato há mais de 02 (dois) anos à época da morte, pode o sobrevivente herdar se "essa convivência se tornara impossível" sem sua culpa. (BRASIL, 2002)

Este dispositivo representa idéia presente em nosso ordenamento desde as Ordenações Afonsinas, que em seu Livro IV, Título 95, §§ 1 e 2, condicionavam a herança do cônjuge ao

fato de ao tempo da abertura da sucessão ambos viverem juntamente em “casa mantida, como marido e mulher”.

Assim, no regime das Ordenações, se o casal estava separado de fato à época da abertura da sucessão, não tinha o cônjuge sobrevivente direito sucessório.

O artigo 1.611 do Código Civil de 1916, em sua redação original, condicionava o direito sucessório do cônjuge à ausência de desquite no momento da abertura da sucessão, o que fora alterado pela expressão “dissolvida a sociedade conjugal”, entendida pela doutrina como “separados judicialmente ou divorciados”. (BRASIL, 1916)

A parte final do artigo 1.830 do Código Civil é alvo de duras críticas, uma vez que representa um grande retrocesso, pois condiciona a legitimidade para suceder à ausência de culpa pela separação de fato, o que há muito se encontra superado pela doutrina e jurisprudência, que não admitem a existência de um culpado pelo fim de uma relação matrimonial. (BRASIL, 2002)

Assim,

> Em que pese o avanço, no sentido de excluir o cônjuge casado, mas separado de fato, da sucessão, o novo Código Civil apresentou um retrocesso em seu art. 1830. De fato, ao condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão à ausência de culpa na separação, introduziu questão que, devendo ser provada, poderá paralisar o inventário durante muito tempo.
> Além disso, a partir da concepção do afeto entre os cônjuges como o fundamento básico do casamento, abandona-se cada vez mais a noção de culpa na dissolução da sociedade conjugal. A busca de um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nesta ótica, sendo a família uma instituição, merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída através do matrimônio, a própria dissolução matrimonial já era um fato danoso por si só. (NEVARES, 2004, p. 158/159)

Interessante observar que posicionamento diametralmente oposto possui o português José Antônio de França Pitão, que ao comentar o artigo 2133.º, n.º 3 do Código Civil de seu país natal[3], que estabelece o trânsito em julgado de sentença proferida em ação de separação

[3] ARTIGO 2133.º
(Classes de sucessíveis)
1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte:
a) Cônjuge e descendentes;
b) Cônjuge e ascendentes;
c) Irmãos e seus descendentes;
d) Outros colaterais até ao quarto grau;
e) Estado.
2. O cônjuge sobrevivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.
3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado,

ou divórcio, como requisitos para a legitimidade sucessória do cônjuge, afirma dever ser a culpa pelo fim do matrimônio o balizador da referida legitimidade, como se vê:

> A hipótese de divórcio com sentença transitada em julgado compreende-se perfeitamente; é também admissível este regime quando o divórcio venha a ser concedido depois da morte do *de cuius*, dado que se baseia em facto ocorrido em vida do ex-cônjuge.
> Já no caso de separação judicial de pessoas e bens, a solução adoptada é deveras duvidosa. É que, havendo separação, cessam os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento (sem prejuízo do direito de alimentos relativamente aos bens – *cfr*. Alínea *a)* do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil), à excepção do dever de fidelidade, dado que o vínculo conjugal não fica dissolvido (*cfr*. Artigos 1688.º e 1795.º-A, ambos do Código Civil). A isto acresce que, no caso de separação de facto, os cônjuges mantêm reciprocamente os seus direitos sucessórios. E, no fundo, as duas situações são aproximadas. Parece-nos, por isso, incorrecta a solução adoptada pelo legislador. Deveria ter-se feito apelo à culpa dos cônjuges na separação e a partir daí, balizar os termos em que cada um deles sucederia ao outro; ou seja, o legislador deveria ter estabelecido um princípio segundo o qual só o cônjuge inocente ou menos culpado (no caso de separação litigiosa), teria direitos sucessórios em relação ao outro. (PITÃO, 2005, p. 33)

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 66, que alterou a letra do §6º, do artigo 226, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não mais exigindo prévia separação judicial, ou período mínimo de separação de fato para se pleitear o divórcio direto, e considerando-se que na ação de divórcio não se discute culpa, entende-se ter havido derrogação da parte final do art. 1.830 do Código Civil (BRASIL, 2002), bastando a separação de fato para se excluir a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente.

De acordo com a letra original do dispositivo constitucional supra mencionado, para haver o divórcio direto era necessária prévia separação de fato pelo período de dois anos. Como eram necessários dois anos de separação de fato para se pleitear a dissolução da sociedade conjugal, o legislador, seguindo esta linha de pensamento, impôs prévia separação de fato por mais de dois anos para que um cônjuge fosse excluído da sucessão do outro. Logo, se não há mais a necessidade de tempo de separação de fato para se dissolver o vínculo conjugal, impossível exigi-lo para se excluir a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente.

Tal entendimento se coaduna com o posicionamento jurisprudencial no sentido de se considerar rompida a sociedade conjugal quando da separação de fato, sendo que, se não há mais entidade familiar formada pelos cônjuges, não se pode admitir direitos sucessórios

---

ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785.º.

recíprocos, uma vez que estes têm como fundamento a “communhão de affectos, de interesses, de esforços, de preoccupações” (BEVILAQUA, 1932, p. 143)

Neste sentido, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. 1. O conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2009)

Posicionamento diverso, no sentido da manutenção da legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente pelo período de dois anos após a separação de fato, pode levar à absurda hipótese de concorrência sucessória entre cônjuge separado de fato há menos de dois anos com o companheiro sobrevivente, ou melhor, de pessoa que não faz mais parte das relações afetivo-familiares com quem compartilhava a vida com o *de cujus*, à época de sua morte.

Isto se faz possível porque o §1º do artigo 1.723 do Código Civil vigente possibilita a constituição de união estável por pessoa separada de fato, sem a imposição de limites temporais, reconhecendo ser este o ponto final da relação familiar constituída pelo casamento. (BRASIL, 2002)

Portanto, como a ordem de vocação hereditária tem como fundamentos a solidariedade familiar e a proteção integral à família, se com a separação de fato não mais se pode falar em família formada pelos cônjuges, não é legítimo o estabelecimento de prazos e perquirição de culpas para analisar a legitimidade sucessória do sobrevivente, nesta última hipótese.

De acordo com o supra exposto, pode-se concluir serem estes os requisitos para o cônjuge ter direito à herança: a) não estar divorciado; b) não estar separado judicial ou administrativamente; c) não estar separado de fato, independentemente do tempo.

Como lembra Carlos Roberto Gonçalves, “o consorte sobrevivo ainda será chamado a herdar se o casamento for declarado nulo ou vier a ser anulado, se de *boa-fé*, desde que a sucessão se abra antes da sentença anulatória (CC, art. 1.561 e §1º)”. (GONÇALVES 2008, p. 164)

Questão tormentosa diz respeito à legitimidade sucessória nos casos de reconciliação “de fato”, promovida pelos cônjuges separados judicial ou extrajudicialmente, sem a homologação judicial ou lavratura de escritura pública, ou seja, sem a observância das formalidades estabelecidas pelo artigo 1.577 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Segundo Carlos Maximiliano, “simples reconciliação de facto – não basta”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 190). Deste modo, segundo este autor, a reconciliação “de fato” não é suficiente para restabelecer direitos sucessórios, sendo fundamental que a mesma se dê na forma prevista em lei. No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que “se a reconciliação é apenas de fato, instaura-se entre o casal uma simples sociedade de fato, regendo-se os interesses patrimoniais recíprocos pelas regras do direito das obrigações, não se restabelecendo *ipso jure* a sociedade conjugal dissolvida”. (GONÇALVES, 2008, p. 164)

Entretanto, com o devido respeito às opiniões supra destacadas, entende-se não serem as mesmas coerentes com a atual concepção de família, refletindo um demasiado apego à literalidade, em contrariedade com a realidade fática.

Do mesmo modo que se entende colocar a separação de fato um fim à comunhão de vidas instaurada pelo casamento, deve-se entender restabelecida a sociedade conjugal a partir da reconciliação “de fato”, uma vez que é a partir dela que os cônjuges retomam a relação afetivo-familiar, que deve prevalecer sobre as formalidades.

Quando duas pessoas separadas retomam a vida em comum, elas não têm finalidade lucrativa, não estão se esforçando para obter lucros e partilhá-los, é inequívoco que, a partir da reconciliação fática o casal retoma a comunhão plena de vidas, não tendo uma mera decisão homologatória, ou uma declaração em cartório, o condão de retomar, restabelecer a sociedade conjugal.

Portanto, do mesmo modo que se entende não terem os separados de fato capacidade sucessória, defende-se terem os cônjuges separados judicial ou extrajudicialmente, que restabeleceram “de fato” a comunhão de vidas, legitimação para suceder um ao outro.

Entendidos os pressupostos para legitimação sucessória do cônjuge, passa-se à análise de seus direitos sucessórios.

2.1. Direito real de habitação

O art. 1.831 do Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, e sem prejuízo de sua participação na herança, “o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”. (BRASIL, 2002)

Mais uma vez, apesar da boa intenção, o legislador não conferiu plena proteção ao cônjuge sobrevivente, uma vez que se houver dois ou mais imóveis a inventariar, ao cônjuge sobrevivente não será conferido o direito real de habitação. Assim, por exemplo, se casado

pelo regime da separação obrigatória, e tendo o autor da herança deixado descendentes, a herança será totalmente deferida a estes, ficando o cônjuge sobrevivente ao completo desamparo.

Deste modo, melhor seria se o legislador estabelecesse direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, sem a imposição da restrição de ser o único desta natureza a inventariar.

Também agiu mal o legislador ao suprimir a condição resolutiva para o direito real de habitação conferido ao cônjuge, presente no §2º do artigo 1.611 do Código Civil revogado (BRASIL, 1916), que era a convolação de novas núpcias. Ao invés de suprimir esta condição, deveria ter o legislador ampliado as hipóteses de resolução do direito real de habitação, substituindo a expressão “convolação de novas núpcias” por “constituição de nova família”.

Outra falha do direito real de habitação conferido ao cônjuge se faz presente nos casos em que o *de cujus*, além de viúvo ou viúva, deixa descendentes menores ou incapazes. Quando o cônjuge supérstite é ascendente dos descendentes do *de cujus*, o fato deste ter direito real de habitação em detrimento dos menores ou incapazes não gera maiores danos para os mesmos, uma vez que aquele deverá sustentar os menores sujeitos ao poder familiar, ou prestar alimentos aos não submetidos a este poder, em razão do parentesco. Neste caso, para efetiva garantia de preservação dos interesses dos hipossuficientes, deve-se estabelecer como condição resolutiva do direito real de habitação a perda ou suspensão do poder familiar, ou a inadimplência do débito alimentar.

Já na hipótese de não ser o cônjuge supérstite ascendente dos descendentes menores ou incapazes do *de cujus*, a situação destes é demasiadamente agravada. Nestes casos, o cônjuge não tem dever de sustento ou obrigação alimentar dos mesmos, podendo acontecer a seguinte situação: um casal, casado sob o regime de comunhão parcial de bens, vivem em imóvel adquirido pelo varão antes do casamento; o varão possui um filho menor, de relacionamento anterior, órfão de mãe, que vive como casal; o varão morre, deixando como único bem a ser partilhado a residência do casal; este bem será partilhado em igualdade de condições entre o cônjuge e o filho menor, sendo que àquele será deferido direito real de habitação; como o cônjuge sobrevivente não tem dever de sustentar ou prestar alimentos em favor do filho menor, ele pode ser simplesmente expulso da residência familiar, sem gerar qualquer conseqüência para o cônjuge sobrevivente.

Situações como esta violam o comando do artigo 227 da Constituição Federal, que garante à criança e adolescente proteção integral do Estado, tendo preferido o legislador

preservar os interesses do cônjuge sobrevivente, em detrimento do interesse dos filhos menores. (BRASIL, 1988)

Para prevenção da ocorrência de situações como a supra narrada, sugere-se que o direito real de habitação seja deferido àqueles que realmente dele necessitarem, com presunção relativa de necessidade em favor dos descendentes menores ou incapazes, que poderá ser afastada pelo cônjuge no caso concreto.

Assim, garante-se efetivação ao princípio da solidariedade familiar, abandonando-se as presunções absolutas de necessidade instituídas pelo Código Civil, garantindo-se integral proteção do Estado aos membros da entidade familiar que dela realmente necessitarem.

2.2. Concorrência do cônjuge com descendentes

Quando o cônjuge herda sozinho (art. 1.838), ou quando ele concorre com os ascendentes (art. 1.836), é indiferente à legitimidade sucessória o regime de bens adotado pelo casal. (BRASIL, 2002)

Questão tormentosa surge quando o *de cujus* era casado e possuía descendentes à época da abertura da sucessão pois, nesta hipótese, os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente variarão de acordo com o regime de bens adotado pelo casal, conforme estatuído pelo inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

De acordo com este dispositivo, se o autor da herança era casado e possuía descendentes à época da abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente será excluído da herança se casado pelo regime de comunhão universal, da separação obrigatória[4], ou no da comunhão parcial, se não há bens particulares.

---

[4] A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o recurso especial n. 992749/MS, manifestou-se em sentido contrário ao majoritariamente adotado pela doutrina e jurisprudência quando da interpretação da expressão "separação obrigatória de bens", constante no inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, entendendo tratar-se de gênero que englobaria a separação convencional e a legal. Tal interpretação contraria até mesmo a literalidade do dispositivo, que apesar de erroneamente indicar o artigo 1.640, parágrafo único como norma instituidora da separação obrigatória, desejara claramente se referir ao artigo 1.641 do Código Civil. O referido julgado possui a seguinte ementa:
Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.
- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

Portanto, se casados pelo regime da separação convencional, participação final nos aquestos, comunhão parcial com bens particulares, ou adotado regime híbrido, concorrerão os cônjuges com os descendentes do *de cujus*. Neste caso, dispõe o artigo 1.832 do Código Civil que caso o cônjuge seja ascendente dos descendentes com os quais concorre, não lhe poderá ser deferida quota parte inferior a um quarto da herança. Caso não seja ascendente de todos os descendentes com os quais concorre, o cônjuge receberá quinhão igual ao que lhes for

---

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.
- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.
- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.
- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.
- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.
- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.
- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório "traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida".
- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.
- Haveria, induvidosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.
- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.
- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (BRASIL, 2010)

deferido, concorrendo com eles em igualdade de condições, sem reserva de quinhão. (BRASIL, 2002)

O regime da comunhão parcial de bens demanda análise mais detida, uma vez que em leitura superficial do dispositivo em comento poder-se-ia concluir que na existência de bens comuns, não haveria concorrência entre cônjuge e descendentes, o que não é verdadeiro.

De acordo com o entendimento da doutrina dominante, havendo bens comuns e não comuns, a concorrência do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial com descendentes se dá exclusivamente em relação aos bens particulares, uma vez que ele já seria meeiro dos bens comuns, inexistindo, neste caso, justificativa para sua proteção por intermédio do Direito das Sucessões.

3. Sucessão do companheiro

A união estável, até a promulgação da Constituição de 1988, não era reconhecida como tal, já que o regime jurídico anterior somente via no matrimônio a única forma de constituição de família. Assim, as famílias informais, não matrimonializadas, recebiam da doutrina e jurisprudência a preconceituosa classificação de concubinato, que se subdividia em puro e impuro, conforme existisse, ou não, impedimentos matrimoniais entre os concubinos.

Gustavo Tepedino aponta três fases da evolução legislativa do tratamento jurídico conferido às entidades familiares informais, sendo elas:

> a) A primeira tem início com a rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adulterina, culminado com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, produzindo efeitos que impedissem o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro[5]. b) Em seguida, delineia-se nitidamente a relevância atribuída pelo legislador especial ao concubinato (desde que não adulterino), não mais como mera relação de direito obrigacional mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc. Pode-se considerar esta fase como o ingresso do concubinato no direito de família. c) A terceira fase, finalmente, compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio, admitindo o art. 226, §3º, formas familiares não fundadas no casamento. (TEPEDINO, 2008, p. 395/396)

Apesar de expressamente reconhecida como entidade familiar pela Constituição de 1988, apenas em 1994 foi conferido direito sucessório ao companheiro sobrevivente, através da Lei n. 8.971, que assim dispunha em seu artigo 2º:

---

5 CIVIL. CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS PELA MULHER. INDENIZAÇÃO. São indenizáveis os serviços prestados pela concubina durante o período de vida em comum com seu amasio. (STJ; RESP 14746; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Francisco Dias Trindade; Julg. 11/11/1991; DJU 09/12/1991; pág. 18030)

> Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
> I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde ou comuns;
> II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
> III – na falta de descendentes e ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 1994)

A Lei n. 9.278/1996 alterou a norma supra mencionada, especialmente para não mais se exigir prazo mínimo para a configuração da união estável, e se admitir a constituição desta entidade familiar por pessoas separadas de fato. Em matéria sucessória, introduziu o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, estatuindo o seguinte:

> Art. 7º. (...)
> Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996)

Interessante observar o atraso do Direito português em relação ao brasileiro, que não reconhece a união estável como entidade familiar, como aponta Diogo Leite de Campos:

> A união de facto não é, em Direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de Direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico familiar. (...) Os únicos efeitos jurídicos a retirar da união de facto serão a tutela da colaboração económica entre os concubinos (na medida em que esta realmente exista) e a protecção dos filhos nascidos dessa união, imputando-os a ambos os concubinos. (CAMPOS, 2008, p. 22)

O Código Civil de 2002 disciplina a união estável nos artigos 1.723 a 1.727, reconhecendo como "entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". (BRASIL, 2002)

Assim como faz o §3º, do art. 226 da Constituição, o Código Civil expressamente utiliza a expressão "entre o homem e a mulher", no ato de reconhecimento da união estável como merecedora da tutela do Estado enquanto entidade familiar. (BRASIL, 1988)

> Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo

> matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, deste modo, mandatória, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do Código Civil, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificadamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes. (TEPEDINO, 2009, p. 261)

Seguindo a linha de pensamento supra destacada, reconhecendo ser o §3º do art. 226 norma de inclusão, que demanda interpretação extensiva, o Supremo Tribunal Federal expressamente se manifestou no sentido de ser a união estável homoafetiva entidade familiar, merecedora de proteção integral do Estado, à qual deve ser conferido tratamento idêntico ao proporcionado às uniões estáveis heterossexuais, fazendo prevalecer os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade sexual e o "direito à busca da felicidade" sobre velhos preconceitos travestidos de "interpretação gramatical". (BRASIL, 1988)

Neste sentido, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG, cuja ementa é a seguinte:

> UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTI TUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006). DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI). A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO

CONSTITUCIONAL. ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das Leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: Um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - Considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - Significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do estado democrático de direito. -

> Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da constituição (o que lhe confere"o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do estado. Precedentes. Doutrina. (BRASIL, 2011)

Portanto, por união estável devem ser compreendidas tanto as famílias informais formadas por pessoas de sexos distintos quanto as por pessoas de mesmo sexo, sem qualquer tipo de distinção entre elas, uma vez que o fato de a Constituição ter reconhecido a família informal heterossexual não implica na inexistência da união estável homossexual.

Para reger as questões patrimoniais da união estável, estabelece o artigo 1.725 do Código Civil a possibilidade de os companheiros livremente celebrarem contrato de convivência ou, ao não contratarem, lhes serem aplicadas as normas regentes da comunhão parcial de bens. (BRASIL, 2002)

No âmbito sucessório, o Código Civil rege a sucessão dos companheiros no artigo 1.790, no Capítulo destinado às Disposições Gerais, do Título I, que trata da Sucessão em Geral, ao invés de discipliná-la no Título II, que trata da Sucessão Legítima. (BRASIL, 2002)

Inácio Bernardino de Carvalho Neto acrescenta ser completamente injustificável tratar a sucessão do companheiro de modo e em local distanciado da sucessão do cônjuge, pois

> Nada impediria que o novo Código tratasse a matéria em conjunto com o cônjuge, simplesmente acrescendo a referência ao companheiro nos arts. 1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839. Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescido, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio da Emenda nº. 358 apresentada em 18 de setembro de 1984 pelo saudoso Senador Nelson Carneiro. (CARVALHO NETO, 2005, p. 136/137)

Dos problemas encontrados na sucessão dos companheiros, entretanto, este é o de menor extensão, iniciando-se estes no *caput* do art. 1.790, ao estabelecer que “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. (BRASIL, 2002)

Na união estável, portanto, independentemente das disposições patrimoniais contratadas entre os companheiros, ou da inexistência de contrato de convivência, implicando na adoção do regime da comunhão parcial de bens, antes de se proceder à partilha, deve-se dividir o patrimônio do *de cujus* em duas massas distintas, sobre as quais incidirão normas sucessórias diversas. Sobre os bens adquiridos anteriormente à união estável, ou no curso desta, mas a título gratuito, incidirão as normas do artigo 1.829 e seguintes do Código Civil.

Já em relação aos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, aplicar-se-á a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo artigo 1.790 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Esta situação afigura-se flagrantemente absurda, eis que, em regra, o companheiro já é meeiro dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, devendo, de acordo com a finalidade da sucessão legítima que é a de conferir proteção integral à família, sua participação na herança incidir, justamente, sobre os bens dos quais não é condômino.

Ana Luiza Maia Nevares assevera que o dispositivo em comento pode ocasionar injustiças, como no caso de uma pessoa que

> só tenha bens adquiridos antes da união, ou somente tenha adquirido bens a título gratuito, como herança ou doação, e viva durante muitos anos em união estável. Quando essa pessoa falecer, seu companheiro nada receberá. A herança caberá por inteiro aos demais parentes sucessíveis e, o pior, não os havendo, esta será vacante e pertencerá por inteiro ao Estado (CC/02, art. 1.844). (NEVARES, 2004, p. 171)[6]

3.1. Concorrência do companheiro com parentes sucessíveis

Os incisos do artigo 1.790 (BRASIL, 2002) também merecem severas críticas. O inciso I estabelece que, concorrendo o companheiro com filhos dele e do autor da herança, a ele será atribuída porção equivalente à destinada aos filhos. Em análise superficial, já se percebe um equívoco do legislador, ao utilizar a palavra “filhos” e não “descendentes”, tendo a doutrina optado pela interpretação extensiva, conforme Enunciado n. 266, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF, que tem os seguintes dizeres: “Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

Assim, na existência de descendentes de ambos, o companheiro com eles concorrerá em igualdade de condições em relação aos bens comuns, cabendo os bens particulares exclusivamente aos filhos.

> Nota-se que o legislador não adotou o critério de percentual mínimo a favor do companheiro, como estipulou para o cônjuge, ao reservar-lhe, se muitos os filhos, a quarta parte da herança (art. 1.832). Destoou o legislador, outrossim, do critério adotado em relação ao cônjuge, ao qual se veda a concorrência nos regimes de comunhão universal e no de separação obrigatória de bens. Entre os companheiros, o

[6] A mesma autora lembra que nestes casos a vacância poderia vir a ser afastada através de interpretação sistemática do art. 1.844 do Código Civil, o que não exclui a crítica ao *caput* do art. 1.790. (NEVARES, 2004)

> legislador não levou em consideração o regime, pelo que, ainda que o sobrevivo tenha direito à meação, poderá concorrer com os filhos. (NADER, 2010, p. 160)

Na hipótese de concorrência do companheiro com descendentes somente do autor da herança, dispõe o inciso II do artigo 1.790 do Código Civil que àquele será deferido metade do direito sucessório atribuído a estes. (BRASIL, 2002)

Dificuldade há nas hipóteses de existência de filhos comuns e exclusivos do autor da herança que vivia em união estável no momento da abertura da sucessão. Como há omissão legislativa, a doutrina se divide acerca da melhor adequação da norma ao caso concreto, entendendo-se ser a solução encontrada por Venosa a mais adequada, ao afirmar que nesses casos "a solução é dividi-la igualitariamente, incluindo o companheiro ou companheira". (VENOSA, 2008, p. 145)

Este entendimento é decorrente da conjugação dos incisos I e II (BRASIL, 2002), interpretados conforme o disposto no §6º, do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que veda tratamento diferenciado entre descendentes. Como o inciso I garante ao companheiro que concorre com descendentes comuns quota igual à que lhes for atribuída, o que acontece no caso em comento, não se consegue vislumbrar outra alternativa plausível, apesar de se reconhecer não ser a adotada imune a críticas.

Assim sendo, na concorrência com descendentes, comuns ou não, observa-se ter o Código Civil (BRASIL, 2002) conferido tratamento discriminatório ao companheiro, em comparação com o cônjuge sobrevivente, sendo a união estável mais favorável em apenas duas hipóteses, quais sejam: adoção da comunhão parcial ou universal de bens, tendo todos eles sido adquiridos a título oneroso durante a união estável. Nesta situação, ao companheiro será conferida, além da meação, participação sucessória na outra metade, o que não ocorre em favor do cônjuge sobrevivente, sendo também uma injustificável discriminação.

Quando o companheiro concorrer com ascendentes ou colaterais do autor da herança, aplica-se o disposto no inciso III do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), que lhe garante um terço da herança, cabendo dois terços ao(s) ascendente(s) ou colateral(is) sobrevivos.

Nesta situação, sobressai o tratamento preconceituoso conferido à união estável, pois neste caso o companheiro tem seu direito sucessório prejudicado, inclusive, por colaterais, que nada recebem na existência de cônjuge supérstite.

> Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos

> colaterais, o que é um grande absurdo. Ademais, se o companheiro ou companheira concorre só com pai ou só com mãe do *de cujus* ou com ascendentes de maior grau (avós, bisavós etc.), recebe apenas um terço, enquanto que, se casado fosse, receberia metade da herança. (CARVALHO NETO, 2005, p. 142/143)

Por fim, estabelece o inciso IV do artigo 1.790 que, não havendo outros parentes sucessíveis, o companheiro receberá a totalidade da herança. (BRASIL, 2002) Como o inciso deve ser interpretado em consonância com o *caput*, deve-se entender por "herança" apenas os bens para os quais o companheiro tem legitimidade sucessória, quais sejam, os adquiridos onerosamente na constância da união estável. Conforme salientado anteriormente, esta hipótese permite a existência de vacância parcial, caso o *de cujus* tenha companheiro sobrevivente, não possua outros parentes sucessíveis, e tenha adquirido parte de seus bens antes da união estável, ou durante esta, mas a título gratuito, o que é um enorme absurdo.

3.2. Direito real de habitação

O incompreensível tratamento diferenciado atribuído pelo Código Civil ao companheiro não se restringe ao artigo 1.790 (BRASIL, 2002), que se omite acerca do direito real de habitação anteriormente conferido pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), que é expressamente garantido ao cônjuge pelo artigo 1.831 (BRASIL, 2002).

Como o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) não revogou expressamente a Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), alguns autores defendem a vigência do parágrafo único do seu artigo 7º, como Venosa, que afirma ter sido esse direito "incluído na referida lei em parágrafo único do artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes". (VENOSA, 2008, p. 144)

Seguindo este entendimento, fora aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF, o Enunciado n. 117, que possui a seguinte redação: "Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88". (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também se posiciona pela não revogação do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), como se observa do seguinte julgado:

> APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. DIREITO SUCESSÓRIO. Comprovada a coabitação, a convivência pública, duradoura e com aparência de constituição de família, é forçoso o reconhecimento da união estável. O art. 7º da Lei n.º 9.278/96 assegura ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. O direito sucessório do companheiro abrange apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nos termos do art. 1.790 do CC/02. Recurso conhecido e provido em parte. (MINAS GERAIS, 2011)

Embora se entenda correto o entendimento acerca da concessão do direito real de habitação em favor do companheiro, a justificativa adotada pela doutrina e jurisprudência supra citadas não se coaduna com o disposto no §1º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil)[7] (BRASIL, 1942), uma vez que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) regulou inteiramente a sucessão dos companheiros, não lhes conferindo o direito real de habitação, ao contrário do que fizera em favor do cônjuge, estando completamente revogada a Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Deve, portanto, ser conferido direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, não por força do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996) mas, sim, por interpretação extensiva do artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002), em respeito ao princípio da igualdade entre as entidades familiares, e à proteção integral à família, estabelecida no *caput* do artigo 226 da Constituição (BRASIL, 1988).

3. 3. O companheiro como herdeiro necessário

Ao não arrolar o companheiro como herdeiro necessário, qualidade que fora atribuída expressamente ao cônjuge[8], o Código Civil (BRASIL, 2002) mais uma vez conferiu tratamento sucessório privilegiado à relação matrimonializada, em detrimento da união estável, contrariando o princípio da igualdade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre entidades familiares.

---

[7] Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL, 1942)

[8] Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, 2002)

> O modelo democrático de família pressupõe justamente a existência de uma pluralidade de estruturas familiares, nenhuma delas apresentando legitimidade superior, na medida em que todas manifestam igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus componentes. (MORAES, 2010, p. 224)

Corroborando com este entendimento, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> INVENTÁRIO - DIREITO SUCESSÓRIO - UNIÃO ESTÁVEL - IGUALDADE SUBSTANCIAL - COMPANHEIRA - HERDEIROS COLATERAIS - INAPLICABILIDADE DO ART. 1790 CC/02 - EXTENSIBILIDADE - ART. 1838 CC/02 E ART. 226, §3º, CF/88 - SUCESSÃO POR INTEIRO - DIREITO - DESPROVIMENTO.Faz-se mister, frente ao entendimento constitucional de EQUIPARAÇÃO da UNIÃO ESTÁVEL ao CASAMENTO, como entidade familiar, que todos dos direitos infraconstitucionais assegurados aos cônjuges sejam aos companheiros estendidos. Destarte, havendo expressa previsão legal (art. 1838, CC/02) de que na ausência de descendentes e ascendentes será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tal direito também assiste à companheira, sendo despicienda qualquer verificação acerca da data em que os bens foram adquiridos, uma vez que a norma protetiva consubstanciada no art. 1838 CC/02 não traz essa menção restritiva quando estiver em jogo o interesse da cônjuge/companheira em detrimento dos herdeiros colaterais, cabendo àquela, neste caso, a sucessão por inteiro. (MINAS GERAIS, 2011)

Como a sucessão tem como fundamento principal o princípio da solidariedade familiar, aplicável a qualquer espécie de família, e por serem todas elas merecedoras de proteção integral do Estado, as normas sucessórias devem incidir igualmente sobre todos

> os organismos sociais que constituem a família. Dito de outro modo, basta que aquela formação social constitua uma entidade familiar, para que seja justificada a qualidade recíproca de sucessor legal entre seus membros.
> Entre as entidades familiares não há hierarquia, já que todas desempenham a mesma função – promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros. Não há superioridade de uma em relação à outra, mas igualdade diante da proteção estatal (CF/88, art. 226, caput), uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) é igual para todos. Nesta proteção do Estado, integram-se as normas pertinentes à sucessão legítima. (NEVARES, 2004, p. 215)

Deste modo, não pode o legislador conferir tratamento sucessório privilegiado ao cônjuge em relação ao companheiro, entendendo-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, devendo ser estendidos aos companheiros todos os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge, passando sua sucessão a ser tratada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil, assim como a qualificação de herdeiro necessário. (BRASIL, 2002)

Finalmente, salienta-se que o fato de se defender ser inconstitucional a diferenciação, no âmbito sucessório, dos direitos atribuídos ao cônjuge e ao companheiro não permite concluir não ser possível qualquer distinção entre união estável e casamento.

Por serem entidades familiares diferentes, sendo o casamento uma espécie de família formal, cuja constituição somente é comprovada através de certidão expedida pelo cartório competente, enquanto a união estável é informal, sendo facultativa a celebração de contrato de convivência. Ainda que os companheiros optem por esta última alternativa, a união estável carecerá de eficácia *erga omnes*, já que o único requisito formal do contrato de convivência é a celebração na forma escrita. Deste modo, casamento e união estável podem receber tratamento diferenciado, desde que decorrente desta diferença crucial entre estas espécies de família, que é a prova pré-constituída para o casamento, enquanto que a existência de união estável demanda ampla dilação probatória.

> Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de ratio. (TEPEDINO, 2008, p. 408)

Enquanto o casamento gera alteração do estado civil para casado, quem vive em união estável pode ter um dos cinco estados civis possíveis, quais sejam: casado, divorciado, separado, solteiro ou viúvo. Isto porque a união estável é naturalmente informal, sem intervenção do Estado, ao contrário do que acontece com o casamento.

Assim, por exemplo, enquanto que para a alienação de um imóvel, ainda que registrado somente em nome de um dos cônjuges, exceto no casamento celebrado pelo regime de separação de bens, é necessária a outorga uxória, tal exigência não se faz presente na união estável. Como esta entidade familiar não gera efeitos *erga omnes*, a exigência de outorga do companheiro para a alienação de imóveis geraria insegurança jurídica, especialmente porque o terceiro adquirente não teria a possibilidade de previamente ter ciência acerca da união estável vivenciada pelo alienante, inviabilizando, ou dificultando, a circulação de riquezas.

4. Conclusões

Ante o exposto, pode-se concluir que o Código Civil vigente, apesar de apresentar alguns avanços em relação ao revogado, o mesmo contraria o texto constitucional, tratando de modo diferenciado as pessoas casadas daquelas que vivem em união estável.

No que tange à sucessão do cônjuge, ao se permitir que os separados de fato participem da sucessão uns dos outros, o Código Civil contraria toda a sistemática do Direito das Sucessões, permitindo àqueles que não mais pertencem a uma mesma família reciprocamente se sucederem.

Esta situação também permite a absurda hipótese de concorrência sucessória entre companheiro e cônjuge sobreviventes, já que, como afirmado anteriormente, o §1º do artigo 1.723 do Código Civil vigente possibilita a constituição de união estável por pessoa separada de fato. (BRASIL, 2002)

No que tange à legitimidade sucessória dos cônjuges separados judicial ou extrajudicialmente que restabeleceram "de fato" a comunhão plena de vidas, entende-se terem os mesmos legitimação para suceder um ao outro, uma vez que se a separação de fato põe fim à sociedade conjugal, a reconciliação, nestas condições, é suficiente para restabelecê-la.

Sugere-se que o direito real de habitação conferido ao cônjuge também o seja ao companheiro, mas somente deferido àqueles que realmente dele necessitarem, com presunção relativa de necessidade em favor dos descendentes menores ou incapazes, que poderá ser afastada pelo cônjuge ou companheiro no caso concreto.

Por fim, pode-se concluir ser inconstitucional o tratamento privilegiado conferido pelo Código Civil ao cônjuge em relação ao companheiro, uma vez que as diferenças existentes entre estas duas espécies de família não são hábeis a justificar a distinção das mesmas em matéria sucessória.

Logo, entende-se ser inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, devendo ser estendidos aos companheiros todos os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge, passando sua sucessão a ser tratada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil, devendo este ser, também, qualificado como herdeiro necessário. (BRASIL, 2002)

5. Bibliografia

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Successões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

BRASIL, Decreto-Lei n. 1.907, de 26 de dezembro de 1939. Dispõe sobre a herança jacente. Disponível em: <**www.senado.gov.br**>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <**www.senado.gov.br**>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <**www.senado.gov.br**>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 8.971, 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1994.

BRASIL, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mai. 1996.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.183.378/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24 novembro 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento 682.230/SP. Relator: Desembargador Convocado do TJRS Vasco Della Giustina. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 24 junho 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 992.749/MS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 05 fevereiro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 477.554/MG. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 26 agosto 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 04 set. 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARRIL, Julio J. Lopez del. **Derecho Sucesorio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil.** Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 1º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação cível 1.0450.08.009607-3/001. Relator: Des. Albergaria Costa. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 19 abril 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação cível 1.0024.06.220350-0/001. Relator: Des. Geraldo Augusto. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 02 setembro 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Successões. Vol. I**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

PITÃO, José Antônio de França**. A posição do cônjuge sobrevivo no actual direito sucessório português**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MANDADO DE INJUNÇÃO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

WRIT OF INJUCTION
GUARANTEE INSTRUMENT FOR NORMATIVE FORCE OF THE CONSTITUTION

Rodrigo Ferreira [1]

Resumo: Este trabalho versa sobre o instituto do Mandado de Injunção e, mais especificamente, sobre o correto alcance da sentença que julga procedente o Writ. Para a realização da pesquisa foram abordadas as principais vertentes doutrinárias existentes acerca do tema, quais sejam as teorias ditas concretistas e não concretistas. Para tanto foram analisados os institutos existentes no direito alienígena na tentativa identificar a possível origem histórica do instituto do direito brasileiro. Também foi feito um estudo sobre o objeto e a natureza jurídica do Mandado de Injunção e, por fim, analisou-se a natureza das normas constitucionais, relativamente à sua imperatividade. Nesta linha, conclui-se que o Mandado de Injunção consiste em instituto novo, sem precedentes no direito pátrio, ou mesmo no alienígena, que surgiu para combater a inércia de regulamentação das normas constitucionais e, desta forma, também o desprestígio de tais normas, garantindo a manutenção da sua força normativa.

Palavras chaves: Mandado de Injunção; teoria concretista; teoria não concretista; imperatividade das normas constitucionais; força normativa da constituição.

Abstract: This paper describes the institution of a writ of injunction and, more specifically, about the proper scope of the judgment that judges upheld the Writ. For the research were discussed the main aspects of doctrine existing on the subject, which are theories and not spoken Concrete. Therefore, we analyzed the existing institutes in the right alien in an attempt to identify possible historical origin of the Institute of Brazilian law. Also a study was done on the object and the legal nature of the Writ of Injunction, and finally, analyzed the nature of the constitutional requirements relating to its imperative nature. Along these lines it is concluded that the writ of injunction is to institute new, unprecedented parental rights, or even alien who came to fight the inertia of the constitutional rules and regulations, this was also the prestige of such standards, ensuring the maintenance of its normative force.

Keywords: Writ of Injunction; theory Concrete, Concrete theory does not; imperativeness of constitutional norms, normative force of the constitution.

[1] Graduado em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, é especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho, ocupa o cargo de Analista – Especialidade Direito, no Ministério Público de Minas Gerais, é professor de Direito Processual Penal na Unipac Itabirito.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi criado o instituto do Mandado de Injunção para combater a inércia legislativa inconstitucional e, desta forma, a própria desobediência dos preceitos nela inseridos. Mais especificamente, foi criado para combater a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, de forma a conferir efetividade ao texto constitucional.

Contudo, em virtude do fato de se tratar de dispositivo novo, inédito no direito brasileiro e sem institutos correspondentes no direito alienígena, ante as peculiaridades agregadas pelo Poder Constituinte Originário, doutrina e jurisprudência divergem em relação ao seu alcance.

Surgiram, então, diferentes correntes doutrinárias, sendo as principais as que deram azo à criação das teorias concretistas e não concretistas, referindo-se ao alcance da sentença que julga procedente a ação.

As teorias de cunho concretista, subdivididas em concretista geral e concretista individual, sendo que esta ultima ainda se subdivide uma vez mais em concretista individual direta e concretista individual indireta, advogam a ideia de que cabe ao Poder Judiciário, quando do julgamento de procedência da ação, viabilizar o exercício do direito que se encontra obstado ante á omissão legislativa inconstitucional.

Diverso é o pensamento daqueles que são afins da teoria chamada não-concretista, haja vista que, segundo esta, ao Poder Judiciário somente cabe, quando do julgamento de procedência da demanda, exarar sentença de cunho declaratório, declarando a omissão do Órgão/Poder competente em relação ao exercício de sua competência normativa e comunicando a decisão ao mesmo, recomendando que atue positivamente e supra a mora, contudo, essa comunicação se faz sem qualquer conteúdo de imperatividade.

Durante muito tempo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi pacífica na adoção desta ultima vertente doutrinária, entendendo aquela corte que a adoção de posição concretista implicaria ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

Todavia, essa orientação relega o instituto do Mandado de Injunção ao status de norma sem efetividade, equipara-o à Ação de Inconstitucionalidade Por Omissão, sendo apenas diverso o legitimado ativo.

À vista dessa querela doutrinária e mesmo jurisprudencial estudaremos o instituto, pesquisando as suas origens históricas, delimitaremos o seu objeto e natureza jurídica, bem

como examinaremos as tutelas jurisdicionais possíveis, conforme a doutrina conhecida, e as características das normas constitucionais, para ao final concluirmos qual a posição mais correta em relação ao alcance da ação de Mandado de Injunção, quando julgada procedente.

2. Origem Histórica

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi criado e introduzido em seu texto o instituto do Mandado de Injunção, o qual visa combater as omissões normativas que estejam inviabilizando o exercício, por parte dos cidadãos[2], de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, combatendo dessa forma o desprestígio de suas normas.

A doutrina pátria é divergente quanto à origem histórica do instituto, havendo várias correntes para explicá-la. Consoante a lição de Carlos Augusto Alcântara Machado, referindo-se à origem histórica do Mandado de Injunção "buscar-se-á no direito inglês, no norte-americano, no italiano, no francês, no alemão e no português elementos para a compreensão do instituto processual [...]". (MACHADO, 2004. p. 48) Desta forma, faz-se necessária uma análise, ainda que perfunctória, dos institutos existentes no direito alienígena, comparando-se com o remédio introduzido na Constituição Federal, de forma a verificarmos se há, ou não, congruência entre eles.

José Afonso da Silva aponta como origem do instituto o direito Inglês, onde surgiu como essencial remédio da equity[3], contudo, aponta como instituto mais próximo do existente no direito pátrio o *writ of injunction* do direito norte-americano. Todavia, os institutos mencionados têm funções diversas em relação à função do Mandado de Injunção da Constituição Federal de 1988, conforme se demonstrará adiante.

O instituto do direito inglês presta-se a obter uma "ordem judicial, editada num caso por equidade, determinando à parte que se abstenha de fazer ou continue a produzir algo, seja um ato particular, seja uma atividade, porque isso causaria um dano irreparável"

---

[2] O termo cidadão não foi empregado no seu sentido técnico, não se limitando a designar os nacionais e que possuam alistamento eleitoral, mas todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independente de sua nacionalidade.

[3] O Termo Equity, na Inglaterra, tem o significado de equidade e esta "no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto) assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim (o julgador) emite a decisão fundada não no justo legal, mas no *justo natural*". (SILVA, 2000. P. 450)

(MACHADO, 2004. P. 52), não se prestando ao controle de omissões legislativas de qualquer natureza, mas sim como forma de fazer atuar a lei em defesa de direitos.

Já o *writ of injunction* do direito norte-americano, embora se preste também à proteção de direitos inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, padece da mesma diferença existente, apontada na comparação com o direito inglês, ou seja, não se aplica a casos de omissão legislativa, mas sim, presta-se a viabilizar os direitos dessa natureza, existentes, contudo violados, assemelhando-se, ambos, mais ao nosso Mandado de Segurança que ao Mandado de Injunção.

Também há quem veja no direito italiano, na *ingiunzione*, a origem histórica do instituto pátrio, contudo, mais uma vez, analisando-se as características do instituto alienígena, parece não haver similaridade entre os mesmos.

A *ingiunzione* presta-se a possibilitar a obtenção de decisão condenatória mais rapidamente do que se dá no procedimento ordinário e, ainda, aplica-se a algumas situações de direito tributário, demonstrando tratar-se de um tipo de procedimento sumário. Da mesma forma, ou seja, apresentando-se como uma espécie de procedimento sumário, está o *injonction* do direito francês, pelo que, mais uma vez somos levados a concluir que o instituto pátrio não se identifica com os mesmos; são muitas as suas particularidades.

Por fim, cabem breves comentários sobre o direito alemão e o direito português. No primeiro existe a *Verfassungsbeschwerde*[4], que visa amparar o cidadão quando for prejudicado pelo poder público em relação a seus direitos constitucionais expressamente indicados, contanto que não exista meio processual ordinário de proteção. Embora esteja condicionado à exaustão das vias ordinárias ou à sua inexistência, diferenciando-se neste ponto do Mandado de Injunção, tal instituto apresenta maiores semelhanças com este ultimo.

Já no direito português existe instituto que mais se assemelha com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prestando-se somente a notificar o Órgão/Poder responsável pela criação da norma de que o mesmo se encontra em mora.

Analisadas as figuras jurídicas existentes no direito estrangeiro, verificamos que, embora haja semelhança em alguns pontos específicos, notadamente com o instituto existente no direito alemão, nenhum deles apresenta similitude absoluta com o Mandado de Injunção pelo que entendemos, no mesmo sentido que DANTAS, que "os institutos que no Direito Estrangeiro se assemelham ao nosso, não respondem satisfatoriamente ao conteúdo que lhe deram os constituintes de 1987/1988, pelo que, no tocante à sua correta compreensão, haverá

[4] *Verfassungsbeschwerde.* Do alemão: Ver.fas.sung Sf, **-en 1** constituição. **2** estado, condição. Be.schwer.de Sf, **-n 1** queixa, reclamação, denúncia. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/alemao

de repetir-se o que aconteceu com o Mandado de Segurança, ou seja, a doutrina e a jurisprudência é que lhe traçarão os contornos ontológicos".

3. Objeto

Para avançarmos na análise do instituto e chegarmos ao exame do seu alcance, é imperioso que passemos pela delimitação de seu objeto.

O Mandado de Injunção, após diversas propostas de redação, foi coligido ao texto constitucional nos termos seguintes:

> Art. 5º [...]
> LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

A redação aponta que o objeto do Mandado de Injunção são omissões legislativas inconstitucionais. Contudo, não são quaisquer omissões legislativas, mas apenas aquelas atinentes à regulamentação de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e que, por este motivo, estejam a inviabilizar o exercício desses direitos pelos seus titulares.

E aqui, diga-se, as normas constitucionais dependentes de regulamentação são as denominadas por José Afonso da Silva como normas de eficácia limitada[5], haja vista que tanto as normas classificadas como de eficácia plena[6], como as de eficácia contida[7], desde a edição da Constituição Federal já estavam aptas à produção de todos os seus efeitos desejados, com a particularidade de que estas ultimas podem ter sua eficácia restringida, mediante edição de norma infraconstitucional futura.

Adiante, importa salientar que, referentemente ao alcance que deve ser dado ao termo "*direitos e liberdades constitucionais***"**, diverge a doutrina, havendo quem, como Celso

[5] Normas Constitucionais de eficácia limitada são aquelas que, conforme a lição de José Afonso da Silva, mentor da classificação tricotômica das normas constitucionais quanto à sua eficácia, necessitam de regulamentação infraconstitucional para produzirem todos os efeitos desejados pelo constituinte.

[6] Normas Constitucionais de eficácia plena, ainda conforme a doutrina de José Afonso da Silva, são aquelas que produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, ou seja, são suficientes por si mesmas, auto-aplicáveis, não necessitando de regulamentação. Assim, o alcance da eficácia plena, aqui, deve ser entendido como o alcance da condição de produzir todos os seus efeitos, desejados pelo constituinte.

[7] Normas Constitucionais de eficácia contida, mais uma vez nos valendo das lições do Professor José Afonso da Silva, são normas que têm aplicabilidade imediata, mas não integral. Elas já nascem com aptidão de produzir efeitos, haja vista que nelas o legislador constituinte já regulou suficientemente a matéria, todavia, existe a possibilidade de o legislador ordinário, futuramente, restringir a matéria, e assim o seu alcance.

Ribeiro Bastos, entenda que o Mandado de Injunção somente se presta à defesa dos direitos e liberdades elencados sob o Título II da Constituição Federal, e outros que defendem um alcance maior, abrangendo todo e qualquer direito ou liberdade constitucional que esteja impossibilitado de fruição por mora em sua regulamentação.

Considerando-se que se deve dar aos comandos constitucionais o maior alcance possível, entendemos ser esta ultima a melhor interpretação, haja vista que, em que pese a localização da norma no artigo 5º, que pertence ao Título II da Constituição Federal, o constituinte não sinalizou no sentido de restringir o alcance do instituto às matérias pertencentes a uma ou outra parte do texto constitucional, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Do exposto, percebe-se que as normas constitucionais aptas a conferirem objeto ao Mandado de Injunção são as normas constitucionais de eficácia limitada, haja vista que estas, num primeiro momento, somente possuem eficácia negativa, necessitando de regulamentação para atingirem eficácia plena e estarem aptas à produção de todos os seus efeitos desejados. Para tanto, as únicas exigências da Constituição é que estejam previstas em seu texto, independentemente de sua localização e que digam respeito a direitos e liberdades constitucionais ou às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

4. Natureza Jurídica

Por ser imprescindível para a solução da contenda referente ao alcance da tutela jurisdicional a ser prestada quando do enfrentamento das questões postas via Mandado de Injunção, importa fazer uma análise quanto à natureza jurídica do instituto, verificando-se quais as implicações da adoção de cada uma das correntes possíveis sobre o tema quando aplicadas ao writ em exame.

Considerando-se a lição da professora Ada Pellegrini[8] a sentença meramente declaratória é aquela que visa apenas à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou, ainda, de meros fatos, exaurindo-se, dessa forma, a prestação jurisdicional.

Durante muito tempo foi essa a posição majoritariamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à natureza jurídica do Mandado de Injunção, sendo que no julgamento das demandas dessa natureza aquele Tribunal se limitava a declarar a mora do

[8] Ver: CINTRA, antônio carlos de araújo. DINAMARCO, cândido rangel. GRINOVER, ada pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Poder/Órgão competente para edição da norma e a notificá-lo de que deveria atuar positivamente, contudo, esta notificação se dava sem qualquer efeito coercitivo.

Todavia, tal posicionamento não se mostra como o melhor, haja vista que tornaria o Mandado de Injunção um instituto similar à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, diferenciando-as tão somente o fato de que teriam legitimados ativos diversos. Ademais, a sua efetividade estaria comprometida, haja vista que não se justificaria que o titular do direito obstaculizado fosse ao judiciário procurar uma tutela que se limitaria à declaração da morosidade inconstitucional, mas que não viabilizaria o seu direito.

Atualmente, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal e com a renovação da Corte, o Supremo Tribunal Federal vem sinalizando uma mudança de entendimento, com decisões de cunho concretista.

Outra possibilidade jurídica que leva à solução diversa é considerar-se o mandado de injunção como uma ação de natureza condenatória. Nesse caso, reconhecendo o judiciário que razão assiste ao impetrante, o declarará por sentença e imporá uma sanção jurídica à parte vencida, consistente na determinação de cumprimento de uma obrigação de dar, fazer, ou não fazer alguma coisa, abrindo-se a possibilidade de o vencedor, caso não haja o cumprimento imediato e voluntário da sentença condenatória, avançar para uma fase de execução forçada.

Entendendo ser esta a natureza jurídica do mandado de injunção seria dever do judiciário, quando do julgamento de procedência do pedido, não só declarar o direito do impetrante, que se encontre obstado de fruição em virtude da mora na regulamentação do texto constitucional, como também condenar o Poder silente a atuar positivamente. Neste caso o judiciário condenaria o impetrado a conceder o direito, mediante a operacionalização de seu exercício, sob pena de, em uma fase satisfativa, o próprio judiciário viabilizar o exercício do referido direito.

Não parece ser o posicionamento mais adequado, haja vista que o judiciário não tem tal poder de ingerência sobre qualquer dos outros poderes da República, sendo inviável ao mesmo emanar uma condenação determinando ao responsável pela elaboração da norma que atue positivamente, sob pena de, neste caso, efetivamente ofender o Princípio da Separação de Poderes.

Ainda nesse tópico importa discorrer brevemente sobre as nominadas ações mandamentais, que são um desdobramento das ações de cunho condenatório. São elas ações condenatórias, que se diferenciam pelo fato de que o judiciário, aqui, declara o direito e ordena ao vencido que faça ou deixe de fazer alguma coisa, implicando o descumprimento na inobservância de ordem judicial, podendo inclusive levar a uma responsabilização no campo

do direito penal. Neste caso, não há que se falar em posterior fase satisfativa, a tutela jurisdicional se exaure na emanação da ordem e sua inobservância implica na responsabilização do destinatário do comando.

Entendendo-se ser esta a natureza jurídica do instituto em exame competiria ao judiciário, julgando procedente a demanda, declarar a existência do direito do impetrante, a mora na sua regulamentação e, por fim, emitir uma ordem ao Poder/Órgão competente para que o mesmo atue positivamente, de forma que assim se viabilize o exercício do direito, sob pena de não o fazendo incorrer em uma sanção legal, decorrente do descumprimento de ordem judicial.

Tal posicionamento, com os delineamentos expostos, certamente também implicaria em ofensa ao conclamado Princípio da Separação de Poderes, haja vista que os poderes estatais não podem se submeter à ingerência um do outro. Ainda que se apure a mora legislativa o Judiciário não tem legitimidade para ordenar ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, conforme a situação concreta, que atue, sob pena de se criar um super poder na República.

Por fim, importa tecer alguns comentários acerca das ações de cunho constitutivo.

Nas ações de natureza constitutiva a tutela jurisdicional a ser prestada importa na declaração da existência do direito do autor, criando, extinguindo ou modificando relação jurídica. Não há que se falar em condenação, considerando-se que a própria sentença de mérito já é bastante em si para conceder ao vencedor o direito.

Aplicando-se tais ensinamentos à ação de mandado de injunção seria forçoso concluir que a função do Poder Judiciário seria declarar a mora na regulamentação do texto constitucional, a inviabilidade do exercício do direito por parte do impetrante, em função da mora, e, ao final, o próprio judiciário atuaria de maneira a produzir a norma faltante, com efeitos *erga omnes* ou *inter partes*[9], possibilitando ao vencedor da demanda a fruição de seu direito.

Esta é a posição defendida por Rafael Caiado Amaral, que assevera:

> Trata-se de garantia constitucional, de natureza constitutiva, que tem por finalidade a viabilização e o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora os tornem inviáveis nos termos do art. 5, LXXI da Constituição Federal do Brasil.

[9] Aqui o alcance da sentença quanto aos seus beneficiários dependerá da corrente adotada. Caso haja adoção de posição concretista geral os efeitos serão *erga omnes*, caso a corrente adotada seja a concretista individual os efeitos serão *inter partes*.

Após apresentar as possibilidades e implicações quanto à classificação do instituto em análise, somos de concluir ser esta ultima, ou seja, a classificação da ação de Mandado de Injunção como de natureza constitutiva, a mais acertada. De fato, o Poder Judiciário, ao julgar procedente a demanda, deve conferir à tutela prestada efetividade; deve não somente declarar a mora em relação à regulamentação do preceito constitucional, como também viabilizar o exercício do direito/liberdade.

Contudo, considerando-se que a ação de Mandado de Injunção é de caráter subjetivo, entendemos que seus efeitos, via de regra, devem beneficiar somente aos impetrantes, haja vista que para a tutela objetiva o constituinte criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

5. Tutelas Jurisdicionais

Doutrina e jurisprudência, visando clarear o entendimento quanto ao correto alcance da tutela jurisdicional a ser prestada quando do julgamento procedente da Ação de Mandado de Injunção, se dividiram em duas grandes correntes, conforme entendam ser possível, ou não, a viabilização do direito ou liberdade obstado de fruição, correntes estas que ficaram conhecidas como corrente não concretista e corrente concretista.

5.1. Teoria Não-Concretista

A primeira corrente da qual trataremos, na qual se esteou majoritariamente a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[10], ficou conhecida como Não-Concretista. Conforme os defensores desta, quando do julgamento de procedência do Mandado de Injunção, cumpriria ao judiciário o dever de apenas notificar o Órgão/Poder competente pela edição da norma, do fato de que se encontra em mora relativamente á sua regulamentação e recomendar que a supra.

Para esta corrente a tutela a ser prestada se exaure com a declaração da mora normativa e a notificação do impetrado para que atue, contudo, esta notificação se opera sem qualquer conteúdo coercitivo, de forma que, em permanecendo a inércia, nada há que se fazer para obrigar o impetrado a atuar, restando inócua a prestação jurisdicional, ao passo que o direito ou liberdade permanecerá inviabilizado de fruição por parte do impetrante.

[10] Importa salientar que atualmente as decisões do STF apontam para uma mudança de entendimento quanto ao tema, com a adoção, em alguns dos julgados mais recentes, de posição compatível com as teses concretistas.

De acordo com essa vertente, a adoção de uma postura positiva, que viesse a possibilitar o exercício do direito, implicaria ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, pois consistiria em usurpação, por parte do judiciário, da competência do Poder Legislativo ou Poder Executivo, conforme o caso.

5.2. Teoria Concretista

Essa teoria, que se subdivide em outras três, defende que o judiciário, quando do julgamento de procedência da ação de Mandado de Injunção, deve ir além da simples declaração da mora normativa e viabilizar ao impetrante o exercício do direito ou liberdade obstados de fruição.

Conforme o entendimento seja de que esta viabilização deve se dar de forma a possibilitar a fruição do direito por todas as pessoas, ou seja, conforme se entenda que o alcance dos efeitos da sentença deva ser *erga omnes*, se classifica a subespécie como corrente concretista geral.

Aqui, o entendimento é de que o Poder Judiciário deve atuar suprindo a lacuna normativa deixada pelo responsável pela elaboração da norma, elaborando uma regulamentação provisória[11] para a situação, sendo que esta regulamentação beneficiará a todos os sujeitos titulares do direito não regulamentado, independentemente de terem sido partes na Ação de Mandado de Injunção.

Esta corrente sofre fortes críticas da doutrina ao argumento de que se o Judiciário criar uma norma para suprir a lacuna regulamentar existente, com caráter de generalidade e abstração, estendendo os efeitos de tal decisão para toda a coletividade, estará produzindo ofensa ao Princípio da Separação de Poderes. Tal assertiva é verdadeira, haja vista que a emanação de normas gerais e abstratas, implicaria de fato em criação de lei em tese, função esta não afeta, em regra, ao judiciário.

Em contrapartida, existe também a possibilidade de o judiciário, julgando procedente a demanda, criar lei somente entre as partes, estendendo os efeitos da tutela somente aos impetrantes, quando então estaremos diante da posição concretista individual.

Esta posição pode ainda ser subdividida em concretista individual direta ou concretista individual intermediária.

---

[11] O emprego do termo *regulamentação provisória* deve ser interpretado no sentido de que aquela regulamentação oriunda do judiciário somente terá eficácia enquanto permanecer a mora do Poder/Órgão competente, haja vista que, a partir do momento em que o impetrado atuar positivamente, cumprindo com o seu dever constitucional, valerá a regulamentação por ele emanada.

Na primeira, ou seja, na teoria concretista individual direta, a ideia é de que o direito deve ser viabilizado aos impetrantes de forma direta e imediata, condicionado somente ao trânsito em julgado do pedido julgado procedente. Já para os defensores da segunda subcorrente, ou seja, corrente concretista individual intermediária, defendida entre outros por Alexandre de Moraes, o judiciário deve sim emitir uma sentença viabilizadora do exercício do direito, contudo, em respeito ao Princípio da Separação de Poderes, deve-se antes notificar o responsável pela edição da norma quanto à sua mora, fixando-se um prazo para atuação, sendo que somente expirado esse é que o próprio judiciário viabilizaria de fato o exercício do direito.

Sendo estas as correntes doutrinárias atualmente conhecidas acerca do alcance que se poderia dar às ações de Mandado de Injunção quando da sua procedência, entendemos que a posição mais acertada é a posição concretista individual direta, haja vista que, sendo o instituto do mandado de injunção de natureza constitutiva, presta-se a conferir a tutela jurisdicional de forma direta, criando, extinguindo ou modificando a situação jurídica do impetrante, de forma a combater a ineficácia das normas constitucionais ante a sua desobediência. Ademais, não se pode aceitar que o impetrante, que já se encontra lesado no seu direito constitucional, seja relegado à condição de ator de menor importância, protelando-se ainda mais uma situação que, possibilitando o julgamento procedente do pedido, já demonstrou a inércia inconstitucional do impetrado, sendo certo que é necessária a viabilização imediata do exercício do direito pelo impetrante, vencedor da demanda.

6. Posição Concretista e Princípio da Separação de Poderes

A separação de poderes consiste em um expediente adotado pelo constituinte para garantir que os ditos poderes estatais possam exercer um tipo de controle uns sobre os outros e, desta forma, preservar o sistema democrático. Os órgãos estatais incumbidos de exercer as funções executiva, legislativa e judiciária, para tanto, são dotados de independência em relação uns aos outros, de forma que nenhum deles fique tão poderoso que possa vir a praticar arbitrariedades. É o poder se autocontrolando.

Conforme esta doutrina cada um dos poderes exerce de forma precípua uma das funções estatais, não cabendo falar-se em ingerência de um sobre o outro. São independentes. Contudo, esta separação de funções não é absoluta de forma que os mesmos devem atuar

harmônica e coordenadamente e, por vezes, atuam exercendo função não típica[12], sem que isso implique usurpação da função alheia.

No caso do Mandado de Injunção somos levados a crer que a postura do judiciário no sentido de possibilitar ao impetrante, no caso de julgamento procedente da demanda, exercitar o direito que se encontra obstado ante a mora do Poder/Órgão competente em relação à edição da norma faltante, implica em uma forma de cumprir com o seu próprio mister, também de ordem constitucional, de tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito. Implica em cumprimento de dever constitucional por parte do Judiciário, que não pode se limitar á simples declaração da mora deixando o impetrante, titular de um direito constitucional, obstado de usufruí-lo pela inércia de outro Poder/Órgão. Trata-se de respeito a outro princípio de ordem constitucional, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Não há, aqui, que se falar em ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, haja vista que, consoante a posição que entendemos mais correta, qual seja a defendida pela teoria concretista individual direta, o Poder Judiciário, quando julga procedente a demanda e viabiliza o exercício do direito, não está exercendo a função típica do Poder Legislativo[13]. O que ocorre é o Judiciário criando lei entre as partes, não a produção de norma em caráter geral e abstrato e com alcance *erga omnes*. Ilustrativamente, transcrevemos um pequeno trecho do Mandado de Injunção 721, do Supremo Tribunal Federal:

> Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, com qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder legislativo. (MI – 721-7, DF)

Ora, no Mandado de Injunção cabe ao judiciário viabilizar o exercício do direito, sendo esta a melhor interpretação do texto constitucional. Trata-se de medida apta a conferir efetividade ao preceito constitucional que vem sendo desobedecido, mas não de suprimento da função não exercida, com a edição de norma geral e abstrata, haja vista que para este controle objetivo o próprio constituinte criou outro mecanismo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão.

---

[12] Aqui, quando nos referimos ao exercício de funções não típicas estamos fazendo menção ao fato de que, em algumas situações, o Poder Judiciário legisla, o Legislativo julga, o Executivo também legisla, enfim, exercem funções que não são as suas típicas, sem que isso implique ofensa à separação de poderes. A atuação não típica vem prevista excepcionalmente no próprio texto constitucional.

[13] Ainda que, conforme salientado, o exercício de função não típica seja normal e aceitável em certas situações, aqui não existe sequer falar-se em exercício de função própria de outro Poder, mas sim da atuação precípua do Judiciário, criando lei entre as partes e afastando a lesão ou ameaça a direito.

Por tudo, entendemos que o instituto em exame é um instrumento criado pelo legislador para combater a situação de ineficácia do texto constitucional ante a desobediência do Poder/Órgão competente em cumprir um mister que lhe foi atribuído no próprio texto da Constituição, revelando-se claramente como importante instrumento de defesa da força normativa da mesma. Não há, desta forma, que se falar em usurpação da função de outro Poder da República, mas sim do cumprimento do próprio dever constitucional a ele imposto.

Nesse sentido, advogando a tese de que a posição concretista não importa em ofensa ao princípio da separação de poderes está o ensinamento de Rafael Caiado Amaral que defende que

> A tese concretista não fere o princípio da separação de poderes, ao contrário, o fortalece, haja vista que constitui uma feição do sistema de freios e contrapesos, pois robustece o sistema republicano e democrático brasileiro, por meio da ação do Poder Judiciário na viabilização dos direitos constitucionalmente previstos, ante a inércia do Poder Público em regulamentá-los.

Correto o entendimento acima, haja vista que não se pode admitir que os direitos constitucionalmente previstos se vejam indefinidamente impossibilitados de fruição enquanto um dos poderes da república se mantém inerte quanto à sua obrigação de atuar, não havendo que se falar em qualquer ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

7. Imperatividade das Normas Constitucionais e o Mandado de Injunção

"Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da sociologia e da Ciência Política, enquanto ciências da realidade." (HESSE, p. 11) Assim, os preceitos elencados na Constituição Federal têm a natureza de verdadeiras normas jurídicas e como tal devem ser encarados, ou seja, conferindo-lhes obrigatoriedade e coercitividade em relação aos seus destinatários.

Pensar diferentemente seria homenagear idéias como as de LASSALE que advogava a tese de que a constituição jurídica, escrita, no embate com os fatores reais de poder sempre haveria de sucumbir, haja vista que, segundo pensava o autor, as questões constitucionais são questões políticas e não questões jurídicas. Seria relegar o direito constitucional, conforme as lições de HESSE, ao insignificante papel de comentarista da realidade, justificador das relações de poder dominantes, suprimindo-lhe mesmo a sua característica de ciência jurídica. Não é esse o melhor entendimento.

Em que pese o fato de que o Direito, notadamente o Direito Constitucional, não sobrevive, ou melhor, não existe à margem da realidade, sofrendo sim a sua influência quando em contato com tais fatores, o Direito Constitucional é composto de normas imperativas, normas de observância compulsória.

Conforme ensinamento de BATISTA em seu artigo intitulado *A nova configuração do Mandado de Injunção*, relativamente à obrigatoriedade das normas constitucionais e, notadamente das normas que conferem objeto ao mandado de injunção

> A Constituição da República Federativa do Brasil, ao subordinar a plena eficácia de determinadas normas à elaboração de atos posteriores do Poder Público, sejam eles legislativos ou administrativos, impõe um dever e não apenas uma faculdade aos responsáveis.

Ora, conforme bem salientado no trecho acima, as normas e preceitos constitucionais devem ser vistas, entendidas e obedecidas como normas de caráter imperativo.

Quando as normas constitucionais forem dependentes de regulamentação para atingirem a sua plena eficácia e havendo determinação do constituinte nesse sentido, não se pode aceitar que a viabilização do direito fique unicamente na dependência da discricionariedade de um dos poderes da República. Não podemos relegar os mandamentos constitucionais ao modesto *status* de normas conselho, sob pena de se minar a efetividade e a força normativa da Constituição, que estaria submetida à condição de simples documento de boas intenções, sem qualquer força vinculativa.

Nas palavras de HESSE a Constituição escrita possui também pressupostos realizáveis que mesmo em caso de conflito com os chamados fatores reais de poder permitem assegurar a sua força normativa. Diz o autor que mais que a vontade de poder é necessária a vontade de Constituição, haja vista que a observância de suas normas, mesmo em situações nas quais se tenha de abster de auferir uma maior vantagem pessoal é imprescindível para que a mesma se fortaleça na sua força normativa, tornando-se força ativa, a conformar a vida do Estado. Ilustrativamente:

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, p. 19)

Ainda, diz o autor que a força normativa da Constituição se verifica de fato e se fortalece nas situações de crise, seja no âmbito político, econômico ou social, situações nas quais a observância de suas normas afigura-se mais incômoda.

E o que é a inobservância, por parte do Poder/Órgão competente para a regulamentação de direito constitucional, em relação ao seu dever, do que uma crise no sistema? Aqui, nas situações em que cabível o Mandado de Injunção, estamos exatamente frente a uma situação de crise, de inobservância de preceitos imperativos do texto

constitucional, sendo necessário que se combata essa circunstância de forma a garantir a força normativa da constituição.

E é nesse contexto que surge a ação de Mandado de Injunção, como instrumento apto a defender o direito do cidadão obstado de fruição pela mora normativa inconstitucional e a preservar a imperatividade dos comandos constitucionais, que são de caráter cogente. Ilustrativamente, as palavras de Rafael Caiado Amaral:

> O mandado de injunção visa, também, à preservação da supremacia e da autoridade dos mandamentos constitucionais inscritos no Texto Maior ante a inércia das autoridades constituídas em concretizar o dever de regulamentação de certos direitos que dela necessitam para se tornarem exeqüíveis. É, portanto, um instrumento contra o desprestígio da Constituição, para que ela não se torne apenas uma folha de papel, tal como dizia Lassalle.

Ora, da leitura do dispositivo coligido no artigo 5º, LXXI nota-se a preocupação do legislador constituinte em combater a situação chamada por Alexandre de Moraes de *síndrome de inefetividade da Constituição*, tendo sido criada a norma para os casos em que os direitos elencados na Constituição se encontrem inviabilizados de exercício por parte de seus titulares ante a inércia do responsável pela sua regulamentação, deixando clara a intenção do constituinte de criar um instrumento para possibilitar a efetivação desse direito, constituindo-se tal norma em mandamento constitucional imperativo.

8. Conclusões

1. O Mandado de Injunção, conforme os contornos que lhe foram conferidos pelo constituinte originário, não apresenta similaridade a nenhum outro instituto existente no direito alienígena, em que pese haver pontos de congruência com alguns deles.

2. Assim, ainda que possamos identificar algumas possíveis inspirações do constituinte para a criação do instituto pátrio, é inegável a sua particularidade e inovação no mundo jurídico, sendo que seus contornos deverão ser traçados pela nossa doutrina e jurisprudência.

3. As normas que conferem objeto ao Mandado de Injunção são as chamadas normas de eficácia limitada, haja vista que as normas de eficácia plena e de eficácia restringível não necessitam de regulamentação para produzir os seus efeitos desejados.

4. O cabimento da ação dá-se sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, devendo o termo *direitos e liberdades constitucionais* ser interpretado de forma a alcançar todos os direitos e liberdades

constitucionais que estejam dispostos ao longo do texto constitucional, não se restringindo àqueles elencados no seu título II, conferindo-se um maior alcance ao instituto.

5. Cuida-se de ação de caráter constitutivo, devendo o judiciário, quando do julgamento de procedência da demanda, exarar provimento jurisdicional no qual proceda à declaração da existência do direito do autor, criando, extinguindo ou modificando relação jurídica. Assim, julgando procedente a demanda, cabe ao judiciário proporcionar ao impetrante o exercício do direito obstado, criando a situação jurídica desejável.

6. Considerando-se a natureza jurídica do instituto como ação de cunho constitutivo, a teoria mais acertada quanto ao Mandado de Injunção é a concretista individual direta, por meio da qual o judiciário, julgando procedente a demanda, confere efetividade ao provimento jurisdicional, viabilizando o exercício do direito por parte do impetrante, criando, modificando ou extinguido situação jurídica.

7. Não existe ofensa Princípio da Separação de Poderes quando da adoção de posição concretista, considerando-se que o judiciário não está exercendo função própria de outro Poder, mas sim o seu próprio mister de ordem constitucional, de tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito.

8. Ainda, não há que se falar em criação de norma com caráter de generalidade e abstração, mas somente na criação de lei entre as partes, como é próprio do seu campo de atuação.

9. A norma constitucional que dispõe acerca do Mandado de Injunção, assim como todas as demais normas elencadas no texto da Constituição, possui caráter de imperatividade, pelo que a prestação da tutela efetiva, que viabiliza ao impetrante o exercício do direito, consiste em obediência ao referido preceito, de forma a fortalecer a força normativa da Constituição.

9. Bibliografia

AMARAL, Rafael Caiado. *Mandado de Injunção em Perspectiva no Direito Brasileiro.* Revista Eletrônica Liberlex, fls. 17 a 39. Disponível em http://www.liberlex.com/archivos/mandado.pdf, acesso em 30 de janeiro de 2009.

BATISTA, José Roberto Torres da Silva. *A nova configuração do Mandado de Injunção*. Disponível em http://www.iuspedia.com.br, acesso em 18 abril. 2008.

BRASIL, DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 721. Impetrante Maria Apaecida Moreira, Impetrado Presidente da República. Relator Min. Marco Aurélio Mello. DOU 30.08.2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DANTAS, Ivo. *O STF, o Mandado de Injunção e a primazia da minha posição*. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/34645.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição: (Die normative Kraft der Verfassung).* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. Ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2006.
SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIOLÊNCIA E LINGUAGEM: A ÉTICA DA ALTERIDADE COMO RESPOSTA NÃO VIOLENTA DO HUMANO

LA VIOLÊNCIA Y EL LENGUAJE: LA ÉTICA DE LA ALTERIDAD COMO UNA RESPUESTA NO VIOLENTA DEL SER HUMANO

Bernardo G.B. Nogueira[1]

Resumo:O texto que apresentamos tem o fito de mostrar o aprisionamento e por conseguinte a violência que a linguagem logocêntrica coloca ao humano e a partir desta questão apresentar uma saída à esta prisão moderna a partir da ética da alteridade pensada por Emmanuel Lévinas.

Palavras chaves: ética da alteridade; Lévinas, violência, linguagem modernidade, Zizek.

Resumen: El texto que presentamos tiene el fin de mostrar el aprisionamiento y por lo tanto la violencia que el lenguaje logocéntrico plantea para lo humano y desde este punto presentar una solución a prisión moderna desde a ética de la alteridad concebidos por Emmanuel Levinas.

Palabras claves: ética de la alteridad, Lévinas, violencia, lenguage, modernidad, Zizek.

[1] Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, professor de direito no Centro Universitário Newton Paiva, Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga (FADIP), Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito (UNIPAC).

1. Introdução: colocar o problema

> "Conseqüentemente, o mundo fundado no sobre o *cogito* aparece humano, humano demais – a ponto de fazer com que se procure a verdade no *ser*, numa objetividade de algum modo superlativa, pura de toda "ideologia", sem vestígios humanos."Emmanuel Lévinas, *in, Humanismo do Outro Homem*

Compreender o sentido do humano na contemporaneidade parece tarefa que está a acometer grande parte dos pensadores ao redor do mundo. Nasce no seio da comunidade mundial uma inquietação diante dos postulados herdados desde o pensamento grego-antigo até a racionalidade iluminada. É certo que os modelos, se assim podemos nos pronunciar, hauridos dos tempos passados, de certa maneira nos servem hoje muito mais como ponto de partida, do que propriamente oferecem a possibilidade de entendimento real daquilo que se quer perceber por essa categoria na contemporaneidade, o humano. Estamos a meio do caminho, entre uma modernidade da qual ainda ouvimos ecos e um momento que supera aquele, mas que, por ora, ainda não sabe o que o espera. Como se estivéssemos a subir uma escada, um pé se levanta para o degrau acima e o outro precisa se manter preso ao degrau anterior para evitar um queda.

Diversas são as narrativas oferecidas para uma melhor compreensão do humano nesse tempo que resta acordado chamar pós-modernidade. O início da problemática aparece com a constituição do sujeito racional e de suas "criações". Nesse sentido, a razão, que hoje é experienciada em forma de técnica, esquecida do nominado "ser" do homem, se entrega a uma panóplia de vertentes que a esquizofrenia dos tempos contemporâneos insiste em nos afogar. Variamos desde um estereótipo conseguido a partir da sociedade do espetáculo, reflexões de cunho psicologizante, além de apelos a racionalidades diferentes daquela cultuada pelo Ocidente - de alguma maneira o cinema norte-americano mostra reflexos desta última vertente. No entanto, a indústria de criação conceitual ainda esbarra na velha e desgastada necessidade totalitária e paralisante que é o modelo herdado de uma Grécia socrática fundada no *logos.*

Com uma breve visada acerca das conseqüências de uma entrega desavisada às heranças do *logos* vertido em *techné*, o homem contemporâneo, parece-nos, não se permite ouvir o clamor que vem de pensadores como Nietzsche e aqui em nosso trabalho, mais propriamente, de Emmanuel Lévinas. Esse apelo, contudo, é um apelo inaudível aos ouvidos modernos acostumados às notas que têm uma disposição ordenada, que possuem uma entonação que não permite a transcensão a tons e cores que não aqueles estabelecidos. As maneiras logocêntricas de apreensão do humano estabeleceram uma espécie de limite ao humano, limite que fica exposto quando na relação o eu antecede o outro em uma busca quase

irracional na tentativa de aprisioná-lo em um conceito dentro do qual ele já não mais se possa desgarrar.

Nesse sentido, é como se estivéssemos a nos relacionar de maneira a tornar o outro à medida das expectativas do eu. O outro seria, em sentido totalizante, a medida de minhas possibilidades, à medida de minha capacidade de representação e conceituação. O existir humano, na medida em que é captado por uma ontologia, fica estabelecido dentro da possibilidade conceitual. Dessa forma, a experiência, que constitui a impossibilidade da unicidade do humano, resta prejudicada por esta visada do *logos* por sobre o homem. Em verdade, o conceito antecede a pessoa. O humano, que é puro devir, se torna escravizado por uma rede de elucubrações agressivas e violentas a partir do eu que tenta aprisioná-lo.

2. Violência e aprisionamento:

Esse dizer a respeito da violência será já agora um caminho que iremos percorrer para tratar da necessidade desse novo olhar. Aliás, não de um novo olhar, como poderíamos pensar habitualmente. Mas, referimo-nos a um olhar sem olhos, um dizer sem dito, uma humanidade sem conceitos. Não é possível mesmo dizer sobre o pensamento de Lévinas e ao mesmo tempo criar métodos ou caminhos para tanto, seria, desde já, negá-lo, ou ainda, negar as demais possibilidades que desde sempre ele se nos já apresenta.

O convite aqui é para que caminhemos por um conceito criado por Slavoj Zizek[2] que nos permitirá um ponto de partida para o entendimento dessa nova existência humana que a boa nova de Emmanuel Lévinas nos encaminhará. Esse primeiro tatear conduzir-nos-á ao encontro dos pontos principais do pensamento de Emmanuel Lévinas - ao menos ao que nos interessa por ora. Estamos a nos referir à idéia de rosto, outro, alteridade e infinito.

Violência simbólica seria, a partir do que nos ensina Zizek, aquela violência que estaria presente na linguagem, palavras e representações diárias. Essa maneira de se dar ao outro em tom opressivo é originária, por certo, de uma prática reiterada desse tipo de violência. A constituição do homem na linguagem facilita a compreensão do que estamos a aludir. Ou seja, paradigmas de opressão, exclusão e aprisionamento do outro, vêm sempre seguidos desta margem de violência, que, por sua vez, vem inscrita no *modus* mesmo do homem se encontrar com o outro. Assim, os conceitos logocêntricos, por essa via, seriam também uma forma de violência em face do humano, o qual, não se estabelece com o outro

[2] A propósito, afirmamos que as relações a que nos lançaremos do pensamento de Zizek não é de nenhuma forma oferecida pelo autor.

em uma relação de face a face, não se deixa ir pelo outro, ao contrário, nessa relação, se lança ao outro como que num jogo em que tenta aprisioná-lo, violentá-lo, portanto.

3. A saída, por Lévinas:

Uma linguagem sem linguagem, um dizer ao invés do dito. Seria esse o início da saída do homem da caverna conceitual que torna sua existência adstrita a violências várias e que, por sua imersão mesma neste espaço conceitual, não consegue se erguer. Libertar-se da violência que é algo comum quando observamos as relações sob esta perspectiva. Uma nova visada então se nos é exigida. Exigimos um erigir do pensamento liberto, alforriado da mordaça conceitual do *logos* ilustrado que, paradoxalmente, lança o homem à escuridão que um dia prometeu libertar.

O humano, desde uma perspectiva não totalizante, se coloca em condições de libertar-se da violência simbólica sugerida por Zizek. Ora, em ao se aperceber da necessária disposição para o outro, a linguagem deixa de ser percebida como condição *a priori* dos seres no mundo e torna-se o local em que habita a ética. Há aqui uma inversão de papeis: de uma relação que se queria ontológica e fundante, o humano vem à epifania e emerge das profundezas do ser para a aurora de uma existência fundada na ética. Existência que impede a possibilidade de violência de um para o outro, ora, os conceitos em que se fundamenta a linguagem cedem espaço ao "chegante absoluto" - para usarmos uma terminologia de Derrida. E nessa "hospitalidade incondicional", em verdade, não recebe o outro com honrarias ou imposições, antes disso, é por ele apreendido enquanto condição mesma de seu existir.

Queremos aludir com isso, que o humano, antes de se apresentar na linguagem e antes de se colocar perante o outro com seu eu absoluto, necessita dele para seu próprio existir, e assim, por essa condição de refém daquele que chega sem apresentar documentos, não pode criar um conceito de cidadão de tal ou qual origem. Portanto, quando entendemos a ética a ultrapassar a ontologia como filosofia primeira e como condição mesma da existência do humano, estamos a dizer da impossibilidade de violentá-lo com meu arsenal conceitual transmitido através da linguagem performativa que quer dar conta do "chegante".

4. Responsabilidade:

A rota de fuga dessa violência simbólica fica apontada com a ideia levinasiana de responsabilidade. Ao referirmos a essa ideia, precisamos estabelecer, aliás, como já anunciado, que a existência do eu não se funda propriamente na percepção dada pelo *cogito.*

O outro me antecede na relação com o mundo. Nesse sentido, a existência do humano é não apenas mediada pelo outro, mas, em verdade, temos nele a condição primeva de minha colocação no mundo. Estabeleço-me no mundo a partir e através do outro. No encontro com a face do outro me responsabilizo por ele e por todos os outros que vierem, ora, o mundo constitui-se desta e por essa possibilidade. Assim, a existência do humano restaria dada a partir do encontro com o outro. O outro que me permite habitar o mundo enquanto me dou a ele em condição de refém, mesmo sem querer, mesmo sem que tenha anuído por essa responsabilidade de maneira antecipada.

De certa forma, o pensamento contemporâneo parece não estar muito bem resolvido em face desta perspectiva, uma vez que a já proclamada violência simbólica, foi ela mesma condição para que erguêssemos o mundo tal qual é conhecido. O mundo é ocidental, diriam os mais desavisados, e contra esse pensamento racionalizante e instaurador de opressões e diferenciações das mais diversificadas montas, é que o messianismo de Lévinas aparece como nova possibilidade ao humano. Um encontro de rostos que não se identificam. Um encontro em que os convivas não se apresentam, dado que a violência se apresenta na relação, desde já, quando nos assumimos como habitantes de uma determinada nacionalidade ou etnia. Daí em diante, as mais terríveis atrocidades – no sentido da violência simbólica – são realizadas sob a benção da linguagem. Essa linguagem ocidentalizada e fundada no *logos* seria ela assim mesmo, com todas as suas heranças, a própria violência simbólica em ação. No limite, não haveria forma outra de relação que não fosse já uma relação violenta. Escutar o outro, talvez seja esse o apelo para a saída desta encruzilhada. Pois, se ficou estabelecido que o homem é esse ser de linguagem, se sua condição mesma de habitar o mundo com o outro resta estabelecida a partir daquilo que a linguagem se nos oferece, em certo sentido, poderíamos afirmar que o *logos* não daria conta da indicação para a saída deste problema. Advertimos aqui para uma necessária audição do pensamento de Lévinas para que a santidade do homem - uma sua busca – torne-se o existencial privilegiado para que este problema transcenda o patamar do *logos*.

5. Rosto:

O rosto pelo qual sempre já me encontro responsável é ele mesmo co-instaurador do meu existir. Simbolizar esse rosto, apanhá-lo em entendimento e absorvê-lo, é assim mesmo uma impossibilidade e, por isso mesmo, entendemos que a categoria de rosto é um sinal que não pode jamais ser identificado a partir de nossa ingerência conceitual e de senhorio. Não há um pastor que indica o *modus* ou o *lócus* a ser privilegiado nesse encontro. É o rosto, ele

mesmo, em todas as suas im-possibilidades, o artífice primeiro do mundo. Mundo, que por não ser passivo de apreensão - dada sua infinitude de possibilidades no experienciar mesmo - torna essa face oculta, o grande segredo a nunca ser desvendado. Encontrá-lo em sua aparição seria a negação dele mesmo enquanto impossível, enquanto infinito e enquanto santidade. E é exatamente sob o mistério do rosto do outro que Lévinas indica o caminho. Um caminho sem luz, sem placas e sem rota pré-estabelecida, pois, o único conhecimento que possuo nesta relação é de que não há possibilidade para esse conhecimento.

Seguimos por um via inversa daquilo que o pensamento ilustrado nos quis ensinar. Não uma anunciação do que está por vir, a experiência com o rosto nos dá apenas a sensação daquilo que escapa, nesse momento, estamos em vias de afirmar a santidade, aquilo que não é palatável aos olhos, ao nariz e à boca do humano, aquilo que o torna humano: sua inapreensão, seu ocultamento, sua surpresa e sua *transcensão.*

Captar o outro a partir de uma descrição do rosto é não perceber o vulto que é o rosto. Categoria por si só arredia aos conceitos que trazemos a ele, que impomos a ele, se quisermos ainda nos manter no terreno da violência simbólica que agora quer categorizar sua procedência, sua ascendência. Pensar o rosto a partir de categorias que o expliquem, que o estabeleçam, seria negá-lo na infinitude que é, na obra inacabada que é o humano, se quisermos nos referir a Nietzsche. O humano quando se coloca ainda nessa condição de mistério contra o qual nada posso. É isso mesmo o que vimos a anunciar como hipótese para um desvencilhar da teia conceitual que o *logos* ocidental concebeu para fazer nascer a categoria de homem.

A alteridade absoluta e a heteronomia impostas ao eu são necessidades para a concepção de humano que pretendemos talhar. Aliás, uma advertência resta por ser feita. Não há condições aparentemente razoáveis para explicitar essa relação. Afinal de contas, quando nos dispomos de nossa relação de igualdade proposta pelo pensamento *logo-ocidental*, encontramo-nos em um terreno ermo em que não mais temos primazia sobre ele. Nessa inversão de papeis em que o «outro me passa a frente», o eu resta perdido em sua tentativa de entendimento, não há aqui a mera hipótese de uma relação justa senão, aquela que autoriza o outro a me passar adiante e que por assim o ser, obriga-me a não percebê-lo, a não enxergá-lo e a não entendê-lo. O postulado da responsabilidade incondicional é que direciona essa relação não conceitual e não explicável de uma alteridade absoluta.

O outro me toma como refém quando apenas a partir dele tenho permissão de morada no mundo. A heteronomia a reger as relações torna o outro uma responsabilidade minha, mas não uma face de mim que ser quer realizar, não. Há aqui um despojamento do eu que é

anterior a quaisquer intenções. Diante do outro que já me antecipou posso ser apenas doação, entrega e habitação para sua santidade. Diante da santidade me prostro, sem indagações e sem limites: ele só é outro enquanto me supera e o eu só existe quando se dá nessa relação não simétrica de responsabilidade infinita.

Nesse sentido, se mais uma vez quisermos falar sobre a violência simbólica, uma relação de igualdade estribada nos moldes logocêntricos, é, em verdade, uma igualdade falaciosa, ora, para que haja, de fato, uma possibilidade não violenta e, portanto, de justiça, a tentativa de alocar o outro dentro de qualquer molde de igualdade seria mais uma vez uma violência. Por isso, reiteramos, a igualdade se dá mesmo na precedência do outro sobre mim, pois, uma vez que nos entendemos em uma relação de simetria, de alguma forma, alguém deixou de ser alguém e já ser tornou parte distinguida naquela relação. Distinguir aqui, seria uma forma violenta de conhecimento, e, por tudo que vimos a dizer, conhecer é, neste sentido, uma forma de violência simbólica na raiz.

O dizer o infinito é aqui um corolário das perspectivas que anunciamos. Quando a relação com o humano resta perpassada por essa via, um sinal de luz se nos abre o olhar. Mirar o horizonte é um bom exercício para essa concepção. O mesmo horizonte é um infinito de possibilidades que soçobra as nossas condições discursivo-intelectuais. Não há apreensão possível que não seja aniquiladora, redutora e violenta dessa mirada. As condições que a experiência com o horizonte nos permitem são elas, assim como o outro, o rosto do outro, questões que transbordam a cada piscar de olhos. O infinito com que o outro me interpela em um primeiro momento me permite mesmo estar no eu e de outro lado, e por isso mesmo, me responsabiliza por ele de maneira perpetua, como condição minha mesma. Não há reflexão bastante para essa absorção. Assim, não há mais que se considerar que “uma vida sem exame não valha a pena ser vivida”. Na senda que estamos a trilhar, a constituição de autenticidade não é uma criação e ou uma possibilidade de construção. De fato, o próprio infinito que é o outro enquanto categoria que me coloca no mundo, é ele em verdade que não pode ser esquecido pelo humano. Ou, dito de outro modo, esse infinito é um imperativo sem categorias a que me devo submeter pela minha condição mesma. Pela minha condição limitada enquanto ser de *logos* que se entrega ao outro em uma realização que transcende o discurso e se realiza agora em vias de devoção. A fé no outro é que permite o entendimento do infinito. Nem ela, nem a santidade do outro têm limites, assim, a heteronomia com que o outro me impõe se dá mesmo pela idéia de que o seu infinito é impossível a mim, que sua condição de santidade é inquestionável pelo eu. Um eu que agora é vassalo e servo, refém do infinito que o transcende, que o supera e que por isso mesmo é um impossível. Aporia, utopia.

Parece-nos que a estrada pela qual nos movemos nestas questões, de fato, não nos permite uma palavra final como gostaria o discurso finito do *logos*. Contudo, de alguma maneira, e assim como os peregrinos a quem importa mais o caminho que o porto de chegada, o pensamento de Emmanuel Lévinas nos conduziu a frestas bastante interessantes no que diz respeito ao pensamento acerca do humano em nosso momento atual.

Perceber a falência de um paradigma, nem seria mesmo uma alocução das mais complicadas, o paradigma logocêntrico é um modelo em crise, isso é uma evidência. As categorias conceituais sob as quais esse modelo se ergueu, também se nos mostraram, a partir da leitura que fizemos do conceito de violência simbólica de Zizek, um problema já detectado. Assim, a partir do dito, da linguagem violenta que impõe o momento do fim, preferimos nos calar e deixar com que a grandiloqüência e epifania do outro se manifestem nos corações e ouvidos avessos aos conceitos e ávidos pela ética.

Bernardo G.B. Nogueira
Itabirito - Primavera – 2011.

6. Bibliografia:

AROSO LINHARES, José Manuel, *O dito do direito e o dizer da justiça, diálogos com Lévinas e Derrida*, Separata THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VIII, nº 14, 2007, Lisboa.

CHALIER, Catherine, *Lévinas – a utopia do humano,* Instituto Piaget, 1993, Lisboa.

FABRI, Marcelo, PIVATTO, Pergentino Stefano, SOUZA, Ricardo Timm de, SUSIN, Luiz Carlos, (orgs.), *Éticas em diálogo Levinas e o pensamento contemporâneo: questões interfaces,* Coleção Filosofia – 159, EDIPUCRS, 2003, Porto Alegre.

LEVINAS, Emmanuel, *Dios, la muerte y el tiempo*, texto fijado, notas y epilogo de Jacques Rolland, cuarta edición, Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A.), 1994, 2008.

_____, *De Deus que vem à ideia*, tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coordenação e revisor), Editora Vozes, 2008, Petrópolis.

_____, *Entre nós Ensaios sobre a alteridade,* tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coordenação e revisor), Editora Vozes, 2004, Petrópolis.

_____, *Ética e Infinito Diálogos com Philippe Nemo*, Edições 70, 1982, Lisboa.

_____, *Humanismo do outro homem*, tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coordenação e revisor), Editora Vozes, 2009, Petrópolis.

_____, *Totalidade e Infinito*, Edições 70, 1980, Lisboa.

REVISTA DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do

Curso de Direito da Unipac-Itabirito

Chamada de Artigos

O Conselho Editorial da Revista DIKÉ, faz saber que se encontra aberta a oportunidade para remessa de artigos a serem submetidos a análise para eventual futura publicação na edição de número 5 da Revista DIKÉ, referente ao primeiro semestre do ano de 2012.

Normas para os colaboradores

Para possível inclusão na próxima edição, os artigos devem ser enviados por correio eletrônico para os e-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br, jcarloshen@yahoo.com.br, antunesdireito@gmail.com,bernardogbn@yahoo.com.br até o dia 10 de Outubro de 2012. A Revista tem publicação semestralmente por meio eletrônico, estando disponível em endereço da World Wide Web, inserido no site da Unipac-Itabirito.

Devem-se seguir, obrigatoriamente, as seguintes normas de publicação:

• Os artigos enviados deverão ser inéditos. Artigos já publicados não serão submetidos ao Conselho Editorial, nem serão objeto de parecer.

• Todo e qualquer artigo enviado à Revista será submetido ao Conselho Editorial, cabendo a este um juízo sobre a sua publicação. Apenas os autores dos artigos selecionados serão comunicados sobre a aceitação dos textos, os demais, se o quiserem poderão se informar junto aos órgãos de expediente da revista, pelos e-mails acima indicados, caso não sejam contatados no prazo de dois meses da remessa do texto.

• Os artigos deverão conter obrigatoriamente no cabeçalho: a) título em português e em uma língua estrangeira, admitidas: francês, espanhol e inglês; b) resumo de no máximo 250 palavras em português e na mesma língua estrangeira escolhida para o título; e c) no máximo 7 palavras-chave em português e na mesma língua estrangeira escolhida. O texto deverá conter entre 15 e 25 laudas.

• Os artigos devem ser elaborados em Word, mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas, com texto digitado em espaçamento 1,5, em *Times New Roman*, corpo 12, formatados em folha A 4, com margens: esquerda e superior de 3 centímetros e inferior e direita de 2 centímetros .

• As notas explicativas devem ser postas no rodapé do texto, numeradas em seqüência e em corpo 10 (justificado). A primeira nota deve trazer um breve currículo do autor, ligando-se ao seu nome no cabeçalho do texto.

• Citações: se menores que três linhas, serem inseridas diretamente no texto, entre aspas, com indicação do autor, ano e página (modelo autor/data); se maiores que três linhas, devem ser destacadas com recuo à esquerda com 4 centímetros , em corpo 10, com indicação do autor, ano e página. (modelo autor/data)

• As referências bibliográficas ou outras deverão vir no final do texto, de acordo com as normas da ABNT. As referências serão compostas pelos textos efetivamente citados no artigo. Demais referências devem ser colocadas sob o título “bibliografia”.

• DIKÉ: Revista de Direito, Filosofia e Política do Curso de DIREITO da Unipac-Itabirito *poderá* alterar formalmente os originais a fim de adaptá-los às normas acima elencadas, bem como proceder à revisão ortográfica e gramatical necessária, sem prévio aviso. Artigos que precisarem de adequações de conteúdo serão reencaminhados aos autores para correção, que deve se realizar no prazo impreterível de 3 (três) dias.

• A publicação da Revista se dará por meio eletrônico.

• Os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo a opinião do Conselho Editorial, do Curso de Direito da Faculdade de Ciências de Saúde e Jurídica da UNIPAC Itabirito e nem da própria instituição, de modo que a Revista e os seus Conselheiros não assumem qualquer responsabilidade pelas opiniões presentes nos artigos.

A Revista agradece a seus colaboradores e coloca-se à disposição para sanar quaisquer dúvidas através dos e-mails elencados acima.

Aguardamos a participação de todos.

At.

Conselho Editorial da Revista DIKÉ