

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 3, n. 2, jul./dez. 2008. ISSN 1809-7278

ABERTURA

O Estado Plurinacional na América Latina
José Luiz Quadros de Magalhães

ARTIGOS

Projeto de Pesquisa
Horácio Wanderlei Rodrigues

Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do
Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina
Ionete de Magalhães Souza

Proposta de Classificação Jurídica da União Homoafetiva e seu
Reconhecimento como Entidade Familiar
Rodrigo Cavalheiro Rodrigues

ARGUMENTO JURÍDICO

A Demarcação de Terras Indígenas como Capítulo Avançado do
Constitucionalismo Fraternal: a Aplicação de Valores Construtivos
de uma Comunidade Histórica Concreta
Mércio Mota Antunes

A Admoestação ao Usuário de Drogas
E a Descriminalização da Conduta de Uso
Janaína Silveira Castro



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier e coordenada pela Assessoria de Comunicação e Marketing das Faculdades Santo Agostinho.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Antônio Eugênio Silva

Coordenadora do Curso Direito: Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Revisão Linguística: Nely Rachel Veloso Lauton

Editoração: Naiara Vieira Silva Ivo (Assessoria de Comunicação e Marketing)

Diagramação/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 3, n. 2 (2008) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2008 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
ABERTURA	
O Estado Plurinacional na América Latina José Luiz Quadros de Magalhães.....	9
ARTIGOS	
Projeto de Pesquisa Horácio Wanderlei Rodrigues.....	29
Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina Ionete de Magalhães Souza.....	45
Proposta de Classificação Jurídica da União Homoafetiva e seu Reconhecimento como Entidade Familiar Rodrigo Cavalheiro Rodrigues.....	61
ARGUMENTO JURÍDICO	
A Demarcação de Terras Indígenas como Capítulo Avançado do Constitucionalismo Fraternal: a Aplicação de Valores Construtivos de uma Comunidade Histórica Concreta Mércio Mota Antunes.....	77
A Admoestação ao Usuário de Drogas e a Descriminalização da Conduta de Uso Janaína Silveira Castro.....	91
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	105

EDITORIAL

A edição de um novo número da *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* nos confronta com o imenso desafio de continuar a produzir e difundir conhecimento jurídico de boa qualidade no Brasil.

Neste número, apresentamos, na Abertura, o artigo do Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães, sobre “O Estado Plurinacional na América Latina”. O tema é de grande importância por se tratar do liame existente entre Constituição e Democracia e do surgimento do Estado Plurinacional baseado em uma democracia participativa e dialógica que reconhece os valores dos diversos grupos sociais existentes no seio do Estado.

Abrimos a seção Artigos com o trabalho do Professor Horácio Wanderlei Rodrigues, sobre Projeto de Pesquisa, no qual expõe, detalhadamente, todos os elementos que compõem um projeto de pesquisa conforme as normas da ABNT, bem como incentiva o desenvolvimento da capacidade de planejamento e organização do pesquisador, sobretudo o pesquisador iniciante.

Ainda nesta seção, a Professora Ionete de Magalhães Souza argumenta sobre “A Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável”, com a análise do abandono afetivo do filho no Brasil e na Argentina. Trata-se de um tema bastante interessante devido à sua frequente ocorrência na atualidade. Segundo a autora, o Direito Privado vem valorizando cada vez mais a pessoa, buscando responsabilizar o indivíduo que fere não apenas a esfera patrimonial, mas também a esfera íntima e psicológica de outrem. A Professora Ionete indaga da importância da figura paterna na vida da criança/adolescente, na qual a presença efetiva do pai se torna fundamental para estabelecer uma boa relação socioafetiva, contribuindo para a formação da sua personalidade.

O Professor Rodrigo Cavalheiro Rodrigues apresenta um artigo sobre a “Proposta de Classificação Jurídica da União Homoafetiva e seu Reconhecimento como Entidade Familiar”. O texto discute a possibilidade de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como um instituto familiar e sobre a operacionalização dos direitos fundamentais, visto que este fenômeno social se encontra conectado ao princípio da dignidade humana.

Na seção “Argumento Jurídico”, o leitor é levado à reflexão pelo Professor Mércio Mota Antunes e pela Professora Janaína Silveira Castro. O primeiro nos apresenta um texto

sobre “A Demarcação de Terras Indígenas como capítulo Avançado do Constitucionalismo Fraternal: Aplicação de Valores Construtivos de uma Comunidade Histórica Concreta”. O autor discute o voto do Ministro-Relator Carlos Ayres Britto sobre um conflito de extrema complexidade entre populações indígenas e empresários em Roraima. Além disso, trata de questões relacionadas ao debate entre liberais e comunitaristas e a posição que o Judiciário deve adotar ao tratar de temas delicados como esses, relacionados às populações indígenas.

A Professora Janaína propõe ao leitor uma reflexão sobre “A Admoestação ao Usuário de Drogas e a Descriminalização da Conduta de uso, ante a Lei Antidrogas”. O tema é bastante chamativo, pois trata de expressivas mudanças ocorridas nos crimes relacionados aos usuários e traficantes de drogas, advindas com a Lei 11.343/06.

Como visto, prezado leitor, todos os textos apresentados mergulham profundamente no pensamento jurídico contemporâneo, justificam sua aparição em um veículo que pretende atender a demanda de qualidade e preencher as expectativas criadas nas edições dos números anteriores. Cremos ter atingido o desiderato perseguido.

Além de todos os excelentes textos aqui trazidos, apresentamos também uma amostra da repercussão e da acolhida desta publicação no meio acadêmico. Trazemos algumas manifestações de leitores, bibliotecários, institutos de pesquisa, instituições de ensino, enfim, de vários segmentos acadêmicos que acolheram, registraram e requereram a continuação da *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*.

Assim, mais uma vez, com muita satisfação, entregamos a Você, caro leitor, razão de nossa existência, mais um número da *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Boa leitura.

A B E R T U R A

O Estado Plurinacional na América Latina

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas

Resumo: A Constituição surge a partir de um processo revolucionário de transformação social visando à construção de uma nova ordem democrática. O presente texto trata da importância da existência do poder constituinte originário, sendo este o elo entre Constituição, como garantia efetiva de direitos, e Democracia, como transformação social, e das mudanças que vêm ocorrendo na América Latina, estreitando os caminhos entre a democracia representativa e a democracia dialógica participativa.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Democracia, Revolução, Constituição, Poder constituinte, América Latina, Estado Plurinacional.

Abstract: The Constitution arises from a revolutionary process of social changing with the goal of crating a new democratic order. The present article discusses the importance of the existence of original constituent power, being this the linking between the Constitution, as an affective guarantee of rights, and democracy, as social changing, and the transformations that have been occurring in Latin America which narrows the roads between the representative democracy and the dialogic participative democracy.

Keywords: Constitutionalism, Democracy, Revolution, Constitution, Constituent Power, Latin America, Plurinational State.

1 Introdução: origens

Alguns teóricos do Direito constitucional afirmam que o constitucionalismo moderno começa a ser formado no processo que se inicia com a Magna Carta na Inglaterra, em 1215. Entretanto, ali não está presente a ideia de uma Assembleia Nacional Constituinte que, elaborando o texto de uma Constituição, dará início a uma nova realidade constitucional, fruto da vontade de um poder soberano e baseado na vontade popular. Temos, portanto, duas realidades constitucionais que hoje parecem, lentamente, gradualmente, se fundirem, mas que ainda são muito distintas.

Embora o Brasil tenha sofrido influência do Direito estadunidense a partir da Constituição de 1891, que copiou diversas instituições dos Estados Unidos da América como o federalismo, o presidencialismo, o seu modelo bicameral, o modelo de suprema corte e o modelo de controle difuso de constitucionalidade, nossa tradição constitucional é construída a partir do modelo continental europeu, transformando o nosso constitucionalismo em um dos mais ricos do mundo, pois promove a construção de um processo de síntese, ainda inicial, dos dois grandes sistemas jurídicos modernos, o que pode ser expresso no nosso controle misto de constitucionalidade das leis e na importante ideia de jurisdição constitucional difusa.

Entretanto, há algo em comum entre o modelo estadunidense e o europeu continental, não compartilhado pela Inglaterra: a existência de um poder constituinte originário, inicial, soberano e de primeiro grau, capaz de romper com a ordem anterior e iniciar uma nova vida jurídica constitucional com a nova Constituição.

A teoria do poder constituinte atualizada pela análise da relação entre democracia e constituição é uma contribuição importante para pensarmos esta permanente conexão e tensão entre Constituição, como pretensão de segurança, permanência e garantia de direitos, e Democracia como transformação social e conquista de novos direitos históricos. O poder constituinte originário, como elo extremo entre democracia e segurança, é o reconhecimento da possibilidade/necessidade de revolução. O Direito democrático não

pode ficar distante, ou ignorar a possibilidade de revolução como processo radical e democrático de transformação social. O Direito deve estar próximo, permanentemente, à democracia. A Constituição significa a segurança de que a democracia, enquanto processo criador de transformação, não se perderá em lutas incessantes de poder e, logo, no risco do autoritarismo ou totalitarismo. Nesse sentido, o poder constituinte originário deve ser este elo entre democracia e constituição no momento mais radical de transformação social: a ruptura revolucionária com a constituição para a construção de uma nova ordem democrática.

Neste ensaio buscaremos explicar essa ligação entre democracia e constituição na história moderna; revisitaremos a teoria do poder constituinte para, então, vislumbrarmos os novos caminhos do estado plurinacional na América Latina, especialmente nas novas constituições democráticas e plurais da Bolívia e Equador.

2 Democracia e constituição

Válido, neste momento, lembrar a importante relação entre democracia e constituição.

O Constitucionalismo não nasceu democrático. Nascido na forma liberal, o constitucionalismo visava à construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. Segurança, propriedade privada e privacidade são as palavras que identificam o constitucionalismo liberal. Este não nasceu democrático e os direitos fundamentais, nas suas constituições protegidos, eram para poucos. Os direitos políticos eram assegurados apenas para homens, proprietários e ricos.

Dentro do conceito da época, a constituição seria incompatível com a democracia majoritária, uma vez que aquela visava proteger o direito e a vontade de cada indivíduo, enquanto esta representaria a vontade do coletivo majoritário sobre o minoritário e, logo, sobre a vontade individual.

A fusão entre democracia e constituição ocorreu apenas na segunda metade do século XIX, quando, então, por força dos movimentos operários e dos partidos de esquerda conquistou-se primeiramente o voto igualitário masculino, para, depois de algum tempo, gradualmente, conquistar-se o sufrágio universal com o voto igualitário e o fim da discriminação de gênero. Essa fusão entre democracia e constituição trouxe a importante noção de “democracia com segurança” que se transformou, com o tempo, na ideia de que a vontade da maioria tem limites de decisão, estabelecidos na obrigatoriedade de respeitar os direitos das minorias e no núcleo duro de qualquer constituição: os direitos fundamentais.

Entretanto a tensão entre constituição e democracia não acabou e nem poderia: constituição ainda significa segurança e pretensão de permanência, enquanto democracia significa mudança e, portanto, risco. Democracia é risco, pois é expressão de vontade das pessoas em sociedade. Nós somos seres históricos, em permanente processo de transformação. Transformamos nossas sociedades permanentemente, como fruto de nossa busca

incessante. Só uma ditadura (mesmo que travestida de outros sistemas) pode ter pretensão de permanência.

Logo, é fácil concluir que, mesmo democráticas, as constituições como limitadoras e conformadoras, mesmo sofrendo mutações interpretativas e mudanças formais de seu texto, serão sempre, em algum momento, superadas pela dinâmica social. Daí a existência do poder constituinte originário como poder de ruptura democrática. Este é o momento em que a democracia rompe com uma ordem que não mais responde socialmente, para então, democraticamente, estabelecer outro sistema constitucional. Esse é sempre um momento de risco, pois é o momento em que a democracia se desprende do direito, se desprende dos limites jurídicos para logo estabelecer novos limites, diante do medo de que a falta de limites transforme essa vontade criadora livre em uma ditadura da maioria.

3 O Poder Constituinte

A diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou ênfase e concretização na Revolução Francesa, quando os Estados Gerais, por solicitação do Terceiro Estado, se proclamaram como Assembleia Nacional Constituinte, sem nenhuma convocação formal.

Na França revolucionária (1789) foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando, a partir de então, que a nação, o povo (seja diretamente ou através de uma assembleia representativa) era o titular da soberania e, por isso, titular do Poder Constituinte. Entendia-se, então, que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da soberania popular. Ideias que podem parecer um pouco românticas ou artificiais em uma construção teórica transdisciplinar contemporânea. Podemos dizer que as dificuldades (ou impossibilidade) contemporâneas para afirmar a existência de uma (única) vontade popular, em sociedades de extrema complexidade, é bem maior hoje que no passado, entretanto, sempre estiveram presentes no Estado moderno. Por mais democrático que tenha sido qualquer poder constituinte, vamos encontrar, no complexo jogo de poder por trás da constituinte, aqueles que têm a capacidade ou possibilidade de impor seus interesses com mais força do que outros.

Podemos dizer que a elaboração geral da teoria do Poder Constituinte nasceu na cultura europeia, com Siéyès, pensador e revolucionário francês do século XVIII. A concepção de soberania nacional na época, assim como a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos como poderes derivados do primeiro, são contribuições do pensador.

Siéyès afirmava que o objetivo ou o fim da Assembleia representativa de uma nação (a ideia de nação aí aparece como algo maior que o povo, diferente da ideia de povo, como aqueles que se sentem parte do Estado nacional desenvolvida em outro momento) não pode ser outro do que aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar. Ele acreditava que não poderia haver tanta insensatez

a ponto de alguém ou um grupo, na Assembleia geral, afirmar que os que ali estão reunidos devem tratar dos assuntos particulares de uma pessoa ou de um determinado grupo.¹

A escola clássica francesa entende a Constituição como um certificado da vontade política do povo nacional e, portanto, produto de uma Assembleia Constituinte representativa da vontade deste povo. Hans Kelsen se opõe a esta ideia afirmando que a Constituição provém de uma norma fundamental.² Importante ressaltar neste ponto que os conceitos dos diversos autores serão influenciados pela compreensão da natureza do Poder Constituinte: seja um poder de fato ou um poder de Direito.

Um outro aspecto que devemos estudar sobre o Poder Constituinte é relativo a sua amplitude. Alguns autores entendem que o poder constituinte se limita à criação originária do Direito, enquanto outros compreendem que este poder constituinte é bem mais amplo, incluindo uma criação derivada do Direito por meio da reforma do texto constitucional, adaptando-o aos processos de mudança sociocultural³ e, ainda, o poder constituinte decorrente, característica essencial de uma federação, quando os entes federados recebem (ou permanecem com) parcelas de soberania expressas na competência legislativa constitucional.

Finalmente, um terceiro aspecto a ser estudado, e sobre o qual também existem divergências, diz respeito à titularidade do Poder Constituinte.

Para um melhor entendimento desta matéria e de suas diversas compreensões, é necessário estudar separadamente cada um desses elementos. Não se pode vincular, como pretenderam alguns, o posicionamento com relação à natureza do Poder Constituinte com a sua amplitude e mesmo com sua titularidade em determinados casos.

4 A amplitude do Poder Constituinte

Vamos encontrar em diversas obras clássicas do constitucionalismo nacional e estrangeiro, por exemplo, em Pinto Ferreira, a afirmativa de que o Poder Constituinte é o poder de criar, emendar e revisar a Constituição.⁴ Entre muitos clássicos, podemos destacar Walter Dodd, Kelsen, Hauriou e Rew Barbosa como os que concordam com a afirmativa anterior. Entre os que discordam, afirmando que o Poder constituinte será apenas aquele que cria a Constituição, encontramos Schmitt, Heller, Recaséns Siches, Carl Friedrich e Dnez.

A importância desta discussão teórica, aparentemente de menor valor, reside no fato das fundamentações teóricas da força do poder de reforma (através de emenda e revisão).

¹ SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. (Qui est-ce que le tiers État). Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986. p. 141-142.

² KELSEN, Hans. *Teoria Geral da Norma* (Allgemeine Theorie der Normen). Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

³ DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Rio de Janeiro: Rio sociedade cultural, 1978. p. 33.

⁴ PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 51.

Alguns autores tendem a admitir força igual ao poder originário, em algumas circunstâncias, fazendo com que os limites materiais, circunstanciais, formais e temporais praticamente desapareçam.

O problema central desta discussão é a segurança que a Constituição deve oferecer às relações jurídicas. Se admitirmos a compreensão de que o poder de reforma pode tudo, chegaríamos a uma situação de insegurança grande, pois maiorias qualificadas no parlamento poderiam quase tudo. É óbvio que o simples fato de chamarmos o poder de reforma de poder constituinte derivado não é o bastante para lhe oferecer tal força, mas é importante que isso fique bem claro.

Retornamos, pois, à antiga discussão para compreendermos o perigo que reside nos rótulos, que são teorias que, ao oferecerem muita força ao legislativo ordinário para mudar a Constituição, podem retirar o que há de essencial no constitucionalismo moderno, ou seja, a busca da segurança, inclusive contra as maiorias qualificadas no parlamento, que podem estabelecer uma espécie de absolutismo da maioria ou ditadura da maioria que, como um rolo compressor, desmonta a Constituição. Esta discussão é ainda especialmente importante, quando assistimos aos problemas vividos pela democracia representativa, em que o financiamento privado de campanha, o poder econômico concentrado, inclusive na mídia, além de outros mecanismo de controle, constroem maiorias parlamentares que, muitas vezes, defendem interesses de poucos, em detrimento de muitos, mas que se legitimam em aparentes democracias representativas.

Importante notar que muitos dos autores clássicos acima citados, ao negarem a amplitude maior do poder constituinte, incluindo o poder de reforma como poder constituinte derivado, não tinham sempre a intenção de preservar a Constituição, preservando com isso a segurança jurídica e os direitos fundamentais diante de maiorias autoritárias ou sem limites. Esta é a questão central que nos interessa.

Lembrando as palavras de Ivo Dantas:

O Poder Constituinte interessa à sociologia, especificamente à sociologia do Direito e à Sociologia Política, em virtude de ser um Poder de Fato, e não um Poder de Direito, espécie em que se enquadram os poderes constituídos, inclusive o chamado Poder de Reforma, erroneamente denominado Poder constituinte derivado.⁵

Seguindo essa linha de raciocínio e buscando na sociologia elementos essenciais para a compreensão do fenômeno constituinte, podemos afirmar que, embora o poder constituinte originário não tenha limites no ordenamento jurídico positivo com o qual ele está rompendo, este poder sofre, de maneira clara e inegável, limitações de caráter social, cultural e forte influência do jogo de forças econômicas, sociais e políticas no momento da elaboração da Constituição.

⁵ DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. 1978. p. 40-41.

Talvez seja necessária neste ponto uma diferenciação importante: o que são os limites legítimos de ação da assembleia constituinte decorrentes das influências dos diversos grupos de interesse presentes numa sociedade complexa e que são elementos legitimadores e democráticos do processo constituinte, desde que manifestos de forma livre e dialógica na relação entre sociedade e representantes constituintes, e os limites ilegítimos, não democráticos, decorrentes de influências do poder econômico no processo eleitoral de escolha dos representantes, através do abuso do poder econômico e de pressão econômica ou outras formas não democráticas puramente corporativas sobre o processo de votação na assembleia constituinte. Convém lembrar que essas formas ilegítimas sempre estiveram presentes nos Estados de economia capitalista com maior ou menor influência, pois são decorrentes da própria lógica do jogo capitalista, inerente a este sistema econômico. O que resta fazer é desenvolver mecanismos que permitam diminuir as influências que Siéyès já mencionava como ilegítimas (e improváveis), pois decorrentes de pequenos grupos egoístas que querem impor seus interesses perante a maioria e perante todos os outros grupos de interesse, de maneira não equilibrada e ilegítima (não vamos também acreditar nessa inocência de Siéyès).

O poder constituinte derivado ou de reforma, portanto, se divide em dois: o poder de emenda e o poder de revisão. O poder originário, como poder de ruptura, pertence a uma assembleia eleita com finalidade de elaborar a Constituição, deixando de existir, quando cumprida sua função, sendo um poder temporário. O poder de reforma é um poder latente, que pode se manifestar a qualquer momento, desde que cumpridos os requisitos formais e observados os seus limites materiais.

O poder de reforma por meio de emendas pode, em geral, se manifestar a qualquer tempo, sofrendo limites materiais, circunstanciais, formais e algumas vezes temporais. Esse poder consiste em alterar pontualmente uma determinada matéria constitucional, adicionando, suprimindo, modificando alínea(s), inciso(s), artigo(s) da Constituição.

O poder de revisão, em geral, tem limites temporais, além dos limites circunstanciais, formais e materiais, ocorrendo, em algumas Constituições, sua manifestação periódica, como na Constituição portuguesa de 5 em 5 anos. Na nossa Constituição, houve a previsão de manifestação de poder uma única vez, não podendo ocorrer de novo, pois estava prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A revisão é mais ampla que a emenda. Como sugere o nome, trata-se de uma revisão sistêmica do texto, respeitados os limites do poder de reforma. No Brasil, a nossa revisão foi atípica, manifestando-se por meio de emendas de revisão.

Esta discussão não é nova e encontramos nos clássicos do Direito Constitucional nacional e estrangeiro várias referências à amplitude do poder constituinte e o poder de reforma.

Nelson de Souza Sampaio afirmava que o poder reformador está abaixo do Poder Constituinte e jamais poderá ser ilimitado como este. Seja como se queira chamar esse poder reformador, seja de Poder constituinte constituído, como faz Sanches Agesta; poder constituinte derivado, como faz Pelayo e Baracho, ou poder constituinte instituído, segundo

Burdeau, devemos encará-lo como faz Pontes de Miranda, como uma atividade constituidora diferida ou um poder constituinte de segundo grau, como faz também Rosah Russomano.⁶

Outro aspecto referente à amplitude do Poder Constituinte diz respeito ao Poder Constituinte decorrente, ou seja, o poder constituinte dos entes federados, no nosso caso, Estados membros e Municípios. Já estudamos no nosso livro *Direito Constitucional*, tomo II, da Editora Mandamentos, as características principais do Estado Federal. Naquele momento, deixamos claro que o que difere o Estado Federal de outras formas descentralizadas de organização territorial do Estado contemporâneo é a existência de um poder constituinte decorrente, ou seja, a descentralização de competências legislativas constitucionais, em que o ente federado elabora sua própria Constituição e a promulga, sem que seja possível ou necessária uma intervenção ou a aprovação desta Constituição por outra esfera de poder federal. Isso caracteriza a essência da Federação, a inexistência de hierarquia entre os entes federados (União, Estado e Municípios no caso brasileiro), pois cada uma das esferas de poder federal nos três níveis brasileiros participa da soberania, ou seja, detém parcelas de soberania expressas nas suas competências legislativas constitucionais, isto é, no exercício do poder constituinte derivado.

Não estamos afirmando que os estados membros, a União e os municípios são soberanos, pois soberano é o Estado Federal, a expressão unitária da soberania, ou seja, sua manifestação integral só ocorre no Poder Constituinte Originário. O que afirmamos é que no Estado Federal, além de uma repartição de competências legislativas ordinárias, administrativas e jurisdicionais, há também, e isto só ocorre no Estado Federal, uma repartição de competências legislativas constitucionais. Essa repartição de competências constitucionais implica na participação dos entes federados na soberania do Estado, que se fragmenta nas suas manifestações.

Entretanto, esse poder constituinte decorrente, embora represente a manifestação de parcela de soberania, não é soberano e, por este motivo, deve ser um poder com limites jurídicos bem claros, limites estes que podem ser materiais, formais, temporais e circunstanciais. No caso da Constituição de 1988, esta estabelece limites materiais expressos e obviamente implícitos, deixando para o poder constituinte decorrente, que é temporário (assim como o originário), prever o seu funcionamento, e o funcionamento do

⁶ Entre as publicações consideradas clássicas do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição que tratam do assunto podemos citar: HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Editions Montchrestien, 4eme edition, Paris, 1970. SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte, In. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 52. Belo Horizonte, 1981. RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Volume I e II. Madrid: Editora Tecnos, 1980. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*, 2. ed., Barcelona, Editora Nacional, 1982. SCHIMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, México: Nacional, 1973. BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Poder Constituyente. Buenos Aires, Argentina: Editorial Kapelusz & Cia., 1945.

seu próprio poder de reforma e seus limites formais, materiais, circunstanciais e temporais. O poder constituinte decorrente é de segundo grau (se dos Estados membros) e terceiro grau (se dos municípios), subordinados à vontade do poder constituinte originário, expressa na Constituição Federal.

5 A natureza do poder constituinte

Alguns autores entendem que o poder constituinte originário é o momento de passagem do poder ao Direito. É inegável que o poder constituinte originário é o momento maior de ruptura da ordem constitucional, em que o poder de fato, que se instala, forte o suficiente para romper com a ordem estabelecida, é capaz de construir uma nova ordem sem nenhum tipo de limite jurídico positivo na ordem com a qual está rompendo. Se entendermos o Direito como sendo sinônimo de lei positiva, posto pelo Estado, o poder constituinte originário será apenas um poder de fato. E é justamente neste ponto que reside sua força. É claro que não reduzimos o Direito a essa perspectiva legalista já ultrapassada, que reduz o Direito à regra, transformando a construção do Direito em uma simples aplicação da receita pronta da lei ao caso concreto.

Importante entender a força do poder constituinte originário como poder de fato, capaz de romper com a ordem vigente e, portanto, um poder ilegal e inconstitucional em relação à ordem com a qual este poder rompe e pela qual não se limita.

Essa afirmativa contém a essência da segurança que busca o constitucionalismo moderno: a Constituição, na sua essência, deve ser tão forte e perene que nenhum poder constituído pode romper com seus fundamentos e estrutura. Somente um poder social mais forte, porque representando a força democrática da vontade histórica do povo, pode romper com a Constituição para, então, criar uma nova Constituição. O poder originário nasce da revolução e nem mesmo a Constituição poderá segurá-lo, pois é o poder de transformação social da própria história.

Nesse recurso do Direito Constitucional ao poder social, ao poder de fato, transformador e histórico reside sua própria segurança, contra maiorias temporárias parlamentares que queiram transformar toda a Constituição, escrevendo uma nova, procurando se legitimar no voto que elegeu os representantes. A proteção contra o autoritarismo da maioria reside na exigência de poder social irresistível, única justificativa para a ruptura constitucional. Defensores de tese contrária procuram desenvolver mecanismos meramente representativos e consultivos (plebiscitos e referendos) para legitimar uma alteração radical do texto constitucional, que afete seus princípios fundamentais, criando na verdade uma nova Constituição. Esses mecanismos são verdadeiros golpes contra a segurança jurídica que, como disse, só pode ser rompida pela força social irresistível que não se expressa em meras representações, pois quinhentos não podem o que só milhões poderão.

Pode-se afirmar, entretanto, que esses milhões podem ser ouvidos em plebiscitos, mas como proteger esses milhões da força de manipulação da propaganda na construção de uma falsa vontade popular? Por isso nada pode substituir a mobilização popular fundada

em uma democracia dialógica permanente, única justificativa para rupturas constitucionais profundas.

Retornando à discussão inicial, podemos dizer, ao contrário, que, se entendermos que o Direito não se resume ao direito positivo, mas que está essencialmente ligado à ideia do justo, do correto, do direito estaremos no campo das várias correntes do pensamento do Direito natural. Nesse sentido, o Direito é sinônimo de justo e, logo, a lei positiva pode ou não conter o Direito, pois só será Direito se contiver uma norma justa. O conceito do que é justo muda em cada corrente do Direito natural, mas o que há em comum nas várias teorias é a compreensão de que Direito é diferente de lei. Seguindo essa hipótese, o poder constituinte originário será um poder de Direito se representar o justo, o correto, o direito e, ao contrário, será um mero poder de fato, ilegítimo, contra o Direito, se não representar a ideia do justo, do correto, do direito.

Esse pensamento é elitista, uma vez que, ao reconhecer que existe um direito justo anterior e superior ao Direito produzido pelo Estado, quem será a pessoa ou pessoas que dirão o justo? Quem terá o discurso legitimado? Se o justo está na vontade divina, quem será o intérprete dessa vontade? Se o justo está na razão do filósofo, qual será o filósofo que nos dirá o justo?

Apenas os processos democráticos dialógicos com ampla mobilização popular podem justificar uma ruptura que, sendo fato irresistível, se afirma com força, mas não de forma ilimitada. O Direito não se encontra apenas no texto positivado ou na decisão judicial, mas latente na ideia de justiça dialogicamente compartilhada em processos democráticos de transformação social, e será esta compreensão dialogicamente compartilhada em uma sociedade, em um determinado momento histórico, capaz de legitimar o Direito, sua transformação, incluindo as rupturas constitucionais.

O Poder constituinte originário só será legítimo se sustentado por amplo processo democrático dialógico que ultrapasse os estreitos limites da representação parlamentar e penetre nos diversos fluxos comunicativos da complexa sociedade nacional.

Portanto, podemos concluir que esse poder de fato será também de Direito, se efetivamente democrático, entendendo-se democrático, como um processo dialógico amplo que envolva o debate dos mais variados interesses e valores da sociedade nacional.

6 A titularidade do poder constituinte

Acredito que a resposta para a pergunta sobre quem deve ser o titular do poder constituinte já ficou clara no tópico anterior. Entretanto, devemos responder à pergunta sobre quem é o titular desse poder nas suas várias manifestações históricas.

Retornando à visão dos 'clássicos' da teoria constitucional, encontramos em Siéyès a afirmação de que 'a nação existe antes de tudo – é a origem de tudo. Sua vontade é invariavelmente legal – é a própria lei'. Uma visão idealista importante, como construção

do discurso do estado constitucional, mas que obviamente não resiste a uma análise histórica. Podemos mesmo perceber que a construção conceitual da ideia de nação para Siéyès se constitui numa forma de legitimar a vontade do grupo no poder que atua em nome da vontade da nação. De forma diferente, a ideia de nação como estudada no Tomo II⁷, constitui-se em numa construção histórica recente e não algo que existe antes de tudo, mas uma criação do próprio absolutismo.

Como vimos, foi com Siéyès que surge a ideia de poder constituinte, diferenciando esse poder constituído, que não pode, na sua ação autônoma, atingir as leis fundamentais contidas na Constituição, criada por um poder constituinte que, por sua vez, é produto da vontade da nação.

No Direito Constitucional brasileiro, um autor importante é Pinto Ferreira, que afirma que somente o povo tem a competência para exercer os poderes de soberania. Quando analisa os termos ‘Convenção Constitucional’, ‘Assembleia Constituinte’ e ‘Convenção Nacional Constituinte’ afirma que a assembleia constituinte é o corpo representativo escolhido a fim de criar a Constituição. Existem, para o autor, dois tipos principais de organização do poder constituinte. Um será o modelo da convenção constitucional, que é o tipo primitivo em que existe uma assembleia eleita pelo povo para elaborar a Constituição, e não há necessidade de ratificação popular. O segundo modelo é o sistema popular direto, em que a Constituição é votada pela convenção nacional e posteriormente é submetida à aprovação popular através do referendo. Para o autor, este segundo modelo está mais próximo do espírito democrático.⁸

Na história do Estado constitucional, o sujeito do poder constituinte, o seu titular, pode ser individual ou coletivo, capacitado para criar ou revisar a Constituição. Dessa forma, encontramos na história distorções graves da teoria democrática, em que o titular é um Rei, um ditador, uma classe, um grupo (o que óbvio está por detrás do titular individual), todos em nome do povo ou legitimados por poderes outros que o poder que efetivamente os sustenta. O discurso esconde a real fonte do poder, ou mais, o discurso constitui uma fonte do poder ao disfarçar, encobrir sua origem. Entretanto, encontramos, também, exemplos de poderes constituintes que, de formas diferentes, em graus diferentes, representam a vontade de parcelas expressivas do povo nacional.

Não há dúvida de que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição, assim como de sua reforma, seja aberto à ampla participação popular, não apenas através de diálogo com os representantes eleitos, mas através de legítima pressão da sociedade civil organizada.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

⁸ PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

Esse poder será democrático a medida em que o processo constituinte sirva como arena privilegiada de demonstração dos grandes temas nacionais, para que, a partir daí, seja possível que as manifestações do jogo de forças sociais sejam legitimamente exercidas. É fundamental para isso que o poder de manipulação do marketing político, da propaganda, o poder de pressão econômica seja minado ao máximo. Não pode uma minoria nos bastidores se sobrepor à vontade presente nas ruas e no campo.

Esse poder constituinte originário democrático se manifestou na América do Sul em 2008 e em 2009, na Bolívia e no Equador.

7 O novo constitucionalismo sul americano e o Estado plurinacional

A América Latina vem sofrendo um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Da Argentina ao México, os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias eleitorais. Direitos historicamente negados às populações indígenas agora são reconhecidos. Em meio a esses variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a esta uma forte democracia dialógica participativa.

Assim, em 2009, assistimos ao Uruguai, de Tabaré Vasquez, buscar a reconstrução dos direitos sociais; a Argentina, de Cristina Kirchner, reformar as forças armadas introduzindo o ensino dos Direitos Humanos; o Paraguai, de Lugo, na busca de um resgate de uma dívida centenária de humilhação e exclusão dos pobres e das populações indígenas; o Chile, de Michelle Bachelet, tentando quebrar a resistência de uma classe média conservadora e machista; a Venezuela, de Hugo Chaves, caminhando para o socialismo; o povo de El Salvador elegendo um governo comprometido com os direitos democráticos e sociais; e especialmente a Bolívia e o Equador, onde governos eleitos com o forte apoio popular promulgaram suas novas Constituições, e com estas um conceito totalmente inovador para o mundo jurídico: o Estado plurinacional.

Vamos apenas introduzir esse conceito como fruto de um processo democrático que se iniciou com revoluções pacíficas, em que os povos indígenas, finalmente, após 500 anos de exclusão radical, reconquistam gradualmente sua liberdade e dignidade.

A formação dos estados nacionais na América Latina ocorreu de maneira bastante diferente do processo Europeu.

A formação do Estado moderno, a partir do século XV, ocorre após lutas internas quando o poder do Rei se afirma perante os poderes dos senhores feudais, unificando o poder interno, unificando os exércitos e a economia para, então, afirmar esse mesmo poder perante os poderes externos, os impérios e a Igreja. Trata-se de um poder unificador numa esfera intermediária, pois cria um poder organizado e hierarquizado internamente, sobre os conflitos regionais, as identidades existentes anteriormente à formação do Reino e do Estado nacional que surge neste momento e, de outro lado, se afirma perante o

poder da Igreja e dos Impérios. Este é o processo que ocorre em Portugal, Espanha, França e Inglaterra.⁹

Desses fatos históricos, decorre o surgimento do conceito de uma soberania em duplo sentido: a soberania interna a partir da unificação do Reino sobre os grupos de poder representados pelos nobres (senhores feudais), com a adoção de um único exército subordinado a uma única vontade; a soberania externa a partir da não submissão automática à vontade do papa e ao poder imperial (multiétnico e descentralizado).

Um problema importante surge nesse momento, fundamental para o reconhecimento do poder do Estado pelos súditos inicialmente, mas que permanece para os cidadãos no futuro estado constitucional: para que o poder do Rei (ou do Estado) seja reconhecido, esse Rei não pode se identificar particularmente com nenhum grupo étnico interno. Os diversos grupos de identificação pré-existentes ao Estado nacional não podem criar conflitos ou barreiras intransponíveis de comunicação, pois ameaçarão a continuidade do reconhecimento do poder e do território desse novo Estado soberano. Assim, a construção de uma identidade nacional se torna fundamental para o exercício do poder soberano.

Desta forma, se o Rei pertence a uma região do Estado, que tem uma cultura própria, identificações comuns com a qual ele claramente se identifica, dificilmente um outro grupo, com outras identificações, reconhecerá o seu poder. Assim, a tarefa principal deste novo Estado é criar uma nacionalidade (conjunto de valores de identidade) por sobre as identidades (ou podemos falar mesmo em nacionalidades) pré-existentes.¹⁰ A unidade da Espanha ainda hoje está, entre outras razões, na capacidade do poder do Estado em manter uma nacionalidade espanhola por sobre as nacionalidades pré-existentes (galegos, bascos, catalães, andaluzes, castelhanos, entre outros). O dia em que essas identidades regionais prevalecerem sobre a identidade espanhola, o Estado espanhol estará condenado à dissolução. Como exemplo recente, podemos citar a fragmentação da Iugoslávia entre vários pequenos estados independentes (estados étnicos) como a Macedônia, Sérvia, Croácia, Montenegro, Bósnia, Eslovênia e, em 2008, o impasse com Kosovo.

Portanto, a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno) dependia da construção de uma identidade nacional ou, em outras palavras, da imposição de valores

⁹ CREVELD, Martin van Creveld. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*, Fondo de Cultura Económica. 5. ed. México, D.F.: Universidad Autónoma de México, 1996.

¹⁰ Utilizamos neste texto as palavras identidade e identificações quase com sinônimos, ou seja, uma identidade se constrói a partir da identificação de um grupo com determinados valores. Importante lembrar que o sentido destas palavras é múltiplo em autores diferentes. Podemos adotar o sentido de identidade como um conjunto de características que uma pessoa tem e que permitem múltiplas identificações sendo dinâmicas e mutáveis. Já a ideia de identificação se refere ao conjunto de valores, características e práticas culturais com as quais um grupo social se identifica. Nesse sentido, não poderíamos falar em uma identidade nacional ou uma identidade constitucional, mas sim em identificações que permitem a coesão de um grupo. Identificação com um sistema de valores ou com um sistema de direitos e valores que o sustentam, por exemplo.

comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que, então, todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano. Assim, na Espanha, o rei castelhano agora era espanhol, e todos os grupos internos também deveriam se sentir espanhóis, reconhecendo, pois, a autoridade do soberano.

Esse processo de criação de uma nacionalidade dependia da imposição e aceitação pela população de valores comuns. Quais foram inicialmente esses valores? Um inimigo comum (na Espanha do século XV os mouros, o império estrangeiro), uma luta comum, um projeto comum, e naquele momento, o fator fundamental unificador: uma religião comum. Dessa forma, a Espanha nasce com a expulsão dos muçulmanos e, posteriormente, judeus. É criada na época uma polícia da nacionalidade: a Santa Inquisição. Ser espanhol era ser católico e quem não se comportasse como um bom católico era excluído.

A formação do Estado moderno está, portanto, intimamente relacionada com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. O Estado moderno nasce da intolerância com o diferente, e dependia de políticas de intolerância para sua afirmação. Até hoje assistimos ao fundamental papel da religião nos conflitos internacionais, a intolerância com o diferente. Mesmo estados que constitucionalmente aceitam a condição de estados laicos têm, na religião, uma base forte de seu poder: o caso mais assustador é o dos Estados Unidos, divididos entre evangélicos fundamentalistas de um lado e protestantes liberais de outro lado. Isso repercute diretamente na política do Estado, nas relações internacionais e nas eleições internas. A mesma vinculação religiosa com a política dos Estados podemos perceber em uma União Europeia cristã que resiste à aceitação da Turquia e convive com o crescimento da população muçulmana europeia.

O Estado moderno foi a grande criação da modernidade, somada, mais tarde, no século XVIII, com a afirmação do Estado constitucional.

Na América Latina, os Estados nacionais se formam a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população, não interessava para as elites econômicas e militares que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Dessa forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade. O direito não era para essas maiorias, a nacionalidade não era para essas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais.

De forma diferente da Europa, onde foram construídos estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelos estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem ou mesmo, no caso dos indígenas, que não existissem: milhões foram mortos.

Nesse sentido, as revoluções da Bolívia e do Equador, seus poderes constituintes democráticos fundam um novo Estado, capaz de superar a brutalidade dos estados nacionais nas Américas: o Estado plurinacional, democrático e popular.

Nunca, na América, tivemos tantos governos democráticos populares como neste surpreendente século XXI. O importante é que esses governos não são apenas democráticos representativos, mas fortemente participativos, dialógicos.

Uma ideia nova, nesse processo, chama a atenção: o Estado Plurinacional das Constituições do Equador e da Bolívia.

8 Conclusão: o Estado Plurinacional

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, em que todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico, entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente, o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa.

A partir da constitucionalização e sua lenta democratização (em geral, ainda de bases liberais meramente representativas), não se poderia mais admitir a construção da identidade nacional com base em uma única religião que uniformizasse o comportamento no plano econômico (direito de propriedade) e no plano familiar. Tornou-se necessário construir uma outra justificativa e um outro fator agregador que permitisse aos diversos grupos sociais presentes no Estado moderno se reconhecerem e, a partir daí, reconhecerem o poder do Estado como legítimo.

A Constituição irá cumprir essa função. Inicialmente não democrático, o constitucionalismo irá uniformizar (com o direito civil) as bases valorativas dessa sociedade nacional, criando um único direito de família e um único regime de propriedade que sustentaria o sistema econômico. Isso ocorreu em qualquer dos tipos constitucionais: liberal; social ou socialista.

A uniformização de valores e comportamentos, especialmente na família e na forma de propriedade, exclui radicalmente grupos sociais (étnicos e culturais) distintos que, ou se enquadram ou são jogados, aos milhões, para fora dessa sociedade constitucionalizada (uniformizada). O destino desses povos é a alienação, o acultramento e perda de raízes ou então a miséria, os presídios ou ainda os manicômios.

A lógica do Estado nacional agora constitucionalizado e mesmo “democratizado” sustenta essa uniformização. A ideologia que justifica tudo isso é a existência de um suposto “pacto social” ou “contrato social”, ou qualquer outra ideia que procura identificar nas bases dessas sociedades americanas um suposto acordo uniformizador, como se as populações originárias tivessem aberto mão de sua história e cultura para assumir o direito de família e o direito de propriedade do invasor europeu, que continuou no poder

com seus descendentes brancos, a partir dos processos de independência no século XIX.

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato de que esse Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e, logo, radicalmente excludente.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia, segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Nas palavras de Ileana Almeida¹¹ sobre o processo de construção do Estado Plurinacional no Equador:

Sin embargo, no se toma en cuenta que los grupos étnicos no luchan simplemente por parcelas de tierras cultivables, sino por un derecho histórico. Por lo mismo se defienden las tierras comunales y se trata de preservar las zonas de significado ecológico-cultural.

Certamente esse Estado joga por terra o projeto uniformizador do Estado moderno que sustenta a sociedade capitalista como sistema único fundado na falsa naturalização da família e da propriedade e mais tarde da economia liberal.

Nas palavras de Ileana Almeida:

Al funcionar el Estado como representación de una nación única cumple también su papel en el plano ideológico. La privación de derechos políticos a las nacionalidades no hispanizadas lleva al desconocimiento de la existencia misma de otros pueblos y convierte al indígena en víctima del racismo. La ideología de la discriminación, aunque no es oficial, de hecho está generalizada en los diferentes estratos étnicos. Esto empuja a muchos indígenas a abandonar su identidad y pasar a formar filas de la nación ecuatoriana aunque, por lo general, en sus sectores más explotados.¹²

A Constituição da Bolívia, na mesma linha de criação de um Estado Plurinacional, dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Pelo texto, os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus) passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia. Com a aprovação da nova Constituição, a Bolívia passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. A Constituição estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. Cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores. As decisões desses tribunais não poderão ser revisadas pela Justiça comum.

¹¹ ALMEIDA, Ileana. *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos*. Quito, Ecuador: Abya Yala, 2008. p. 21.

¹² ALMEIDA, Ileana. *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos*. Op. cit., p. 19.

Outro aspecto importante é o fato da descentralização das normas eleitorais. Assim os representantes dos povos indígenas poderão ser eleitos a partir das normas eleitorais de suas comunidades.

A Constituição ainda prevê a criação de um Tribunal Constitucional plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena.

A nova Constituição democrática transforma a organização territorial do país. O novo texto prevê a divisão em quatro níveis de autonomia: o departamental (equivalente aos Estados brasileiros), o regional, o municipal e o indígena. Pelo projeto, cada uma dessas regiões autônomas poderá promover eleições diretas de seus governantes e administrar seus recursos econômicos.

O projeto constitucional avança ainda na construção do Estado Plurinacional ao acabar com a vinculação do estado com a religião (a religião católica ainda era oficial) transformando a Bolívia em um Estado laico (o que o Brasil é desde 1891).

Outro aspecto relevante é o reconhecimento de várias formas de constituição da família.

Além de importante instrumento de transformação social, garantia de direitos democráticos, sociais, econômicos plurais, e pessoais diversos, a Constituição da Bolívia é um modelo de construção de uma nova ordem política, econômica e social internacional. É o caminho para se pensar em um Estado democrático e social de direito internacional.

Citando novamente Ileana Almeida:

En contra de los que podría pensarse, el reconocimiento de la especificidad étnica no fracciona la unidad de las fuerzas democráticas que se alinean en contra del imperialismo. Todo lo contrario, mientras más se robustezca la conciencia nacional de los diferentes grupos, más firme será la resistencia al imperialismo bajo cualquiera de sus formas (genocidio, imposición política, religiosa o cultural) y, sobre todo, la explotación económica.

A América Latina (melhor, agora, a América Plural), que nasce renovada nessas democracias dialógicas populares, se redescobre também indígena, democrática, economicamente igualitária, socialmente e culturalmente diversa, plural. Em meio à crise econômica e ambiental global, que anuncia o fim de uma época de violências, fundada no egoísmo e na competição, a nossa América anuncia finalmente algo de novo, democrático e tolerante, capaz de romper com a intolerância unificadora e violenta de quinhentos anos de Estado nacional.

A R T I G O S

Projeto de Pesquisa

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Resumo: O presente texto tem como objeto a apresentação dos elementos formais de um projeto de pesquisa, na forma exigida pela ABNT. Também busca realizar uma análise objetiva desses elementos, visando facilitar sua elaboração por alunos iniciantes.

Palavras-chave: ABNT, Pesquisa, Metodologia da pesquisa, Projeto de pesquisa.

Abstract: The present article has the objective to show the formal elements of a research project, as required by ABNT. It also focuses on doing an objective analysis of these elements, with the goal of facilitating its making by fresh students.

Keywords: ABNT, Research, Research methods, Research project.

1 Introdução

O grau de complexidade do mundo contemporâneo exige que o ser humano utilize, em todos os momentos, sua capacidade de reflexão e planejamento. Através da reflexão, ele pensa a realidade; com o planejamento, ele estabelece objetivos e estratégias que possibilitem sua atuação nessa mesma realidade.

O planejamento da pesquisa é exatamente o estabelecimento dos objetivos e estratégias que possibilitem:

- a) delimitar adequadamente o objeto da pesquisa, bem como situar o estado atual desse objeto;
- b) desenvolver a pesquisa buscando responder ao problema colocado, testando, quando for o caso, a(s) hipótese(s) apresentada(s); e
- c) elaborar o relatório da pesquisa, de forma adequada.

É importante lembrar que a adoção de um planejamento exige organização, administração do tempo e das opções disponíveis. É necessário formar hábitos, definir rotinas.

Em termos de pesquisa acadêmica, aproveitar pequenos espaços de tempo livre entre atividades e anotar ideias (carregue sempre junto com você papel e caneta ou um gravador) é fundamental.

Na sequência serão analisados, um a um, os elementos que compõem um projeto de pesquisa.

2 Estrutura do Projeto de Pesquisa

Considerando a NBR 15.287, editada pela ABNT em 30 de dezembro de 2005, o projeto de pesquisa possui a seguinte estrutura:

ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS:**CAPA**

opcional

Parte frontal:

- Instituição / entidade
- Autor(es)
- Título e subtítulo
- Local da instituição / entidade
- Ano de depósito / entrega

Lombada

- Autor(es)
- Título

FOLHA DE ROSTO

obrigatória

- Autor(es)
- Título e subtítulo
- Tipo de projeto de pesquisa e instituição / entidade a que deve ser submetido
- Local da instituição / entidade
- Ano de depósito / entrega
- Listas (ilustrações, tabelas, abreviaturas, siglas, etc. ...)

opcional

SUMÁRIO

obrigatório

ELEMENTOS TEXTUAIS:

TEMA	obrigatório
PROBLEMA	obrigatório
HIPÓTESE(S)	quando couber
OBJETIVOS	obrigatório
JUSTIFICATIVAS	obrigatório
REFERENCIAL TEÓRICO	obrigatório
METODOLOGIA	obrigatório
RECURSOS	obrigatório
CRONOGRAMA	obrigatório

ELEMENTOS PÓS-TEXTUAIS:

REFERÊNCIAS	obrigatório
GLOSSÁRIO (EM ORDEM ALFABÉTICA)	opcional
APÊNDICE(S)	opcional
ANEXOS(S)	opcional
ÍNDICE(S)	opcional

Na digitação do texto, as seções da parte textual do projeto devem ser digitadas em sequência, sem qualquer quebra de página. Os elementos pré e pós-textuais devem, cada um deles, iniciar-se em nova página.

Destaque-se, para finalizar, que a norma da ABNT indica o rol mínimo de conteúdos que deve conter um projeto de pesquisa. Entretanto, em cada situação específica, considerando o objeto da pesquisa e/ou as exigências da instituição ou entidade a que será apresentado, poderá o projeto incluir outros elementos além dos aqui expressamente indicados. Exemplo dessa situação é a necessidade de indicação do orientador nos TCCs, dissertações e teses.

3 Detalhamento e análise dos elementos que compõem o projeto

Na sequência serão detalhados e analisados os elementos que compõem o projeto de pesquisa em sua estrutura formal, de acordo com a norma específica da ABNT. Tratar-se-á agora fundamentalmente dos conteúdos que deverão ser apresentados em cada um deles. Os elementos, nesta seção, aparecerão na mesma ordem em que foram indicados na seção anterior.

3.1 Elementos pré-textuais

Consideram-se como elementos pré-textuais, no âmbito do projeto de pesquisa, as informações atinentes à instituição na qual está sendo desenvolvida a pesquisa, o nome e os dados de seu autor, e o nome e os dados do orientador, quando houver. Elemento pré-textual não indicado na norma da ABNT, porém necessário nos trabalhos de conclusão de curso, nas dissertações de mestrado e nas teses de doutorado é o nome do orientador, acompanhado de sua titulação e instituição.

Os elementos pré-textuais devem preceder o primeiro elemento textual do projeto. Não são eles numerados, como as seções da parte textual. Embora as páginas dos elementos pré-textuais contenham numeração para fins de paginação do trabalho (com exceção da capa), a paginação correspondente não deve aparecer nessa parte.

3.1.1 Capa

A capa é elemento opcional. Se for utilizado, deverá cumprir as exigências da norma da ABNT, inclusive a encadernação com lombada.

Sugere-se a não utilização da capa, iniciando o projeto pela folha de rosto. Para aqueles que desejarem utilizá-la, segue a descrição detalhada dos itens que nela devem constar.

3.1.1.1 Instituição ou entidade

Quando o projeto for apresentado por pesquisador ou docente, visando à obtenção de carga horária ou bolsa, deve constar seu nome e instituição à qual está vinculado, bem como as demais informações expressamente solicitadas.

Em um projeto de trabalho acadêmico, devem ser indicados o curso, a turma, e, quando for o caso, a área de concentração e linha de pesquisa, bem como as demais informações que a IES solicitar.

3.1.1.2 Autor

Tratando-se de projeto de pesquisa apresentado por pesquisador a uma IES ou a um órgão de fomento, deve constar sua titulação, vínculo profissional, regime de trabalho e outros que a instituição ou órgão destinatário exija. Em projeto de trabalho acadêmico (TCC, monografia, dissertação ou tese) deve constar apenas o nome, sem qualquer outra informação.

3.1.1.3 Título e subtítulo

Deve ser indicado o título proposto para o trabalho e, se houver, também o subtítulo. O subtítulo segue o título, sendo que, nessa situação, após o título devem ser colocados dois pontos ou outro indicativo que identifique a separação de ambos.

3.1.1.4 Local da instituição ou entidade

Deve ser indicada a cidade sede da instituição ou entidade à qual o projeto está sendo apresentado. Havendo homônimo ou sendo local de menor identificação, deve ser seguido também do estado. Sendo cidade localizada no exterior, identificar também o país.

3.1.1.5 Ano de depósito ou entrega

Simplemente indicar o ano em que o projeto foi protocolado junto à instituição ou entidade.

3.1.1.6 Lombada

A lombada deve conter o nome do autor impresso, iniciando-se na parte superior em direção à parte inferior, e o título do trabalho. Havendo mais de um volume, deve também ser indicado, através de elementos alfanuméricos, o número de cada volume (v. 1, v. 2).

A impressão do texto da lombada, do alto para o pé da lombada, tem por objetivo possibilitar a leitura das informações, quando o trabalho estiver colocado de forma horizontal, com a face da capa para cima.

A lombada é apresentada na norma como um elemento em separado. É ela, entretanto, elemento que compõe a própria capa. A ABNT possui norma específica sobre a lombada, a NBR 12225.

3.1.2 Folha de rosto

A folha de rosto, diferentemente da capa, é elemento obrigatório, da qual constarão as informações gerais necessárias à identificação do projeto de pesquisa, bem como a quem, por quem, onde e quando está sendo apresentado.

3.1.2.1 Autor

Aplicam-se as mesmas indicações já efetuadas para a capa.

3.1.2.2 Título e subtítulo

Aplicam-se as mesmas indicações já efetuadas para a capa.

3.1.2.3 Tipo de projeto de pesquisa e instituição ou entidade a que vai ser submetido

Na folha de rosto, a indicação da instituição ou entidade, diferentemente do que ocorre na capa, aparece apenas como terceiro elemento, precedida do tipo de projeto.

Dessa forma, sugere-se a adoção de um texto da mesma espécie escolhida para os trabalhos acadêmicos, na forma a seguir:

Projeto de Dissertação submetido ao Curso de Pós-graduação em Direito, Programa de Mestrado, área de Concentração em Relações Internacionais, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Sendo exigidas, pela instituição ou entidade, outras informações além dessas, elas devem constar expressamente da folha de rosto. Exigindo a instituição redação diversa da aqui sugerida, deve essa ser adotada.

3.1.2.4 Local da instituição ou entidade

Aplicam-se as mesmas indicações já efetuadas para a capa.

3.1.2.5 Ano de depósito ou entrega

Aplicam-se as mesmas indicações já efetuadas para a capa.

3.1.2.6 Uma nota especial: o orientador

A exigência da indicação do orientador não aparece na norma da ABNT. Entretanto, quando se tratar de trabalho acadêmico (TCC, monografia, dissertação e tese) sua indicação é indispensável.

Os dados do orientador devem constar dos projetos de trabalhos acadêmicos, em que a orientação é obrigatória, sendo, nesse caso, imprescindível a indicação de sua titulação. É também recomendável a indicação da instituição / entidade à qual está vinculado. Sendo exigidos outros dados, devem ser adequadamente informados.

3.1.3 Listas

As principais espécies de listas são de:

- a) ilustrações;
- b) tabelas;
- c) abreviaturas e siglas;
- d) símbolos.

As listas de ilustrações e de tabelas devem ser elaboradas de acordo com a ordem apresentada no texto, com cada item designado pelo nome específico, seguido do número da página em que se encontra.

As listas de abreviaturas e siglas utilizadas no texto devem ser elaboradas em ordem alfabética, seguidas dos nomes, palavras ou expressões correspondentes.

Já as de símbolos devem ser elaboradas de acordo com a ordem apresentada no texto, seguidos dos devidos significados.

3.1.4 Sumário

O sumário é tratado, de forma específica, na NBR 6027:2003 e diferencia-se das listas (NBR 14724:2005) e do índice (NBR 6034:1989). É, em seu conteúdo, a enumeração das divisões, seções e outras partes do trabalho, na mesma ordem e com a mesma grafia dele constantes.

Relativamente à sua apresentação formal, é necessário seguir as seguintes determinações:

- a) o título sumário deve ser centralizado e digitado com o mesmo tipo de fonte utilizado para as seções primárias;
- b) os itens do sumário devem ser digitados na mesma ordem e grafia e com os mesmos tipos e destaques utilizados no texto;
- c) os elementos pré-textuais não são incluídos no sumário;
- d) os indicativos das seções (sua numeração) que compõem o sumário devem ser alinhados à esquerda (NBR 6024:2003);
- e) os títulos (e subtítulos, quando houver) sucedem os indicativos das seções;
- f) o nome do autor, quando for o caso, sucede os títulos e subtítulos;
- g) a paginação pode ser apresentada pelo número da primeira página ou pelos números das páginas inicial e final, separadas por hífen.

O sumário deve ser inserido como o último dos elementos pré-textuais; quando o projeto de pesquisa tiver mais de um volume, deve ser integralmente incluído em todos eles.

3.2 Elementos textuais

São elementos textuais aqueles que compõem propriamente o corpo do projeto de pesquisa, sendo constituídos pelas seções (de primárias a quinárias) que devem ser devidamente numeradas, na forma indicada na NBR 6024, que é a norma da ABNT que trata dessa matéria.

3.2.1 Tema

Segundo Umberto Eco, em sua obra *Como se faz uma tese*, há quatro regras óbvias para a escolha do tema. Diz ele:

Pode acontecer que o candidato faça a tese sobre um tema imposto pelo professor. Tais coisas devem ser evitadas.

Não estamos nos referindo, evidentemente, aos casos em que o candidato busca o conselho do mestre. Aludimos antes ou àqueles em que a culpa é do professor [querendo se aproveitar da pesquisa do aluno], ou àqueles em que a culpa cabe ao candidato, privado de interesse e disposto a fazer mal qualquer coisa para se ver livre dela o mais depressa possível.

Ocupar-nos-emos daquelas situações em que se presume a existência de um candidato movido por certos interesses e um professor disposto a interpretar suas exigências.

Nestes casos, as regras para a escolha do tema são quatro:

- 1) Que o tema responda aos interesses do candidato (ligado tanto ao tipo de exame quanto às suas leituras, sua atitude política, cultural ou religiosa);
- 2) Que as fontes de consulta sejam acessíveis, isto é, estejam ao alcance material do candidato;
- 3) Que as fontes de consulta sejam manejáveis, ou seja, estejam ao alcance cultural do candidato;
- 4) Que o quadro metodológico da pesquisa esteja ao alcance da experiência do candidato.

Assim expostas, estas quatro regras parecem banais e resumíveis na norma 'quem quer fazer uma tese deve fazer uma tese que esteja à altura de fazer'. E, de fato, é exatamente assim, e sabe-se de teses dramaticamente abortadas justo porque não se soube colocar o problema inicial em termos tão óbvios. (1989, p. 6, grifos do autor).

Na sequência, em nota de rodapé, Umberto Eco, inclui uma quinta regra, também essencial:

Poderemos acrescentar uma quinta regra: *que o professor seja adequado*. Com efeito, há candidatos que, por razões de simpatia ou preguiça, querem fazer com o docente da matéria A uma tese que em verdade é da matéria B. O docente aceita (por simpatia, vaidade ou desatenção) e depois não se vê à altura de seguir a tese. (1989, p. 6, grifo do autor).

A escolha do tema é o essencial no âmbito da pesquisa. Quando se escolhe um tema com o qual se possui afinidade, a pesquisa será prazerosa; a escolha de um tema inadequado ou que não desperte no pesquisador o desejo de busca de informações tornará o processo de desenvolvimento da pesquisa penoso, difícil e pode mesmo levar a que não ocorra sua conclusão.

O tema deve ser delimitado em termos temporal, espacial e de conteúdo, e apresentado de forma clara. É a partir de sua delimitação que será possível indicar o problema a ser estudado e a(s) hipótese(s) a ser(em) testada(s), para confirmação ou refutação.

A escolha do tema pode ser realizada utilizando a técnica de tempestade cerebral (*brainstorm*). Nesse caso, seguem-se os seguintes passos:

- a) levantamento de ideias;
- b) definição dos critérios de seleção entre as ideias;
- c) organização das ideias;
- d) seleção das ideias que parecem mais adequadas; e
- e) transformação da ideia selecionada em um tema devidamente delimitado.

Realizada essa operação, na sequência será necessário identificar o problema a ser proposto, estabelecer (a) hipótese(s) de resposta, definir os objetivos, elaborar um roteiro, levantar e selecionar autores e obras. Feito isso, mãos à obra; é hora de escrever o projeto de pesquisa.

3.2.2 Problema

O problema é uma situação dada, para a qual se buscam explicações ou respostas. No âmbito da pesquisa científica, sempre se trabalha com o objetivo de solucionar problemas, pois essa espécie de pesquisa visa à descoberta ou à produção de conhecimento novo. É também a situação das teses de doutorado.

No âmbito dos trabalhos acadêmicos iniciais (TCCs, monografias, e mesmo a dissertação de mestrado), o objetivo da pesquisa é, regra geral, a sistematização do conhecimento já produzido. Assim sendo, o problema é mais um guia para a sistematização do que propriamente uma situação em busca de respostas mais precisas ou de uma solução científica.

Nos casos em que a pesquisa é de sistematização, deve, da mesma forma, ser apresentado um problema; mas como indicado no parágrafo anterior, não é necessariamente um problema para o qual ainda não haja respostas ou para o qual se busque uma resposta ainda não dada.

Pode-se, de uma forma objetiva, afirmar que, nas pesquisas de sistematização, busca-se a compreensão de um objeto, enquanto na pesquisa científica buscam-se respostas para uma dúvida, ou seja, soluções para um dado problema.

Pode-se falar, ainda, no âmbito acadêmico, em pesquisa informativa, na qual o que se busca é apenas o acesso a informações ainda desconhecidas, o que ocorre normalmente nos trabalhos de disciplinas dos cursos de graduação¹.

Destaque-se, finalmente, que esse elemento do projeto não é composto unicamente por uma pergunta (uma frase concluída com um ponto de interrogação). Deve ser redigido de forma a apresentar, primeiramente, a problemática (a situação na qual se insere e que

¹ Há ainda a pesquisa profissional, mas não é ela de interesse desta seção do presente trabalho.

dá origem à pergunta a ser apresentada) e, na sequência, a questão, que é a pergunta em si. Pode ser também uma opção interessante trazer na descrição do problema a revisão bibliográfica do tema a ser tratado, em especial em situações em que o problema é de cunho exclusivamente teórico.

3.2.3 Hipótese(s)

As hipóteses são as explicações ou respostas iniciais ao problema colocado, que se propõem sejam pesquisadas ou testadas. Regra geral, contêm variáveis, que são os elementos que se relacionam entre si na situação pesquisada e cuja modificação no âmbito dessa relação, dependendo da forma como ocorra, pode gerar diferentes resultados. As hipóteses, nesse sentido, sempre serão diferentes variações dessas relações.

As hipóteses, nos trabalhos de mera sistematização, podem ser dispensadas, tendo em vista que neles o objetivo não é de resolver problemas, mas de descrever o estado da arte. Infelizmente, por um vício de transposição de características da pesquisa científica para situações de iniciação à pesquisa e de elaboração de trabalhos acadêmicos iniciais, a grande maioria dos manuais e dos professores exige a presença desse item, quando da elaboração do projeto. A norma da ABNT que trata da estrutura do projeto deixa claro que esse item não é obrigatório, só devendo ser incluído quando couber.

Quanto à apresentação de hipóteses, exigindo a metodologia a ser adotada a análise de relações entre variáveis, devem ser indicadas também dentro dessa seção.

3.2.4 Objetivos

Os objetivos dizem respeito ao “para que” da pesquisa. Referem-se, nesse sentido, ao futuro. A elaboração dos objetivos é fundamental em qualquer planejamento. É a partir de sua definição que se estabelecem os caminhos a serem seguidos. São como um farol que guia o pesquisador, tendo em vista que estabelecem o que se deseja ao final do desenvolvimento do projeto.

Devem ser divididos em objetivo geral e objetivos específicos e elaborados de forma clara e objetiva. Sua redação deve sempre iniciar por um verbo no infinitivo, indicando adequadamente a ação que se deseja realizar.

3.2.5 Justificativas

As justificativas dizem respeito “ao porquê” da pesquisa. Referem-se, portanto, ao passado e ao presente. Nelas devem ser expostos, de forma clara e concisa, os motivos pelos quais é importante ou necessário que se efetue aquela determinada pesquisa.

É também uma opção interessante incluir nas justificativas a revisão bibliográfica do tema a ser tratado, de forma a demonstrar sua importância e atualidade.

3.2.6 Referencial teórico

Esse item contém a teoria de base e os conceitos operacionais, elementos fundamentais para a compreensão da proposta de pesquisa apresentada.

3.2.6.1 Teoria de base

Denomina-se teoria de base (que é, em sentido estrito, o próprio referencial teórico) o modelo explicativo que será utilizado para interpretar as informações e dados e só é exigível em projeto que contenha um problema. É, portanto, questionável sua exigência, e mesmo sua presença, em projetos cujo objetivo é tão somente a sistematização de conhecimentos já existentes, sem a proposição de sua análise crítica e efetivação de escolhas dentre os conteúdos e dados pesquisados.

3.2.6.2 Conceitos operacionais

Os conceitos operacionais são categorias fundamentais que permitem compreender adequadamente o tema proposto. Sua presença em um projeto é uma opção do autor. Havendo sua indicação, devem necessariamente ser acompanhados do sentido que lhes será atribuído no trabalho. Podem também ser apresentados sob a forma de glossário, ao final do projeto, em sua parte pós-textual.

3.2.7 Metodologia

Na metodologia deve-se descrever como será efetivada a pesquisa. Os passos a serem dados durante a caminhada devem ser listados, um a um, indicando-se os meios.

Nesse sentido, a definição dos caminhos a serem adotados deve incluir, no mínimo:

- a) onde e como serão acessados os conteúdos e dados;
- b) critérios a serem utilizados para a seleção dos conteúdos e dados;
- c) modelo a ser adotado para a sistematização dos conteúdos e dados;
- d) forma, critérios e modelo de análise dos conteúdos e dados; e
- e) definição do modelo a ser adotado para a exposição dos resultados (como serão *contados* os resultados obtidos).

Relativamente à pesquisa bibliográfica e documental, devem-se indicar, sempre que possível, os critérios a serem utilizados na seleção dos textos, bem como a forma a ser utilizada para sistematizá-los e analisá-los.

Havendo pesquisa de campo, é necessário indicar como serão colhidos, tratados e interpretados os dados, bem como apensar ao projeto os instrumentos de pesquisa (questionários, formulários, etc.).

A proposta de estrutura inicial (divisão em seções, sequência dos conteúdos, ordenação das informações), indicando como o tema será trabalhado, compõe o elemento metodologia. Essa proposta de estrutura deve ser elaborada considerando fundamentalmente o problema, a(s) hipótese(s) levantadas e os objetivos colocados para a pesquisa. A presença desse item em projetos de pesquisa, no âmbito da metodologia, é fundamental, já que esses projetos possuem, entre seus objetivos, a construção de um texto ordenado, sob a forma de um artigo, trabalho acadêmico ou relatório de pesquisa.

Destaque-se, finalmente, que não basta indicar, através de rótulos, métodos de abordagem e de procedimento e técnicas de pesquisa. É necessário descrever como vai ser feito; é necessário que quem leia o projeto seja capaz de compreender como a pesquisa será efetivamente desenvolvida e, até mesmo, de desenvolvê-la. A indicação, no elemento metodologia, apenas de expressões indicativas de formas de raciocínio ou de procedimento, nenhuma utilidade possui.

3.2.8 Recursos

É no orçamento que são expostos o custo da efetivação da pesquisa proposta, os recursos necessários para seu adequado desenvolvimento e as fontes de financiamento esperadas ou já existentes.

Deve incluir todas as necessidades materiais do projeto, desde as mais simples, como papel, passando-se pelos livros e periódicos e chegando-se ao material de informática e outros equipamentos, acompanhados dos respectivos valores.

Pode-se utilizar, na sua confecção, um quadro como o que segue abaixo:

ORÇAMENTO	
DESPESA	VALOR
Despesa 1	R\$
Despesa 2	R\$
Despesa 3	R\$
Total	R\$

Não se pode iniciar o desenvolvimento de um projeto de pesquisa sem saber qual será seu custo final, sob pena de se correr o risco de ter de parar no meio do caminho.

3.2.9 Cronograma

O cronograma é o momento do projeto no qual se distribuem as tarefas dentro do tempo disponível para a efetivação da pesquisa.

Pode-se utilizar um modelo do seguinte tipo:

CRONOGRAMA												
Período / Atividade		[ano]										
Detalhamento do plano de pesquisa												
Pesquisa bibliográfica	Leitura e análise											
	Elaboração de resumos e resenhas											
Pesquisa documental	Leitura e análise											
	Formação de bancos de dados											
Pesquisa de campo	Coleta de dados											
	Formação de bancos de dados											
Revisão da documentação e dos dados												
Análise final da documentação e dos dados												
Apresentação dos resultados em eventos científicos												
Conclusão de textos para publicação												
Redação, revisão e correção dos relatórios parciais												
Redação, revisão e correção do relatório final												

Estabelecer metas dentro de prazos determinados é essencial para que se consiga atingir os objetivos definidos dentro do tempo efetivamente disponível, cada vez mais exíguo nos dias atuais.

3.2.10 Uma nota especial: a revisão bibliográfica

É comum que obras sobre metodologia da pesquisa, bem como orientações institucionais contenham, como item obrigatório do projeto, a revisão bibliográfica. Na norma específica da ABNT, entretanto, ela não aparece nem entre os elementos obrigatórios e nem entre os opcionais.

É a revisão bibliográfica o conjunto de informações sobre o estado atual do objeto de pesquisa; o estado atual da arte, utilizando a expressão clássica. Deve indicar, de forma bastante resumida, quais os principais trabalhos produzidos sobre o tema e seus resultados.

Não se constitui em mera indicação das referências, mas sim em pequenos resumos dos trabalhos já existentes sobre o objeto de pesquisa do projeto apresentado, demonstrando que o pesquisador domina os conhecimentos e conteúdos necessários para o seu desenvolvimento. Sua redação pode se dar através de uma sequência de resumos das diversas obras ou de um grande resumo que sistematiza as diversas obras que tratam do tema.

Pode a revisão bibliográfica, dependendo do projeto, aparecer na seção destinada à apresentação do problema (em especial em situações em que o problema é de cunho exclusivamente teórico) ou naquela destinada às justificativas (quando se deseja justificar a necessidade da pesquisa em função dos conteúdos e dados existentes sobre o tema a ser pesquisado).

3.3 Elementos pós-textuais

Elementos pós-textuais são aqueles que são colocados, no projeto, após o seu corpo principal.

3.3.1 Referências

As referências² são compostas pelos documentos e obras impressos, digitalizados, gravados ou virtuais utilizados para a elaboração do projeto.

Nesse sentido, não se confundem com o *levantamento bibliográfico e documental preliminar* (mais amplo e se destina a listar aqueles documentos e obras que serão utilizados durante o desenvolvimento da pesquisa) que, entendendo o pesquisador ser necessário apresentá-lo ou o exigindo a instituição ou entidade, será juntado ao projeto na forma de apêndice.

As referências devem ser apresentadas integralmente, na forma definida pela ABNT na NBR 6023.

3.3.2 Glossário

O glossário, segundo a definição constante da NBR 14724:2005, é a “relação de palavras ou expressões técnicas de uso restrito ou de sentido obscuro, utilizadas no texto, acompanhadas das respectivas definições”.

Sua presença é importante, em especial em trabalhos com muitos termos técnicos. Nos projetos de pesquisa e trabalhos acadêmicos, pode facilitar a localização do sentido dessas expressões por parte do leitor.

² No capítulo específico deste trabalho podem ser encontradas todas as normas e orientações necessárias à elaboração das referências.

Pode ser utilizado para apresentar os conceitos operacionais que, nessa situação, deixariam de ser apresentados no elemento referencial teórico.

3.3.3 Apêndice(s)

Apêndices são textos ou documentos elaborados pelo autor; são identificados por letras maiúsculas consecutivas (APÊNDICE A – TÍTULO), seguidas de travessão e dos respectivos títulos.

Os instrumentos de pesquisas, compreendidos como aqueles utilizados para a coleta de dados, quando houver pesquisa de campo, devem ser juntados ao projeto na forma de apêndices. Isso é necessário para que se possa analisar sua adequação ou não aos objetivos proposto.

Também o *levantamento bibliográfico e documental preliminar*, entendido como a listagem dos documentos e obras que serão utilizados durante o desenvolvimento da pesquisa e que já são de conhecimento do autor, pode ser juntado ao projeto na forma de apêndice.

3.3.4 Anexo(s)

Anexos são textos ou documentos não elaborados pelo autor; são identificados por letras maiúsculas consecutivas (ANEXO A – TÍTULO), seguidas de travessão e dos respectivos títulos.

Devem ser juntados ao trabalho sempre que sua localização seja de difícil acesso.

3.3.5 Índice(s)

O índice é tratado em norma específica da ABNT, a NBR 6034:1989, que o conceitua como a “lista de entradas ordenadas segundo determinado critério, que localiza e remete para as informações contidas num texto”. Não se confunde nem com o sumário e nem com a(s) lista(s). A norma técnica indicada, relativamente às espécies, classifica os índices considerando a forma de ordenação ou o enfoque.

Considerando o critério ordenação, os índices podem ser classificados em:

- a) alfabético; ou
- b) sistemático, quando a ordenação se dá por ordem numérica ou cronológica ou por classes.

Considerando o critério enfoque, os índices podem ser classificados da seguinte forma:

- a) especial, quando organizado por autor, assunto, pessoa e entidade, nome geográfico, abreviatura, símbolo ou sigla, citação, ou anunciante e matéria publicitária; ou

b) geral, quando combinar duas categorias ou mais dentre as indicadas como enfoque especial.

Em especial em trabalhos longos, a utilização de índices facilita grandemente para que o leitor encontre conteúdos e informações aos quais deseja ter acesso, principalmente quando organizado por assunto, em ordem alfabética.

4 Conclusão

O presente texto apresentou os elementos que compõem um projeto de pesquisa, bem como seu detalhamento, análise e sugestões nas situações em que a norma da ABNT é lacunosa.

Mas é importante lembrar que, por mais adequado que seja o tema a ser tratado, por mais perfeito que seja o planejamento, sem paciência, curiosidade e muita persistência, a pesquisa está condenada ao fracasso. A razão nos permite fazer escolhas, organizar ideias, elaborar belas propostas; mas apenas as emoções, a paixão, efetivamente, conseguem nos movimentar. Não podemos esquecer que não somos máquinas e sim seres humanos.

Referências

ABNT. NBR 6022: informação e documentação – artigo e publicação periódica científica impressa – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. NBR 6027: informação e documentação – sumário – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. NBR 6034: preparação de índice de publicações. Rio de Janeiro, 1989.

_____. NBR 12225: títulos de lombada. Rio de Janeiro, 1992.

_____. NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 15287: informação e documentação – projeto de pesquisa – apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1983.

Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e Argentina

IONETE DE MAGALHÃES SOUZA

Faculdade de Direito Santo Agostinho – FADISA

Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES

Resumo: O Direito Privado está em constante mudança, numa valorização ímpar da pessoa. E, de uma forma bem delimitada, é tratada neste estudo a responsabilidade civil e a paternidade responsável, com possível reparação de dano afetivo, por envolver um dos maiores bens do ser humano, que é a sua saúde psicológica. Como marco teórico são utilizadas as obras: “*Resarcimiento de daños – cuánto por daño moral (la indemnización en desequilibrios existenciales)*”, de Matilde Zavala de Gonzáles; “Responsabilidade Civil” e “Direito de família”, de Carlos Roberto Gonçalves; e “Manual de direito das famílias”, de Maria Berenice Dias. A metodologia é a dedutiva e a divisão do trabalho em três partes. Na primeira: uma noção de responsabilidade civil, direito de família, paternidade e filiação. Na segunda: a posse de estado de filho, os tipos de paternidade e a afetividade. Na terceira: o abandono afetivo e a responsabilidade civil, no Brasil e na Argentina. No final, uma referência estudada.

Palavras-chave: Abandono, Paternidade responsável, Afeto, Responsabilidade, Dano.

Abstract: Private Law is in constant change, in a unique valuation of the person. And, in a well defined way, the civil responsibility and responsible paternity are treated in this study, with possible reparation of affective damage, for involving one of the greatest blessings of the human being, which is his or her psychological health. The following works are used as a theoretical mark: “*Resarcimiento de daños – cuánto por daño moral (la indemnización en desequilibrios existenciales)*”, by Matilde Zavala de Gonzáles; “Responsabilidade Civil” and “Direito de família”, by Carlos Roberto Gonçalves; and “Manual de direito das famílias”, by Maria Berenice Dias. The methodology is deductive and the work is divided in three parts. In the first part: a notion of civil responsibility, family right, paternity and son/daughter state. In the second part: the acquisition of the state of son/daughter, the types of paternity and the affectivity. In the third part: the affective abandonment and the civil responsibility, in Brazil and Argentina. At the end, a studied reference.

Keywords: Abandonment, Responsible paternity, Affection, Responsibility, Damage.

1 Introdução

A responsabilidade civil pode ser apresentada como uma importante forma de defesa do patrimônio material e dos valores morais (ou de outra categoria existencial similar) de cada componente de uma sociedade. O Direito Privado está em constante mudança, numa valorização ímpar da pessoa. E, de uma maneira especial e bem delimitada, será tratada neste estudo a reparação de dano afetivo, por envolver um dos maiores bens do ser humano, que é a sua saúde psicológica.

A questão interdisciplinar é imprescindível, com obrigatoriedade de conhecimento quanto, por exemplo, à psicanálise. É tarefa árdua quando se trabalha o prejuízo imaterial, qual seja, o dano moral; também chamado extrapatrimonial, que atingiu um direito de personalidade. Este pode ser visto como o centro do próprio “ser”; é a maneira de ser da pessoa.

Como marco teórico serão utilizadas as obras: *Resarcimiento de daños – cuánto por daño moral (la indemnización en desequilibrios existenciales)*, de Matilde Zavala de Gonzáles (Doutrinadora); *Responsabilidade Civil e Direito de família*, de Carlos Roberto Gonçalves (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo; Mestre em Direito, Professor Universitário e Doutrinador); e *Manual de direito das famílias*, de Maria Berenice Dias (Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – aposentada; Mestre em Direito; Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e Doutrinadora).

A metodologia será a dedutiva e a divisão do presente trabalho será em três partes. Na primeira se dará uma noção de responsabilidade civil, direito de família, paternidade e filiação. Na segunda será analisada a posse de estado de filho, os tipos de paternidade e a afetividade. E, na terceira, reflexões sobre o abandono afetivo e a responsabilidade civil no Brasil e na Argentina. No final, a apresentação de uma referência do material estudado.

2 Responsabilidade Civil e Direito de Família

2.1 Noções gerais da Responsabilidade Civil

A expressão “responsabilidade” indica “possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão.” (ABBAGNANO, 1998, p. 855).

Para De Plácido e Silva, “responsabilidade civil designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem.”(2006, p. 1.222).

A responsabilidade civil no Brasil é tratada nos artigos 927 a 954 do Código Civil Brasileiro (CC/2002), analisando-se a obrigação de indenizar (a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade) e a indenização propriamente dita.

Doutrinariamente, os autores não chegam a consenso sobre uma definição de responsabilidade civil, e tentam as mais das vezes tão-somente justificar o ato, de onde surge o causador de um mal que deverá reparar a lesão sofrida por outrem, na tentativa de restabelecer o equilíbrio jurídico lesado.

A responsabilidade civil apoia-se em três pressupostos: a existência de um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade, cuja essência é a efetividade da reparação danosa ao sujeito passivo. E, ainda, é normalmente dividida em duas acepções: -contratual: derivada de descumprimento de avença; -extracontratual: derivada do dever genérico de não lesar ninguém.

A responsabilidade civil contratual, conforme preceitua Maria Helena Diniz:

fundase na culpa, entendida em sentido amplo, de modo que a inexecução culposa da obrigação se verifica quer pelo seu descumprimento intencional, havendo vontade consciente do devedor de não cumprir a prestação devida, com o intuito de prejudicar o credor (dolo), quer pelo inadimplemento do dever jurídico, sem a consciência da violação, sem a intenção deliberada de causar dano ao direito alheio, havendo apenas um procedimento negligente, imprudente ou omissivo (culpa), prejudicial ao credor. (DINIZ, 2007, p. 236).

O que sobressai na responsabilidade contratual é quanto ao ônus da prova, no qual o credor só se obriga em demonstrar que a prestação foi descumprida, ficando o devedor na incumbência de provar a ocorrência ou não das excludentes legais.

Na responsabilidade extracontratual, já denominada delitual ou aquiliana, ou seja, que não deriva de um contrato, o *onus probandi* já é do autor da ação - da vítima.

A questão terminológica que envolve e subdivide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual tende a se dissolver, vez que essa última, dentre outros motivos, não é vista atualmente com a inferioridade de outrora.

É o possível ressarcimento de dano moral, justificado neste trabalho por desequilíbrios existenciais, conforme atesta Matilde Zavala de González:

En realidad y a nuestro juicio, si se entiende el perjuicio moral de modo lato (como cualquier afeción perturbadora de la existencia), los llamados ‘daños a las personas’ constituirían por el contrario una especie suya, referida a menoscabos que apuntan a intereses intrínsecos al hombre, como su vida, salud, intimidad, honor, etcétera [...] se trataría de lo que, con mayor rigor, en nuestro sistema procede calificar con daños morales directos, a diferencia de los indirectos, que surgen por lesiones a bienes o servicios materiales en los cuales reposa un interés espiritual del afectado. (GONZÁLEZ, 2005, p.39-40)

A responsabilidade civil subjetiva está preceituada no artigo 186 do CC/2002 que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E, ainda, no artigo 927, *caput*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Portanto, baseiam-se na culpa por ato ou omissão ilícitos que violem direitos alheios, devendo haver a relação de causalidade com o dano sofrido e a antijuricidade da conduta do agente. A prova é, por vezes, impossível, seja pela desigualdade econômica entre as partes ou outros fatores atinentes aos meios de prova ou ao andamento regular do processo, existindo uma vítima efetivamente lesada e persistindo a total impossibilidade de indenização.

Assim, os pressupostos para a responsabilidade civil são: ação ou omissão do agente, culpa ou dolo, nexa causal e dano.

O previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio de comportamento, um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social. (GONÇALVES, 2007, p.17).

No CC/2002, os direitos da personalidade protegem a vida e a integridade físico-psíquica, a honra, o nome, a imagem, a intimidade. É a dignidade da pessoa firmada no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/1988).

1.2 Dano moral no Direito de Família: filiação e paternidade

A personalidade é construída de experiências de vida, na formação da identidade.

O artigo 229 da CF/1988 assegura os deveres dos pais pelos filhos menores quanto à criação e educação; o que é corroborado no artigo 12, *caput*, do CC/2002, que afirma que pode se “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” É o polêmico debate sobre a lesão à honra e à integridade físico-psíquica.

A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde a sua concepção, que remonta à Índia lendária e à fabulosa Babilônia (Códigos de Manu e Hammurabi), passando pelo Direito Romano e frutificando e desenvolvendo na França. Paulatinamente a teoria foi-se desenvolvendo e sedimentando, evoluindo através de um trabalho de criação de poucos doutrinadores, com a resistência insistente de tantos outros. (STOCO, 2004, p. 1.662).

O ser humano tem necessidade “do outro”, especialmente na infância, que é o período de formação da personalidade. E, nesse contexto, sobressai o pai e o seu papel socioafetivo,

como afirmam a psicologia e a psicanálise. O afeto e o amor são ingredientes essenciais para se viver e se humanizar mais a cada dia. É natural o desejo de se pertencer a uma família e ser amado por ela.

A paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar.

Pode-se afirmar que as maiores conquistas quanto à área do Direito de Família, no Brasil, se deram com a promulgação da CF/1988, quando consagrou a igualdade de “filiação”. Os adjetivos que, até então, eram acrescidos ao substantivo “filho”, quais sejam: adúltero, bastardo, incestuoso, legítimo, ilegítimo, adotivo, dentre outros, tornaram-se inconstitucionais, em conformidade com o art. 227, § 6º. Todos os filhos são “filhos”.

A terminologia “genitor”, anteriormente tratada como sinônimo de “pai”, não mais se integra na melhor doutrina familista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer, necessariamente, que é (ou será) um pai.

Em breves palavras, a fecundação artificial homóloga é proveniente de sêmen do marido ou companheiro e, na inseminação artificial heteróloga o sêmen é de um estranho. Já na fertilização *in vitro* ocorre a fecundação de embrião excedentário (por fecundação artificial homóloga), fora do corpo, não sendo imediatamente introduzido na mulher e sujeito a técnicas especiais (artigo 1.597, incisos III, IV e V do CC/2002).

Assim, o significado de ser “pai” é indicado através de estudos sociais e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material.

O dano moral torna-se, a cada dia, mais visível e até fundamentado, legal e socialmente, no Direito de Família.

3 Paternidade e posse de estado de filho

3.1 Aspectos legais da posse de estado de filho

A parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores (GONÇALVES, 2005, p. 291) os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio*.

A *tractatio* (ou *tractatus*) consiste no filho ser tratado pelo pai como “filho”, zelando pela sua criação, educação e proteção. A *nominatio* (ou *nomen*) resulta do registro do nome (ou sobrenome) do perfilhador na certidão civil do filho. A *reputatio* é a fama do perfilhado diante da sociedade, sendo apresentado como filho pelo perfilhador. É a

exteriorização pública do conhecimento, da consideração do indivíduo como filho de determinada pessoa.

Numa análise social, constata-se a grandeza da posse do estado de filho nas relações familiares; além de ser fundamento fático-psicológico entre pais e filhos, num rol de características que levam à presunção do reconhecimento da filiação pela família integrante. É o tratamento mútuo de respeito e amor, estruturando pessoas como seres sociais, sujeitos de relações jurídicas.

Há que se valorizar, ainda, os aspectos sociais e psicológicos, cabendo ao profissional do direito, salutarmente o Advogado, melhor orientar quem busca seus direitos. O Direito de Família abrange a área mais especial e sensível do ser humano, merecendo especialistas no trato de suas demandas e (até) devaneios, sejam Juízes, Advogados, Promotores, Psicólogos, Assistentes Sociais, dentre outros profissionais que se fizerem necessários, numa multidisciplinaridade de tarefas especiais.

A proteção especial ao filho pode ser ilustrada não só pela já citada diretriz constitucional, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 (ECA), especialmente em seus artigos 19 a 52, que trata do direito à convivência familiar; pela Lei 8.560/92, que apresenta um procedimento mais simplificado para a investigação de paternidade; e pelos artigos 1.596 a 1.617 do CC/2002, que tratam da filiação e do reconhecimento de filhos.

Não é sem razão que os filhos tenham alcançado o cume da diferenciação do direito a seu favor. Quem antes era “sem fala”, hoje é retirado da margem do direito, obtendo proteção preferencial do Estado.

As relações familiares são ricas em pessoalidade e divergências de conduta. A mencionada “pessoalidade” refere-se à individualidade, ao caráter, à sociabilidade e tudo mais o que indica quão diferentes são os seres humanos em sua composição integral. Daí, por conseguinte, as divergências de conduta ética, moral, religiosa, educacional e de convivência social.

Levando-se em consideração essas diferenças e focando a paternidade, identificam-se, pelo menos, três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva). Essas podem estar embutidas numa só. E é o que sempre se espera; estando tal expectativa no campo do “ideal”. Entretanto, não raras vezes, as “paternidades” são dissociadas.

A paternidade biológica está relacionada com a consanguinidade, sendo, em caso de dúvida, provada cientificamente pela engenharia genética através, mais precisamente, do exame desoxirribonucleico (DNA), obtendo a verdade técnica. É o início da vida pela união de gametas sexuais (um masculino e um feminino), que ensejará um novo e único código genético.

A paternidade jurídica ou registral é provada por documento público hábil, qual seja, a certidão oficial de registro de nascimento, obtendo a verdade legal: presunção de veracidade

e publicidade. Assim, essa paternidade é a principal geradora de direitos e deveres imediatos.

A paternidade afetiva ou socioafetiva vive o amor e o respeito entre entes queridos e ligados por uma verdade da relação paterno-filial. Podem ser identificados, pelo menos, quatro tipos de paternidade socioafetiva: por adoção regular e legal; por adoção “à brasileira”, qual seja, quando não obedece aos trâmites legais; por criação “de filho” sem registro civil (chamado de “filho de criação”); e por reprodução humana assistida.

Como já fora dito, é possível e desejável uma única paternidade, a denominada “paternidade responsável”, desde que se envolva de todos os requisitos indicados anteriormente, o que, por si só, alcança o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.2 Afetividade paterno-filial: presunção de paternidade e paternidade socioafetiva

O pai é figura essencial na vida de toda e qualquer pessoa. Não é bom que se crie sem a referência paterna (para quem possa conhecer o seu pai). Daí a CF/1988 garantir, em seu artigo 5º, LXXIV, como um princípio da dignidade humana, a busca do conhecimento da própria paternidade, com todo o direito aos avançados métodos tecnológicos, inclusive aos hipossuficientes, de forma gratuita. E no artigo 227, estabelece como deveres e objetivos do Estado, junto com a sociedade e a família, o de:

assegurar à **criança e ao adolescente, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade, ao respeito**, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de **toda forma de negligência**, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifos da autora da pesquisa).

Mas, se já se tem “um pai”, declarado legalmente e presente no afeto e no constante aprendizado das relações humanas e familiares, não há que se falar em “ausência de pai”. Essa deveria ser a vivência e o orgulho de todo pai: genético, jurídico e afetivo!

Mas, a realidade pode mostrar que existe pai genético que abandona e humilha seu filho de várias maneiras, deixando, nesse momento, de ser “pai”. E que existe pai não-genético que cuida e orienta filho de outrem, tornando-se, nesse momento, “o pai”. Razão há, portanto, que os laços afetivos prevaleçam em detrimento de todo e qualquer outro interesse, seja genético ou patrimonial.

Em certos casos, a idade da criança é fator de grande relevo a ser analisado, mostrando o lapso de convívio e a formação da família, como seu imprescindível integrante. Ainda que se conclua pela impossibilidade de um homem ser o pai biológico, deve-se estar atento à situação fática e o princípio do bem-estar da criança e do adolescente, consagrado no ECA. Se os laços afetivos são fortes e sólidos, não podem ser destruídos pela avançada ciência ou legalidade exacerbada.

A oferta mútua de amor, afeto e carinho numa relação paterno-filial não se desfaz com a simples negatória verbal ou jurídica.

Os sentimentos e relações maiores não podem ficar condicionados a frios resultados da perícia genética. A prova técnica é parte integrante do processo e não parte essencial e sacralizada nos possíveis autos *sub judice*.

A temática é polêmica e não se pretende convencer de que existe uma solução ideal para todos os casos que envolvam a “melhor paternidade”. A máxima de que “cada caso é um caso” é o que parece valer.

As angústias e as dores humanas são integrantes dos desafios de crescimento e amadurecimento das relações interpessoais. Talvez o que, em princípio, se apresente como o mais doloroso dos sentimentos, pode servir de direção e melhor conduta para um ou mais envolvidos na difícil tarefa de bem-viver.

A satisfação e a troca recíproca de sentimentos (e atos) maiores engrandecem o ser humano dotado de crença e esperança de que o amor pode vencer.

Mas, o que se está a tratar neste estudo é a dor da ausência, do não cuidado de uma pessoa que ocuparia um papel único dentro de um contexto familiar, e que não desenvolveu o seu mister, por não ter querido. É a busca de uma compensação moral em detrimento do que não se pode mensurar com exatidão.

As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que os magistrados, agentes do Ministério Público, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações. (DIAS, 2009, p.81).

A convivência e o afeto como princípios constitucionais da família, consagrados pela doutrina e jurisprudência, garantem a efetividade, numa análise mais ampla, dos próprios direitos humanos, que têm como fundamento basilar a dignidade de cada pessoa. Essa dignidade humana que é tratada na CF/1988 como o princípio macro e universal, do qual derivam os demais princípios. Daí ser tão polêmico tratar da responsabilidade afetiva e o abandono de quem se gerou.

4 Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável no Brasil e na Argentina

4.1 Abandono afetivo de filho e responsabilidade civil

Existem mães que abandonam seus filhos...

Existem mães que não contam para os genitores dos seus filhos que estão grávidas e, portanto, se quiserem, podem desempenhar o dever de serem pais...

Existem mães que não contam para seus filhos quem são seus pais...

Mas, existem muito mais mães abandonadas e filhos esquecidos! E é desses filhos e de seus possíveis transtornos psicológicos – que resultam, ainda, em outras numerosas consequências - que trata este estudo. Não somente do filho que foi criado sem a figura

paterna, mas que efetivamente sofreu e sofre graves sequelas em função do abandono. É o genitor fugindo da realidade...Ou da sua responsabilidade!?

O dano moral é a ferida aberta no lado íntimo da personalidade. A responsabilidade moral é aquela que ofende a consciência individual, focada na personalidade humana.

A gravidade do dano moral, por sua violação de valores subjetivos (para terceiros) e objetivos (pessoalmente), extrapola a esfera afetiva e espiritual, causando traumas psíquicos.

A expressão “dano moral” também é questionada por alguns doutrinadores da atualidade, que dizem ser mais apropriado o uso da terminologia “dano extrapatrimonial”, pela maior abrangência de significado, recaindo sobre todo dano sem reflexos no patrimônio do lesado.

Entretanto, não obstante as divergências terminológicas, o fim é o mesmo. O que se busca com a reparação do dano extrapatrimonial é uma compensação pela perturbação da alma. Não é um pagamento, mas sim um meio de tentar amenizar um mal causado, proporcionando não a felicidade, mas mecanismos materiais para tentar buscá-la.

A criança abandonada por seu genitor, por mais amada e amparada pela mãe e demais familiares presentes em sua vida cotidiana, pode apresentar deficiências de comportamento social e mental que a marcarão para sempre. O vazio injustificado num contexto de senso comum - no qual as pessoas em caráter mediano não entendem tal forma omissiva de agir daquele que gerou - preenche negativamente todo o universo afetivo de quem foi abandonado. A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, é capaz de desmoronar o ser em formação e a lógica (tão ilógica) que permeia suas indagações mais íntimas. É o querer saber por que “todos” têm pai presente, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas, que o seu caso é “abandono premeditado”, por não ser digno, por exemplo, de ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. Isso, não se contando o abandono material e suas carências para a vida do filho, o que geralmente é o que acontece.

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar**, valores protegidos constitucionalmente. (DIAS, 2009, p. 416).

Os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser palpável, mas é real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: Psicólogos, Assistentes Sociais, dentre outros; prova documental, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do Juiz competente.

O magistrado, quando de sua decisão judicial, deve primar pela moderação, bom-senso e

equidade, na qual a gravidade da lesão suportada pela vítima, em seu possível grau de culpa, não pode ensejar um abuso de direito e sim prudente arbitragem.

Os juízos de fato e de valor, tão claros na explanação de Marilena Chaui, também devem ser aplicados pelo magistrado, quando da quantificação da indenização por dano moral, pela melhor justiça e pelo princípio da economia processual, constando o valor no próprio acórdão, viabilizando a imediata execução. (CHAUI, 1999).

O julgamento de um litígio que requer indenização moral é, tudo indica, tormentoso para o juiz, pela dificuldade do equilíbrio, no qual a mensuração monetária para o sentimento, seja econômica ou patrimonial, é de notória imprecisão, e deve, ainda, estar associada às condições do lesado e às possibilidades do lesante.

E, finalmente, leva-se em consideração o caráter punitivo ao causador do dano, que tem por finalidade a inibição de ver repetida uma situação semelhante.

As decisões têm que primar pela efetividade, devendo constar em seu corpo o valor a ser repassado à vítima (o que ainda não é comum), independentemente de novas intervenções judiciais. Chega-se à dificuldade de precisão de termos legais e sentimentais e sua aplicabilidade à vida e aos fatos reais. Questiona-se o que vem a ser uma “correta mensuração”, justiça, equilíbrio e proporção.

Como dizer se há justiça da Justiça, se não se pode precisar sequer critérios definitivos e devidamente provados para a sua aplicação?

Na Filosofia de Valores, de Hessen, já foi dito: “Só conhecemos os homens quando conhecemos os critérios de valoração a que eles obedecem; é destes que dependem, em última análise, o seu caráter e o seu comportamento em face das situações da vida.” (HESSEN, 1980, p.24).

O valor pecuniário, assim, não é de fácil resolução, pois vários fatores e princípios são colocados à prova. E o que se constata é que a reparação específica por dano moral é mais bem satisfeita pela determinação de quantia única a ser paga, pelo seu caráter compensatório da dor. Não é técnica e efetivamente viável a forma de pensão alimentícia mensal (vitalícia ou não), por aí caracterizar-se a “punição” não pela dor do outro, mas pelos lucros cessantes que por ventura a vítima alferiria.

A justiça deve ser sempre diligente, visando não só uma economia processual, mas, especialmente, o propósito de valorizar as pessoas e suas angústias íntimas. A busca pela justiça, incansavelmente, em qualquer lugar ou situação, exprime um anseio natural de felicidade subjetiva, enraizada na própria pessoa.

3.2 Análise comparativa do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina: tendência jurisdicional

A tese da reparação indenizatória por abandono paterno-filial, na doutrina brasileira, não é pacífica e divide muitas opiniões de especialistas no Direito de Família. Não é diferente

nas decisões judiciais nos tribunais brasileiros, nos quais os casos relativos ao abandono afetivo de filhos não são uniformes.

Do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, segue a decisão abaixo, desfavorável à indenização:

3776 – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ABANDONO AFETIVO REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA – A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. (TJMG – AC 1.0145.05.219641-0/001(1) – 12ª C.Cív. – Rel. Des. Domingos Coelho – DJMG 15.12.200612.15.2006) - (Ementário de jurisprudência, 2007, p.122).

A *Constitución de la Nación Argentina* (CNA), datada de 22 de agosto de 1994, não contém dispositivo específico similar ao do Brasil quanto à proteção da dignidade humana, não obstante saber que essa proteção é perseguida, quando menciona a promoção do bem-estar geral e de assegurar os benefícios da liberdade para todas as pessoas. Da mesma forma, as demais codificações legais do referido país também não explicitam a responsabilidade civil quanto à integridade físico-psíquica do cidadão abandonado por seus genitores. Mas, tratam, satisfatoriamente, seja na doutrina ou na jurisprudência, do dano moral e os desequilíbrios existenciais que excedem a emoção do ser humano. Por conseguinte, podem merecer ressarcimento indenizatório.

Do Tribunal de Justiça da Argentina:

La reparación del daño moral no se limita al 'dolor' y al 'sufrimiento', sino que debe abarcar el conjunto de repercusiones extrapatrimoniales desfavorables. [CNCív., Sala H, 29/10/99, ED, 190-385]. [...] Todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral [Cám.1ª Cív. Y Com. La Plata, Sala III, 24/6/97, ED, 174-220]. (GONZÁLEZ, 2005, p.33)

Não importa, se no Brasil ou na Argentina, o que deve sobressair é a busca de um direito, que tem como meta a verificação da existência de ato ilícito na conduta do genitor que abandona afetivamente seu filho, perdendo a oportunidade de ser pai; ou do filho, de usufruir e cumprir a sua função de filho. É saber se o afeto pode ser imposto numa relação parental, como um dever jurídico. E, por fim, se a solução e/ou punição para o agente causador do dano é tão-somente a perda do poder familiar... Ou, numa análise ainda mais pessimista, se isso já não seria mais um prêmio ao genitor faltante!? Daí acreditar numa compensação indenizatória ao filho, por ato omissivo-abusivo de quem gerou e não assume a paternidade de modo responsável.

E, nesse sentido, no Brasil, existe uma crescente conquista pelos que buscam uma compensação material de dores sofridas pela ausência de um afeto, indicado como essencial e, portanto, natural e necessário.

Se há prova inequívoca de dano imaterial ao filho abandonado, há que se discutir uma possível indenização, diante de visível dano à personalidade. É a rejeição que salienta a dor e quer ter uma explicação plausível e convincente; o que, na maioria das vezes, não ocorre.

Profunda foi a reviravolta que produziu, não só na justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da jurisprudência, que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. A decisão da justiça de Minas Gerais foi reformada pelo STJ, mas aguarda a decisão do STF. De qualquer forma, vem sendo amplamente referendada por outros julgados. (DIAS, 2009, p. 417).

De maneira favorável e a título ilustrativo, seguem duas decisões de Tribunais de Justiça do Brasil, de estados diferentes, especificamente, sobre o ressarcimento por abandono afetivo de genitor.

Do então Tribunal de Alçada (hoje Tribunal de Justiça) de Minas Gerais, uma decisão favorável:

3930 – Dano moral – relação paterno-filial – abandono – princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade – indenização devida. “Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” (TAMG – AC 408.550-5 – 7ª C.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – DJMG 29.04.2004/04.29.2004) - (Ementário de jurisprudência, 2008, p.32).

Do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, segue mais uma decisão favorável:

3935 – Responsabilidade civil – abandono moral – indenização devida “Apelação cível. Indenização. Danos materiais e morais. Abandono do filho. Falta de amparo afetivo e material por parte do pai. Honorários advocatícios. Redimensionamento. A responsabilidade civil, no direito de família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. Recurso do autor parcialmente provido. Apelação do requerido improvida.” (TJRS – AC 70021427695 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda – J. 29.11.2007/11.29.2007) - (Ementário de jurisprudência, 2008, p.33).

Os contrários à responsabilização civil, nos casos que envolvem questões existenciais e o cuidado com a filiação, fundamentam sua tese na impossibilidade de forçar o querer e o gostar de alguém. Mas, há sempre que se levar em conta, no mínimo, a responsabilidade pelas consequências de seus atos, sejam de caráter patrimonial ou extrapatrimonial. O que não pode ser esquivada é a tutela proporcional à vulnerabilidade do ser em formação e da falta do devido afeto explícito e cultivado.

É a análise conjunta dos fatos e das provas, desde o pagamento da pensão alimentícia ao filho, pelo pai, como uma forma de atenção, deixando-o em condições de se tornar um homem digno, até o apoio moral, quando somente o pai, aos olhos do filho, poderá servir. Não se está a tratar, como já fora dito, de um mero transtorno sentimental, mas daquilo que é estranho a “todos”, unindo-os num sentimento de decepção e sofrimento.

No Brasil, inclusive, foi apresentado o Projeto de Lei nº 700 de 2007, no qual se quer modificar a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Como justificativa é dito que a “Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos.”¹

A subjetividade unida à interdisciplinariedade do tema é de crescente importância, com fundamental respeito ao ser humano, seus valores mais caros, sem afrontar o Poder Judiciário, não o utilizando como instrumento de uma “indústria do dano moral”. A compensação é nobre, o excesso é que deve ser combatido, pelos limites da doutrina e da jurisprudência.

Considerações finais

A tentativa de direito e a formalização de uma paternidade responsável merecem profundas reflexões, se se tratar, especialmente, de uma relação calcada pelas características e valores afetivos indicados nesta pesquisa. É o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sob a sublime relação entre pai e filho: a afetividade e suas complexas nuances.

A análise é sobre a responsabilidade civil e o abandono afetivo de filho. Mas, podem-se cogitar, ainda e inclusive, as possíveis consequências punitivas à indução de erro e a possibilidade compensatória de ressarcimento ao genitor, quando a mãe omitiu deste o conhecimento de uma paternidade. Entretanto, esse não foi o objetivo central, até porque o índice é baixo nesse sentido. Por certo que é matéria para outras pesquisas.

Os embates jurídicos sobre tema tão polêmico continuarão, para o bem da sociedade, não só no Brasil e na Argentina. Os conflitos de posicionamento requerem estudo, responsabilidade e respeito com a vida alheia. A noção do que seja justo, proporcional ou adequado ao sofrimento físico ou psicológico não pode ser precisa, pela discrepância de valores de quem é autor, vítima ou detentor do poder de dizer o que é justiça.

O dano afetivo existe, porque o abandono de filhos é real. Mas, a dor é singular. Portanto, nem todos sentem dor por não ter pai declarado, ou se declarado, ausente efetivamente do seu natural e importante papel perante o filho. A diversidade do próprio ser humano faz com que a complexidade dos casos seja tratada de forma única. Daí os julgados favoráveis e os contrários. O abuso no trato indenizatório pode existir. Entretanto, não há de ser capaz de calar quem precisa de um consolo compensatório, como forma de bradar para o mundo a sua indignação e o intenso sofrimento pelo que lhe foi retirado abruptamente, de cujas sequelas deprimidas já sabe que não se livrará.

Cabe, portanto, a cada qual primar pela sua responsabilidade: Advogados, Psicólogos, Assistentes Sociais, Psiquiatras, Defensores Públicos, Promotores e Juízes, se

¹ Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2009.

especializando continuamente no campo técnico, social e filosófico-cultural, para que o seu leque de problematização seja composto de um número cada vez maior de vertentes, na busca de uma aproximação do meio termo e, conseqüentemente, realizando-se justiça.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no direito de família. In: *Dano moral e sua quantificação*. (Coordenação: Sérgio Augustin). 4. ed. revisada e ampliada. Caxias do Sul (RS): Plenum, 2007, p.301-313.

ARGENTINA. *Constitución de la nación Argentina*. Buenos Aires – Argentina: La Grulla, 1999. (*Reimpresión*: abril de 2000).

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. In: *Revista brasileira de direito de família*. n. 14, p. 5-10, jul./ago./set. 2002.

BRASIL. *Código Civil, Constituição Federal e legislação complementar*. (Mini/obra). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. In: *Revista brasileira de direito de família*. v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. In: *Revista IOB de direito de família*. n. 50, p. 87-99, out./nov. 2008.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. In: *Revista IOB de direito de família*. n. 46, p.14-21, fev./mar. 2008.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CIRILLO, Luiz Fernando. Sentença: ofensa à dignidade da pessoa humana. In: *Revista brasileira de direito de família*. v.6, n. 25, p. 151-160, ago./set. 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra-Portugal: Almedina, 1997. (Coleção Teses).

COSTA, Walkyria C. N. Abandono afetivo parental – a traição do dever de apoio moral. In: *Revista jurídica Consulex*. Ano XII, n. 276, p. 48-50, 15 jul. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? In: *Revista brasileira de direito de família*. n. 15, p. 5-14, out./nov./dez. 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito de família*. 22. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 21. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

Ementário de jurisprudência. In: *Revista IOB de direito de família*. n. 43, p.122, ago./set./2007.

Ementário de jurisprudência. In: *Revista IOB de direito de família*. n. 45, p. 32-33, dez./jan. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro. Forense: 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONZÁLES, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de daños – cuánto por daño moral (la indemnización en desequilibrios existenciales)*. Tomo 5a. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

HESSEN, Johanes. *Filosofia dos valores*. Tradução e Prefácio de L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. (Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 149-174.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Revista brasileira de direito de família*, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003.

MAGGIONI, Mario Romano. Sentença: danos psicológicos por abandono. In: *Revista brasileira de direito de família*, v. 6, n. 25, p. 148-150, ago./set. 2004.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono afetivo – fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista IOB de direito de família*, n. 46, p. 7-13, fev./mar. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo e valorização do elo perdido ou não consentido. In: *Revista brasileira de direito de família*. v. 8, n. 35, p. 53-77, abr./maio 2006.

SEREJO, Lourival. *Princípios constitucionais de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. In: *Revista brasileira de direito de família*, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. (Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. In: *Revista IOB de direito de família*, v. 9, n. 46. São Paulo: Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., p. 90-97, fev./mar. 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Gisele Câmara. O dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. (Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magíster, 2007, p. 99-125.

UBIRÍA, Fernando Alfredo. *Contornos actuales del derecho de daños. Analisis de jurisprudencia*. (Material de estudio – apostilla - UMSA), janeiro/2009.

Sites:

<www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 7 mar. 2009.

<www.ibge.org.br>. Acesso em: 8 mar. 2009.

<www.stj.gov.br>. Acesso em: 4 abr. 2009.

Proposta de Classificação Jurídica da União Homoafetiva e seu Reconhecimento como Entidade Familiar

RODRIGO CAVALHEIRO RODRIGUES
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Resumo: Há tempos que a homossexualidade não é considerada doença. Atualmente, as uniões homoafetivas constituem fatos sociais que, no entanto, não contam com legislação própria que lhes atribua efeitos jurídicos específicos. Essa realidade, porém, não impede a equiparação deste fato às uniões estáveis entre homem e mulher.

Palavras-chave: Homossexualidade, Uniões homoafetivas, Homoafetividade, Uniões estáveis, Homossexuais, Sexualidade.

Abstract: It has times that the homosexuality is not considered illness. Currently, the affective unions between people of the same sex constitute social facts that do not count on proper legislation that attribute to them specific legal effect. This reality, however, does not hinder the equalization of this fact to the steady unions between man and woman.

Keywords: Homosexuality, Homoaffective unions, Homoaffectivity, Stable unions, Homosexuals, Sexuality.

1 Introdução

No âmbito do Direito Civil, o Direito de Família é o ramo que mais suscita questionamentos, pois o conceito de entidade familiar passa por uma transição paradigmática. O conceito de “família legítima” oriunda do casamento, e que historicamente serviu como forma de proteção do patrimônio, dá lugar à ideia de pluralidade de entidades familiares, em que a afetividade ocupa papel de destaque. Dentre os novos arranjos, discute-se no presente texto a união homoafetiva numa perspectiva de inclusão e de curiosidade científica, posto que se apresenta uma proposta de classificação do instituto.

Nesse espírito, de bom grado iniciar com a lembrança de que a sociedade ocidental ainda é marcada pela ideia maniqueísta da dualidade, motivo pelo qual, tradicionalmente, são reconhecidos somente os papéis sexuais do masculino e do feminino, relegando-se à marginalidade a homoafetividade. Essa dicotomia é transplantada para o mundo jurídico que, na maioria dos países, incluindo-se o Brasil, se omite quanto às uniões afetivas formadas por pessoas do mesmo sexo.

A existência de casais homossexuais que compartilham uma vida em comum, marcada pelo afeto e respeito mútuos, é uma realidade social que, no entanto, é negligenciada pelo conhecimento científico e pelos poderes constituídos.

O reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar é um tema que suscita reflexões sobre a inadequação da ideologia dominante, baseada no modelo social da família patriarcal, patrimonialista e sexista.

Para casais que vivenciam uma união homoafetiva, o reconhecimento jurídico dessa relação é a concretização do direito fundamental à família que, por sua vez, encontra-se conectado ao princípio da dignidade humana. A investigação acerca desse polêmico assunto é, portanto, um estudo sobre a operacionalização de direitos fundamentais.

1 Família, sexualidade e homoafetividade

A cultura maniqueísta na concepção dos papéis sexuais está presente na sociedade ocidental há séculos. Por exemplo, Pierre Weil assevera que o casamento feliz é a fusão, em um só ser, das diferenças entre homem e mulher. Nesse sentido, a atribuição de um *ethos* próprio a cada gênero é lugar-comum na literatura especializada, sendo corriqueira a aceitação da seguinte afirmação: “A maior diferença psicológica entre o homem e a mulher reside ainda no instinto maternal, que constitui um dos maiores motivos e razão de viver da mulher” (WEIL, 1980, p. 173).

Nesse contexto sexista, que admite somente os papéis masculinos e femininos, a orientação homoafetiva, entendida como a afeição erotizada de uma pessoa por outra do mesmo sexo biológico, é vista como “anormal”, sujeita a toda forma de preconceito e discriminação. Ressalta-se que o vocábulo homossexualidade foi cunhado somente no século XIX, pelo médico húngaro Karoly Benkert, tendo adquirido com o tempo uma conotação pejorativa, principalmente em função do termo “homossexualismo” ter passado a designar uma doença. Em razão disso, parece mais adequada a expressão homoafetividade, cunhada para designar uma orientação sexual, não uma enfermidade (DIAS, 2006, p. 33-34).

Ressalta-se que na Grécia Antiga não havia vocábulo correspondente para homoafetividade pois, naquela época, a sexualidade era vinculada ao amor, independentemente do sexo biológico. É possível notar esse fato nos célebres diálogos de “O Banquete”, em que Platão (1983) relaciona amor, coragem e masculinidade ao ato do homem que se compraz em deitar com outro homem.

No entanto, no terço final do séc. XX, um doutor em medicina se mostrou horrorizado com a “pederastia” dos filósofos gregos, e num arroubo preconceituoso escreveu: “Estamos citando estas verdadeiras aberrações para focalizar o grau de depravação a que atingiu a raça humana” (VIEIRA, 1972, p. 125). O mesmo médico revela o antigo posicionamento da ciência, ao dizer que o excesso de carinho materno pode jogar um menino no perigo do homossexualismo, que ele classifica como uma perversão sexual (VIEIRA, 1972, p. 127).

Tais ideias ainda ecoam. Vanrell (2001), ao publicar obra sobre sexologia forense, em pleno séc. XXI, incluiu o homossexualismo no capítulo dos transtornos do instinto sexual, utilizando os vocábulos uranismo e pederastia para designar formas de homossexualismo masculino, bem como adotando os termos *incubus* e *sucubus* para denominar, respectivamente, o “ativo” e o “passivo” da relação homossexual. Por fim, conclui que o homossexualismo é uma alteração de comportamento que pode ser corrigida, através de processos educativos, associados com terapia comportamental ou psicoterapia de apoio.

De fato, a homoafetividade foi pensada oficialmente como doença até 1993, quando a Organização Mundial da Saúde deixou de tratá-la como desvio ou transtorno sexual. Na atual Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), o termo homossexualismo não é mencionado. Adotou-se a expressão homossexualidade, que indica um “modo de ser”, como se verifica em alguns transtornos

como o de maturação sexual (F 66.0), em que a indicação de homossexualidade se refere à indecisão quanto à orientação sexual, e não a uma doença em si. Outros transtornos, como o de orientação sexual egodistômica (F 66.1) e o transtorno de relacionamento sexual (F 66.2) igualmente mencionam a homossexualidade como um mero dado fático, sem a qualificar como enfermidade.

Além disso, em 1999, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 1/99, determinando que os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas. Na verdade, a classificação da homoafetividade como doença encontra-se superada.

Todavia, o preconceito e a discriminação ainda estão fortemente presentes na sociedade. No salutar relato de Guy Hocquengem (1980), o homossexual se apaixona, tem uma vida afetiva, mas é condenado à mentira, bem como a participar de uma tediosa vida social heterossexual. O autor desabafa sobre a pressão social decorrente do preconceito: “Mesmo aqui, não posso e não quero dizer tudo. A vergonha de nós mesmos começa com os pais, continua com os amigos e colegas” (HOCQUENGEM, 1980, p. 34).

O preconceito em relação à orientação homossexual é decorrência da própria repressão à sexualidade que, segundo Lacan (1985), baseia-se na fantasia da castração, simbolizada no Complexo de Édipo com a perda traumatizante do objeto primordial do desejo. Observando essa questão, Jeanine Nicolazzi Phillippi salienta que a sexualidade não pode ser reduzida à biologia corporal, pois

os humanos são os únicos animais cuja sexualidade é organizada por uma disfunção, uma vez que a escolha do objeto é regulada não por uma identificação de traços específicos de um parceiro, mas pela perda ou renúncia do objeto primordial (PHILLIPPI, 2005, p. 28-29).

2 A união homoafetiva como entidade familiar

Diante de tais complexidades, é árdua a tarefa de incluir o relacionamento homoafetivo no conceito de entidade familiar. Tradicionalmente, família é conceituada como a união entre homem e mulher, chancelada pelo Estado ou pela religião, da qual decorrem filhos. Este é o modelo de entidade familiar que costuma ser citado como sendo a célula básica da sociedade (R. PEREIRA, 2001, p. 5-10).

O “modelo tradicional” não oferece espaço para a homoafetividade. Brito (2006), ao estudar a evolução da família, observa sua origem na religião, enfatizando a do tipo doméstico vigente na Grécia Antiga, em que se cultuavam os ancestrais mortos. Na época de Roma, a família era uma nítida estrutura socioeconômica em torno do *pater familiae*. O cristianismo abarcou essa noção, legislando sobre o assunto, tornando-a monogâmica e indissolúvel, afirmando que a diversidade de sexo entre os nubentes é parte do projeto divino.

A partir da análise histórica, é possível afirmar que a família não é uma instituição natural. Engels (1995) discorre sobre diversos modelos organizacionais da família, até que, na

fase da “civilização”, chegou-se à forma patriarcal e monogâmica, que se inclui e se estrutura na dualidade de classes sociais (família camponesa x aristocrática; família proletária x burguesa).

A propósito, é na estrutura familiar burguesa que se forma a ideia de “pai provedor”. Esse modelo se encontra no complexo social como uma das formas de reprodução da ideologia dominante, em especial em razão da educação moralista, machista e heterossexual (SILVA, EBERLE e MORELO, 2004).

Nesse quadro, em que a família afigura-se como uma criação social, denota-se que o homem vive em uma rede de significados, onde a ideologia dominante e o conjunto de crenças e valores a ela associados são determinantes na elaboração da identidade social (VELHO, 1989, p. 49). Afinal, é na ordem original de realidade constituída pelas relações sociais que se deve compreender a família humana (LACAN, 1985, p. 19). Porém, na estrutura social do poder patriarcal e da família tradicional e patrimonialista, longamente discutida e estudada, e que mexe com os mais caros sentimentos, não há espaço para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (GROENINGA, 2004).

É forçoso admitir que o modelo tradicional está esgotado, uma vez que já é tempo de se reconhecer a afetividade como o eixo central das entidades familiares, pois, como já dizia Engels, o casamento sem amor é imoral (ENGELS, 2002, p. 88).

Em 1961, quando Carvalho Santos publicava suas interpretações ao Código Civil, não se falava em homoafetividade, e o casamento tinha por finalidade a procriação. Todavia, o insigne jurista afirmou, naquela época, que a procriação não é o único fim do matrimônio. O que o caracteriza é a identificação moral de duas existências, o conforto recíproco e a comunhão dos prazeres da vida. Arrematou: “O homem precisa ser encarado também como um ser inteligente, possuidor de elevados sentimentos de afeto e de nobres qualidades morais, que constituem o encanto de sua vida” (1961, p. 12).

A visão de Carvalho Santos demonstra que a união afetiva independe do sexo biológico dos conviventes, apesar de não ter sido esta a intenção do jurista quando redigiu aquelas palavras. A família hoje não é mais entendida como uma organização natural nem uma determinação divina e deve ser compreendida não pela sua composição, mas pelos valores nela existentes, bem como pelas relações de afeto, dependência, responsabilidade e reciprocidade (SILVA; EBERLE; MORELO 2004, p. 80-85). Essas características levam à formulação de uma nova ideia de família, na qual a diversidade dos sexos é irrelevante.

Qualquer que seja a família do futuro, já se observam tendências a determinadas características, tais como valorização dos aspectos afetivos, companheirismo, desbiologização do conceito de paternidade, variedade de estruturas, uniões com maior amor, prazer sexual e psicológico, mais inteligência e responsabilidade (SEREJO, 1999).

3 A operacionalização do direito fundamental à família: reconhecimento jurídico da união homoafetiva

Vive-se o momento de transformação do modelo familiar tradicional e o reconhecimento jurídico da união homoafetiva será um dos marcos a ser lembrado no futuro. No Brasil, a união homoafetiva não é proibida, porém, a omissão do legislador dá margem às mais variadas interpretações, dificultando a produção de efeitos jurídicos típicos de uma entidade familiar. O reconhecimento oficial deste fenômeno social exigirá produção legislativa sobre o tema, o que vem sendo tentado, sem sucesso, desde 1991.

No momento, a ausência de normas diretas sobre o tema é a realidade, razão pela qual a operacionalização do direito fundamental à família homoafetiva depende da hermenêutica. Sabe-se que a norma empresta significação jurídica aos fatos da natureza (KELSEN, 2006), todavia, existe um espaço nebuloso de fatos esquecidos. São situações evidentemente sociais que o mundo jurídico finge não ver. É uma zona do não-direito, que não se confunde com o ilícito. O não-direito é a ausência de regulamentação jurídica a certo número de relações humanas, nas quais o direito teria vocação teórica para estar presente. Em um dado momento, o mundo jurídico recepciona o fato pela norma, porém o fato continua a se desenvolver, razão pela qual, o direito não preenche toda a atmosfera humana (RAMOS, 2000).

Pesquisando-se nos manuais de Direito de Família corriqueiramente estudados nos cursos de graduação, observa-se que a união homoafetiva é um tema raríssimo. Maria Berenice Dias (2005) é exceção, pois a inclui como espécie de entidade familiar e dedica um capítulo inteiro ao seu estudo. Silvio de Salvo Venosa, apesar de não vislumbrar a possibilidade de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas no atual ordenamento jurídico pátrio, admite que tudo caminha no sentido de que “essa modalidade de relacionamento receberá tratamento legislativo” (VENOSA, 2004, p. 42).

A maioria dos doutrinadores, porém, prefere não tocar no assunto. Diniz (2002), Rodrigues (2002), Gomes (2001), Pereira (2001), Monteiro (1994), Dower (1973), Santos (1961), Planiol e Ripert (1939) conceituam família, em sentido estrito, como agrupamento de genitores e filhos, como se apenas tolerassem a família monoparental e desconhecessem a existência de uniões homoafetivas.

Os poucos que citam a existência de relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, o fazem para afirmar que essa situação pode configurar somente uma sociedade de fato, o que geraria apenas efeitos obrigacionais (DINIZ, 2002), ou para exemplificar uma das hipóteses de casamento inexistente.

A propósito, é posição quase unânime na doutrina que a diversidade de sexos é pressuposto fático e natural do casamento, oportunidade em que Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 84) se refere a um hipotético matrimônio homoafetivo como aberração jurídica e moral.

A aversão dos doutrinadores e a falta de legislação não devem ser empecilhos a um direito fundamental. Além disso, a omissão de normas diretas não pode ser entendida

como ausência de direito. A Sociologia demonstra que a complexidade moderna é definida pela existência de múltiplos domínios, que se associam em diferentes níveis, sendo que a família é o domínio privado por excelência. A especificidade desses domínios se associa a diferenças de *ethos* e representações do próprio indivíduo (VELHO, 1989).

Nesse contexto, a inserção social dos que se orientam homoafetivamente passa pelo reconhecimento de um papel próprio no domínio privado, não sendo adequado que o mundo jurídico se isente de participar desse processo. Deve-se iniciar por conferir plena efetividade ao princípio da dignidade humana. No Direito de Família, a dignidade da pessoa se espalha em “todos os seus institutos, em toda sua extensão, como forma de garantia de cada membro da família” (SEREJO, 1999, p. 30).

A noção de respeito à sexualidade homoafetiva e a reformulação do conceito de família orbitam a ideia de dignidade humana, entendida como um valor supremo e paradigmático que a ordem jurídica busca concretizar (JACINTHO, 2006, p. 31/50). “Ao falarmos de dignidade humana, estamos considerando todos os níveis de nossa constituição – com letra minúscula – espírito, mente e corpo; o individual e o coletivo” (GROENINGA, 2004, p. 254).

Deve-se ressaltar que a dignidade humana é um valor ético e um princípio jurídico. Consoante Bonavides (2003), todo princípio tem eficácia e constitui norma aplicável a comportamentos públicos e privados. Ademais, Sarlet (2006) afirma que a positivação da dignidade humana não deixa dúvidas quanto a sua condição de princípio normativo fundamental e de núcleo dos direitos fundamentais. Aquela limita a atividade restritiva do legislador em relação a estes.

A omissão do legislador em entregar à sociedade normas que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo limita-lhes o exercício de direitos fundamentais, situação que contraria o princípio normativo da dignidade humana. Deve-se entender a dignidade humana também como um controle da atividade legislativa de escolher os fatos que merecem significação jurídica.

Omitir, nesse caso, é discriminar. Dias enfatiza: “Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana” (DIAS, 2006, p. 82). O Direito Privado se efetiva pelo Direito Constitucional. Princípios basilares do ordenamento jurídico não podem mais ser ignorados sob os auspícios da velha doutrina da autonomia privada.

Nesse contexto, deve-se ter em mente que, a partir da dignidade humana, tem-se a consagração de direitos fundamentais do cidadão, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Ademais, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inerredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa (SARLET, 2007, p. 442).

Sempre que se vislumbrar um direito fundamental, deve-se ter a consciência que se está diante de um desdobramento do princípio da dignidade humana. A propósito do tema, Fachin (1999) ressalta que a orientação sexual é um direito da personalidade e, por isso, tem base constitucional, pois decorre dos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade sem distinção de qualquer natureza e de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Ressaltando a igualdade, Bastos (1999) relata que eventuais diferenciações são necessárias na sociedade e no mundo jurídico, mas devem ser razoáveis e condicionadas a permissivo constitucional, uma vez que o direito fundamental à igualdade jurídica protege o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita do ordenamento jurídico.

A sexualidade, bem como o direito a orientação sexual, integra o direito fundamental de liberdade (Dias, 2006). Juntando-se essa constatação com o pensamento de Barros (2004), que afirma que no Direito de Família o direito humano fundamental é o próprio direito à família, conclui-se, com extrema facilidade, que o direito à família independe da orientação sexual dos que se unem pelo laço afetivo. Em outras palavras, pertencer a uma família homoafetiva é um direito fundamental, tal qual o é pertencer a uma entidade familiar heterossexual.

4 A família homoafetiva como fato jurídico: proposta de classificação

Em razão dessas constatações, é imperativo o reconhecimento da união homoafetiva como um fato jurídico, apto a buscar na ordem objetiva do direito a eficácia necessária à produção de efeitos jurídicos subjetivos. E sendo fato jurídico, cabe extrair sua natureza, bem como classificá-lo.

Ressalta-se que, na pouca literatura especializada sobre o tema, não se encontra esforço acadêmico para demonstrar a natureza jurídica das uniões homoafetivas. Na verdade, até mesmo em relação ao casamento “tradicional” não se vê empenho nesse sentido.

Em relação à natureza jurídica do matrimônio, os doutrinadores limitam-se, na maioria das vezes, a citar as três correntes usuais, defendendo uma delas. Nestes termos, Carvalho Santos (1961) era um dos representantes da corrente mais antiga, advogando que o casamento tem natureza de contrato. Diniz (2002), Monteiro (1994) e Dower (1973) estão no grupo dos que veem o matrimônio como uma instituição, rechaçando a concepção contratualista. De outra banda, Rodrigues (2002) e Venosa (2004) adotam uma postura eclética: aquele afirma que o casamento é um contrato especial de direito de família; este ressalta que o casamento-ato é um negócio jurídico, ao passo que, o casamento-estado é uma instituição.

Data venia, tais posicionamentos não enfrentam adequadamente a questão sobre a natureza jurídica do casamento e, por consequência, não indicam a das entidades familiares, em que se pretende incluir a união homoafetiva.

O melhor caminho, salvo melhor juízo, é posicionar as entidades familiares, em todas as suas formas, no âmbito dos atos jurídicos. Porém, a tábua classificatória básica, formulada a partir da vontade humana e dos critérios de licitude e ilicitude, não é suficiente.

No início do séc. XX, Gama (1922) já utilizava a ação humana para dividir os fatos jurídicos em acontecimentos de ordem natural e atos livres, sendo que destes últimos separava os que dependiam da vontade humana. Orlando Gomes (2001) segue o mesmo padrão de classificação.

Rodrigues (1999), Rizzardo (2005) e Venosa (2004) igualmente distinguem fatos naturais de ações humanas e, sobre essas, utilizam a vontade como distintivo dos atos jurídicos. Ademais, enfatizam a classificação dos atos em ilícitos e lícitos, subdividindo estes últimos em negócios jurídicos e atos meramente lícitos.

Pontes de Miranda (1998) adotou uma classificação quanto à origem do elemento fático, se é humana ou extra-humana, bem como conforme a atitude da lei, ou seja, em lícito ou ilícito. Então, deduz quatro classes: fato jurídico *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, aplicando a essas classes a qualidade de lícito ou ilícito.

Nesse contexto, a formação de uma entidade familiar seria um ato jurídico meramente lícito, sendo que tal característica de licitude acompanharia o núcleo familiar formado a partir de tal ato. O critério de classificação tradicionalmente adotado privilegia os negócios jurídicos, tanto que essa foi a faceta desenvolvida pelos juristas que elaboraram o novo Código Civil Brasileiro.

Porém, para investigar a natureza jurídica das entidades familiares deve-se incluir um novo parâmetro, a *vontade associativa*. O ser humano é gregário, associando-se para movimentar os bens da vida, para criar pessoas jurídicas e para formar agrupamentos familiares.

Portanto, pode-se ter um critério classificatório quanto à vontade associativa. Se a vontade for de movimentar os bens da vida, têm-se atos do tipo negócio jurídico. À vontade de criar pessoas jurídicas, têm-se atos do tipo personalizante. Para os agrupamentos familiares, deve-se isolar o ato que permita uma aglutinação classificatória, qual seja, a *vontade de se unir pela afetividade*.

Sendo assim, à vontade de agrupar uma família, corresponde o ato jurídico da *união afetiva*. Para a concreção desse ato, e a continuidade do agrupamento familiar dele formado, não importa o sexo biológico dos conviventes.

Incorporando a vontade associativa como um elemento classificatório, qualifica-se o fato jurídico lícito que depende da vontade humana como sendo ato jurídico lícito associativo. Desse gênero decorrem três espécies: o ato associativo negocial, que nada mais é do que o negócio jurídico, tradicionalmente estudado; o ato associativo personalizante, definido como o ato que cria pessoas jurídicas; e o ato de união afetiva, que cria entidades familiares.

Casamento, união estável, família monoparental, família anaparental e família homoafetiva são expressões do mesmo tipo de ato jurídico, que poderia ser denominado de *ato jurídico lícito de vontade associativa afetiva*, ou, simplesmente, *união afetiva*.

Como se nota, as entidades familiares, incluindo-se a família homoafetiva, possuem a mesma natureza jurídica, pois podem ser agrupadas na tábua classificatória dos fatos jurídicos em razão de um traço distintivo, que lhes é peculiar: a afetividade.

Concluindo-se que todas as entidades familiares são espécies do gênero *união afetiva*, na ausência de normas que regulamentem diretamente uma das espécies, deve-se aplicar, por analogia, as regras atinentes a outra de mesma natureza, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

Obviamente, a existência de normas jurídicas facilitará a labuta diária do operador do direito, bem como fornecerá à sociedade uma explicação mais acessível sobre o tema. Porém, a omissão legislativa impõe o aprofundamento do raciocínio jurídico, tanto no sentido teórico como pragmático.

Os direitos fundamentais precisam ser operacionalizados. Daí a expressão direitos operacionais, que são os direitos subjetivos amparados pelos direitos fundamentais, que por sua vez encontram sustentação no princípio da dignidade humana. Os direitos operacionais são desdobramentos dos direitos fundamentais. No caso das entidades familiares são os direitos ao afeto, ao lar, ao amor, à própria família. Direitos que devem estar à disposição de todos, sem discriminação de qualquer natureza, consoante prega o texto constitucional. Sérgio Resende de Barros enfatiza:

De mais a mais, além dessas, nem sequer há por que privar dos direitos de família fundamentais e operacionais outra forma de entidade familiar que, embora antiga, ainda é recusada pelos preconceitos antepostos ao conceito de família. Trata-se da família homoafetiva, que se forma em torno da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Entrando na atualidade em acelerado processo de afirmação, esse tipo de família, cujo suporte psíquico é o afeto homossexual, exige ser reconhecido pela legislação do direito de família, pois nada justifica excluir dos direitos humanos nenhum dos seus integrantes – inclusive as crianças adotadas ou, mesmo, as procriadas como filhos por inovadores processos de concepção e gestação (BARROS, 2004, p. 618-619).

O tema ainda é polêmico e exige do pesquisador uma abordagem interdisciplinar, cujo foco essencial deve ser a dignidade humana, para a qual convergem anseios de justiça social e da qual emergem princípios éticos de observância obrigatória que devem ser traduzidos na operacionalização dos direitos fundamentais.

Considerações finais

A união homoafetiva encontra-se no limbo esquecido dos fatos sociais não proibidos que carecem de regulamentação jurídica própria. Na verdade, o que se verifica é a ausência do Estado, ainda omissos quanto à produção legislativa sobre o tema.

No entanto, a lucidez emana das mentes de alguns magistrados. Afinal de contas, o Poder Judiciário não pode ser omissos, uma vez que sempre é obrigado a entregar tutela jurisdicional quando provocado. Várias decisões judiciais têm reconhecido direitos decorrentes de uniões homoafetivas, porém, ainda são muitos os juristas que se enfileiram ao lado de Caio Mário da Silva Pereira e sustentam que o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo é uma aberração jurídica e moral (C. PEREIRA, 1995, p. 84).

Não obstante, o Tribunal Superior Eleitoral, em uma decisão paradigmática, entendeu que uma prefeita e sua companheira, que viviam em união homoafetiva, deveriam ser reconhecidas como se cônjuges fossem e, em razão disso, para fins do art. 14, § 7º da Constituição Federal, uma delas foi considerada inelegível e impedida de candidatar-se a um cargo político. Kumpel (2005), ao analisar essa decisão, concluiu que grandes mudanças estão por vir, pois, se um direito foi negado em função do reconhecimento de que uma união homoafetiva deve gerar efeitos jurídicos, há o outro lado da moeda, em que diversos direitos, como o de ter filhos adotivos, poderão ser exigidos por casais homossexuais.

Nos tribunais mineiros (TJMG. Ap. Civ. 1.0024.06.930324-6) e gaúcho (TJRS. Ap. Civ. 70021908587) já é corriqueiro a equiparação da união homoafetiva à união estável, atribuindo-se àquela efeitos típicos desta, sob os auspícios da dignidade humana, da igualdade e da vedação de discriminação.

Recentemente, finalizou-se no Superior Tribunal de Justiça importante discussão (REsp 82047/RJ – Embargos de Declaração publicados em maio de 2009, havendo recurso extraordinário pendente de julgamento). Nesse caso, decidiu-se que o pedido de reconhecimento de união homoafetiva deve ser julgado em vara de família, e não em vara cível. Tal conclusão esclarece que efeitos patrimoniais não são os únicos advindos de tal relacionamento e que a união homoafetiva é uma entidade familiar e não mera sociedade de fato.

O reconhecimento das uniões homoafetivas como um fato jurídico apto a produzir efeitos já é realidade em alguns tribunais brasileiros, pois a conclusão de que se deve abarcar esse fato social no seio da ordem jurídica é uma decorrência lógica da operacionalização de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

A produção de legislação específica é questão de tempo. Enquanto isso, tem-se a Ciência Jurídica como alicerce e a Hermenêutica como instrumento de realização dos direitos esquecidos pelo legislador. Para reflexão final, deixa-se ao leitor uma frase do Ministro Humberto Gomes de Barros: “o homossexual não é cidadão de segunda categoria”¹.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, Sérgio Rezende de. Direitos Humanos da Família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹ STJ, recurso especial nº 238.715/RS.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Filição Homoafetiva. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol.: direito de família*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso Renovado de Direito Civil 4º vol: direito de família e direito das sucessões*. São Paulo: Editora Nelpa Ltda, 1973.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro : renovar, 1999.

GAMA, Affonso Dionysio. *Dos actos jurídicos: theoria elementar*. São Paulo : Saraiva & C. – Editores, 1922.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GROENINGA, Gisele Câmara. Direito e Psicanálise. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

HOCQUENGUEM, Guy. *A contestação homossexual*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1980.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana: princípio constitucional*. Curitiba : Juruá, 2006.

JASPERS, Karl. *Psicopatologia geral – Vol I* (Tradução de Samuel Penna Reis; Revisão Paulo da Costa Rzezinski). 8. ed. São Paulo: Atheneu, 2000.

JASPERS, Karl. *Psicopatologia geral – Vol II* (Tradução de Samuel Penna Reis; Revisão Paulo da Costa Rzezinski). 8. ed. São Paulo : Atheneu, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KÜMPEL, Vitor F. Breves Reflexões sobre o Homossexualismo. *Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região*, Brasília, ano 17, n. 6, p. 65-66, jun. 2005.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*: ensaio de análise de uma função em psicologia. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1985.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, vol. 1. rev. e atual. pro Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bokkseller, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol V: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

PHILLIPPI, Jeanine Nicolazzi. Considerações sobre a sexualidade humana. In: GROSSI, Miriam Pillar; BECKER, Simone; LOSSO, Juliana Cavilha Mendes; PORTO, Rozeli Maria; MÜLLER, Rita de Cássia Flores (Org.). *Movimentos sociais, educação e sexualidades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 25-30.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado practico de derecho civil frances – tomo segundo: la familia*. Tradução espanhola de Mario Diz Druz. Habana: Cultural S.A., 1939.

PINTO, Fausto Eduardo Menon. O “Mundo do Coração”: os (novos) Rumos de Estudo da Afetividade na Psicologia, *Revista Ciências Humanas*, Taubaté, v. 10, n. 2, p. 111-114, 2004.

PLATÃO. O Banquete. In. PESSANHA, José Américo Motta (seleção de textos); Tradução de José Cavalcante de Souza. *Platão: diálogos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento*: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 29. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 6: direito de família. 27 ed. São : Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*, vol IV. 7. ed, 1961.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Cloracildes Dal Agnol da; EBERLE, Gisseler Cristiane da Silva; MORELO, Marizete Luci. A estrutura familiar através dos tempos. *VIZIVALI em revista, dois vizinhos*, v. 3, n. 1, p. 79-87, jan/jun. 2004.

VANRELL, Jorge Paulete. *Sexologia forense*. Montes Claros: Editora Unimontes, 2001.

VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade: uma experiência de geração*. 2. ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1989.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. 6: direito de família. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

VIEIRA, Galdino Nunes. *Amor sexo e erotismo*. 2. ed. Santo André: Casa Publicadora Brasileira, 1972.

WEIL, Pierre. *Relações humanas na família e no trabalho*. 35. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1980.

A R G U M E N T O J U R Í D I C O

A Demarcação de Terras Indígenas como Capítulo Avançado do Constitucionalismo Fraternal: a Aplicação de Valores Construtivos de uma Comunidade Histórica Concreta

MÉRCIO MOTA ANTUNES
Faculdades Santo Agostinho
Universidade de Brasília

Resumo: O presente estudo analisa o voto do Ministro-relator, Carlos Ayres Britto, ao julgar conflito envolvendo terras no Estado-membro Roraima, entre populações indígenas e empresários (Pet 3388 / RR - Roraima). Através disso objetiva-se expor linhas elementares inseridas no debate entre Liberais e Comunitaristas, problematizando, no caso Brasil, em que medida o Judiciário deve interferir na demarcação de terras indígenas, no claro intuito de resguardar a forma indígena de ocupação da terra, em detrimento de seu manejo em função de políticas desenvolvimentistas.

Palavras-chave: Constitucionalismo fraternal, Demarcação de terras indígenas, Debate liberais-comunitaristas.

Abstract: The present study analyses the vote of the Relator Judge of the Supreme, Carlos Ayres Britto, when he judges the conflict involving lands on the Member-State of Roraima, between the indigenous population and the entrepreneurs (Pet 3388 / RR – Roraima). Through this study the objective is to expose the fundamental lines inserted on the debates between the Liberals and the Comunitarists, questioning, in Brazil case, in which measure the Judiciary should interfere on the demarcation of the indigenous land, in the clear intention of protecting the indigenous way of occupying the land to the detriment of the developmentist politics.

Keywords: Fraternal Constitutionalism, Demarcation of indigenous lands, Debates liberals, Comunitarists.

1 Introdução

Em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou um conflito de extrema complexidade social, e com graus extremos de dificuldades para arrumação do argumento no plano teórico. A batalha histórica entre empresários e indígenas pela posse de milhares de hectares de terra no estado de Roraima tornou-se novela midiática com elevado “ibope”, um verdadeiro *reality show* com adesivos estampados em vários carros, muros e paredes de instituições na capital Boa Vista: “General Heleno X Britto”.

Sim, isso mesmo. Quem teve a oportunidade de estar presente na capital estadual mais ao norte do país à época do julgamento, deparou-se certamente com um adesivo cuja estampa era a bandeira brasileira com o seguinte escrito: “Tô contigo Gen. Heleno”. Menos visto, mas não ausente, outro adesivo, sem a bandeira nacional: “Tô contigo Britto”. E por detrás desses personagens, uma intrincada trama de vozes extremamente articuladas em vários níveis políticos-institucionais, todas legitimadas a falar em nome de “direitos fundamentais” garantidos a ambas por força da Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

E no plano da Filosofia Política, como pode ser entendido esse conflito? A perspectiva exposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF) representa o olhar de qual tradição político-filosófica? Para tanto, valer-se-á aqui da decisão proferida pelo relator do caso, ministro Carlos Ayres Britto, como uma janela para breve introdução ao amplo debate Liberais-Comunitaristas. Com enfoque na dinâmica *forma liberal – conteúdo comunitário* na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu Estado Democrático de Direito, depara-se com uma interação extremamente complexa de duas tradições da filosofia política, que já vem sendo travada há 2.400 anos no mundo ocidental. O objetivo aqui, contudo, é muito mais restrito, tenta-se colocar em relevo aspectos do *constitucionalismo comunitarista* presentes nesse voto.

2 A dialética Passado - Presente: breve caricatura

Quando revolucionários franceses queriam enforcar o último rei com as vísceras do último padre, eles queriam nada menos que se tornarem independentes da Tradição. Esta, um sistema de valores inculcados pelos costumes mítico-religiosos na mentalidade das pessoas, servia de fundamento para a ordem social. Assim, os vínculos existentes entre aquelas eram escrúpulos morais que as levariam a atingir um bem posterior.

No lugar dessa *comunidade* de crenças, preferiram os revolucionários as luzes da racionalidade, o livre-arbítrio, e a mundanidade formal da justiça, para servir de elo entre as pessoas. As respostas buscadas para guiar a ação face aos outros não serão dadas por um referencial central exterior, mas sim no âmago de cada indivíduo. A natureza da comunidade que condicionava seus membros por forças divinas é substituída pela forma artificial de uma sociedade “acordada” racionalmente. Querer livrar-se da tradição era ímpeto revolucionário, ao passo que preservá-la era ser reacionário.

Bem antes disso, no contexto italiano contemporâneo a Maquiavel, este dizia que os fins justificam os meios. E dizia isso justamente para aqueles que se conduziam no poder por escrúpulos morais tradicionais. Assim, Maquiavel intencionava com *O Príncipe* fazer uma espécie de manifesto republicano contra a cegueira imposta pela tradição a chefes como Savonarola, “um profeta desarmado”, e Soderini, “homem de Estado sem presença”, incapazes de opor violência à violência dos adversários, conforme Claude Lefort (2003: 14).

Àquele tempo, os *civic humanists* colocou o problema da natureza política do homem emulando os termos aristotélicos no quadro conceitual do cristianismo. Na obra *The Machiavellian Moment*, Pocock (1975) apresenta ao leitor o *De Laudibus Legum Anglie* (*In praise of the Laws of England*), escrito por sir John Fortescue (1390 – 1479). Uma espécie de “manual” de teoria social voltada para os governantes.

Escrito em forma de diálogo entre um príncipe e um *lord*, este tenta persuadir o primeiro sobre a importância de estudar as leis e as artes marciais, as máximas da matemática, os paradoxos da retórica e as *rules of law* (*regula juris*) no *civil law*. O importante dessa obra, aqui, tange ao *homem formado e a formação do homem*. Relevante citar uma ideia geral fornecida por Pocock sobre os ensinamentos de Fortescue:

Custom is the fruit of experience, operating at the lowest and least articulate level of intelligence, that of trial and error. Only experience can establish it; only experience can know it to be good; and the experience of countless other men in past generations, of which the custom itself is the expression. Custom therefore is self-validating; its own existence and its own presumed longevity are the main reasons for presuming it to be good and well suited to the needs and nature of the people, and it peremptorily requires the scrutinizing mind to rest satisfied with the assumptions which it contains about itself. The prince is not equipped to be a critic and reformer of custom for the following reasons: there is no method, other than that of experience itself, by which the intellect can reason from the needs and nature of the people to their customs, or determine scientifically whether the latter are well or ill suited to the former; and since there is only experience, which must be accumulated rather than systematically constructed in the three-score and ten years of a man's lifetime, the prince must recognize that of the

*myriad men of antiquity which has gone to the making of any single custom, let alone the whole body of the customary law of his realm (In Pocock, 1975: 18).*¹

Ao príncipe não cabia legislar, mudar os costumes. Essa inflexibilidade decorre tão apenas da inviabilidade de um método seguro (científico) para tanto. O método escolástico por excelência era o dedutivo, e este ao partir dos universais nada podia dizer sobre uma comunidade específica, em suas particularidades. Desse modo, a forçar o entendimento, a racionalidade universal nada poderia sobre a tendência de uma comunidade específica guiada por um passado.

Se essas eram as causas formais para uma intervenção cada vez menor do rei, o que existia de fato era uma monarquia com um poder cada vez maior para preservar seus privilégios, enquanto a Itália se conglomerava de pequenos estados rivais. Dentro desse contexto, a formação dos governantes tinha um potencial negativo para os objetivos maquiavelianos quando tinha em mente uma Itália unificada através de homens de *virtù*, sem o feitiço das tradições dinásticas. Assim, ao mesmo tempo em que Maquiavel situava-se em uma matriz platônica ao querer centralizar o poder político italiano, que ia de encontro ao pensamento particularista aristotélico, era de certa forma revolucionário ao tentar romper com elementos da tradição que operavam como óbices no plano da eficiência política.

O que se pretende com esses exemplos é, de alguma forma, “estabilizar” momentaneamente os conceitos de Tradicional e de Moderno, e por um breve momento, ter como seus sinônimos Comunitário e Liberal. Assim, partindo dessas hipotéticas caricaturas retro traçadas, tem-se como *Tradicional-Comunitário* a caracterização pela *crença* em valores míticos, a obediência *irrefletida* a preceitos *dogmáticos*, apego ao *passado*, demarcação cultural regionalista enquadrada em uma historicidade peculiar, comunidade, monarquia. Por outro lado, o *Moderno-Liberal* remete ao desencantamento do mundo, possibilidade de crítica às normas às quais se devem obedecer, abertura para o futuro, cosmopolitismo, quebra de fronteiras culturais, universalismo, individualismo, república, estado, federalismo.

Dentro dessa suposta, frágil e artificial estabilização, pode-se referir à Constituição, República, Federalismo, Estado e Direitos Humanos como invenções de cunho liberal.

¹ “Costume é fruto da experiência, operado no mais baixo e menor nível articulado da inteligência, de tentativa e erro. Somente experiência pode estabelecer isso, somente experiência pode saber seus benefícios; e a experiência de inúmeros outros homens das gerações passadas, das quais o próprio costume é a expressão. O costume, portanto é auto-validável; a sua própria existência e a sua própria longevidade presumida são as principais razões para presumir que são bons e que condizem com as necessidades e natureza das pessoas, e isso decisivamente requer que a mente seja esmiuçadora para descansar satisfeita com as conclusões que tem de si mesma. O príncipe não é preparado para ser um crítico e reformador do costume pelas seguintes razões: não existe outro método além daquele da própria experiência, pelo qual o intelecto pode ponderar das necessidades e natureza das pessoas para seus costumes, ou determinar cientificamente se os últimos são bem ou mal adequados ao primeiro; e desde que só existe experiência, a qual deve ser acumulada ao invés de sistematicamente construída na duração da vida de um homem, o príncipe deve reconhecer a miríade de homens da antiguidade os quais participaram da produção de cada costume, sem interferir no corpo das leis costumeiras do seu reinado” (tradução livre).

Mas, se tudo isso é fruto dos movimentos liberais em sentido amplo, o atual texto constitucional brasileiro, em contrapartida, possui uma composição extremamente ética, carregada com muitos valores e crenças para a construção de uma comunidade histórica concreta, a começar pelo Preâmbulo, por seus elementos democráticos, e também na existência de um órgão de jurisdição constitucional.

Mas no debate entre *liberais* e *comunitaristas*, não podemos situá-los nessa perigosa caricatura, pois o que está em jogo é de que tipo de acordo necessitamos para não nos digladiarmos. Então, como conceber um “acordo” entre as *partes* e entre estas e o *todo*? A dificuldade em responder à pergunta por parte do *liberais* está no fato de que,

como aqueles centros tradicionais [a Terra como centro do Universo, a Europa como centro do Mundo, a Tradição como centro moral] não existem mais, a solução moderna consiste em converter cada indivíduo em centro orientador de sua própria conduta [...]. A consequência disso é que, ao contrário do que ocorreria nas comunidades antigo-medievais, não encontramos na modernidade um *ethos* único capaz de estruturar a nossa sociedade (NEVES, 2001, p. 343).

Isso quer dizer que, se no contexto da tradição todos são iguais por força da união a um fator comum, no contexto dos descentramentos já não há uma identidade de todos em relação ao todo. Sai-se da igualdade por força de nascimento do ventre da mesma tradição, para a liberdade da não-vinculação necessária a um passado já dado. O futuro, agora aberto, faz surgir uma multiplicidade de projetos de vida, a exigir não mais uma igualdade material, mas tão apenas a formal. Mas, e quando esses projetos de vida se conflitam, o contrato social será capaz de pacificá-los?

3 A Constituição da República Federativa do Brasil e sua matriz comunitarista

Ninguém discorda sobre a característica pluralista do mundo moderno, o que altera é o foco: *indivíduo* e *grupo*. Os liberais, quando focam na pluralidade individual compositiva de uma sociedade, o fazem para frear a ingerência do Estado sobre o indivíduo, de modo que, quanto menos estado, mais liberdade individual. Os comunitaristas, quando focam os grupos, querem fazer justamente o movimento contrário por parte do estado: em vez de neutralizá-lo, quer fazer com que atue contra as discrepâncias sociais que a liberdade não foi capaz de resolver.

De toda forma, a pergunta comum é como formular e justificar um ideal de justiça adequado ao pluralismo do mundo moderno. Pluralismo entendido sob as duas formas, em que fique garantida tanto a liberdade do indivíduo enquanto molécula desligada das outras, e também que fique garantida a união de indivíduos (grupos) que se ligam por várias variáveis. Todos reconhecem também que pensar esse ideal de justiça implica, necessariamente, enfrentar a discussão sobre a *função da constituição*, da *efetivação dos direitos fundamentais*, e a *atuação da jurisdição constitucional*.

O preâmbulo da CRFB é suficientemente representativo quando diz que,

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Não fala que foi “eu” ou “você” ou algo diferente de “nós” quem a institui. “Nós”, “laços”, “união” que se *destina* a *assegurar*. Não se trata apenas de “permitir” que as pessoas, individualmente, calcadas no poder de sua liberdade alcancem seus direitos e seu bem-estar. Trata-se de o Estado também “assegurar” esses direitos e esse bem-estar. Trata-se de ele interferir na “ordem real” das coisas quando necessário. O Estado interfere, mas não como Tradição no sentido pejorativo levantado mais acima. Quando o faz calcado em valores, estes não se referem àqueles retirados da linha direta existente entre o *Papa* e *Deus*.

Uma *sociedade fraterna*... um “tomar conta” do outro, uns “tomarem conta” dos outros. Isso aqui é um elemento cultural que se percebe desde a tradição Cristã, até o interior das tantas etnias além ocidente. Não há liberal, por mais xiita que seja, que nunca passou por uma mão fraterna. Se devemos ou não sermos fraternos, ou se somos ou não somos, ou em que grau devemos sê-lo é questão aberta que não será fechada pelos próximos milênios.

O que importa deste fragmento preambular, é situá-lo no contexto de conflitos em que pessoas exterminam outras por necessidade do *agro-business*. É situá-lo em ambiente específico permeado por batalhas sangrentas vinculadas à expansão do capital financeiro internacional. Quando a constituição diz ser *fraterna*, talvez seja no sentido de dotar o intérprete da CRFB com uma epiderme política que lhe permita ir além da maneira clássica de interpretar textos, ou que lhe permita conseguir ultrapassar os imperativos do mercado, por exemplo.

Com as luzes da *fraternidade* pode-se enxergar uma das trilhas pela qual passa a interpretação comunitária do ordenamento constitucional brasileiro. Se Gisele Cittadino estiver certa quando, de modo elegante e acessível, mapeia os traços e autores desse debate no interior do constitucionalismo, podemos com ela dizer que a Alemanha teve uma influência decisiva no Brasil no que tange ao tema *interpretação constitucional comunitária*.

A *concepção integrativa* de Rudolf Smend, que abriu uma alternativa entre o formalismo kelseniano – em que a norma continha em si uma substancialidade total do seu sentido – e o decisionismo plebiscitário schmittiano, propõe uma análise global dos aspectos teleológicos e materiais da Constituição, privilegiando abertamente a dimensão política. Assim, a jurisdição constitucional vincula-se à eticidade substantiva da comunidade como forma aproximativa da norma à realidade, e com isso equacionar a fórmula que prima pelas aspirações sociais em vez da busca pelo distanciamento do Estado perante os conflitos internos. Ou seja, exige-se da jurisdição que ela declare o sentido e o alcance das regras jurídicas. Concepção esta de influência marcante no movimento da *Nova Hermenêutica* (Peter Häberle; Friedrich Müller e Konrad Hesse), que através do alargamento da comunidade de intérpretes da constituição tenta permitir proximidade da

norma com as circunstâncias que dela requerem sentido, logo, pretende abandonar a abstração da norma, bem como o subjetivismo do julgador.

Justamente aqui, no âmbito dessa forma de exercício da jurisdição constitucional, Direito e Política se encontram. E, como mostra Gisele Cittadino, não podia ser diferente, já que “como a Constituição é, para o comunitarismo, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de *realização política*” (:65) (grifo dela). Neste tópico, a pergunta inevitável é sobre qual o rigor metodológico permitiu ao ministro Carlos Britto sair do formalismo, no qual a interpretação da norma se esgota nela mesma, e não cair no subjetivismo político.

4 A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal

Através de uma Ação Popular, os senadores Augusto Afonso Botelho Neto (PT – RR, à época PDT – RR) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB – RR) pediram ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região a suspensão da Portaria 534/2005 e do Decreto Homologatório de 15/04/2005 que *demarcava* 1.678.800 (um milhão, seiscentos e setenta e oito mil e oitocentos) hectares em *área contínua* à Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), no Estado de Roraima. Através da Reclamação 2.833 a competência para processamento da ação declina para o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Carlos Ayres Britto². Os autores alegaram vício na forma do processo administrativo demarcatório, em que não foram obedecidas as normas dos Decretos 22/1991 e 1.175/1996, na medida em que o laudo pericial foi elaborado por apenas uma (01) antropóloga, e que, segundo eles, era parcial e fraudulento.

No Supremo Tribunal Federal a parte ativa foi composta, além dos senadores, pelo Estado de Roraima e por Lawrence Manly Harte e outros, e tinham os seguintes argumentos contra a demarcação e em área contínua (no mérito, o que se pede é a anulação da portaria 534/05), pois poderia trazer:

- conseqüências para Roraima nos aspectos econômicos, comercial e sociais;
 - conseqüências para segurança e soberania nacional;
 - prejuízo aos não-índios;
 - desequilíbrio federativo;
 - ofensa ao princípio da razoabilidade (“tutela do índio” em detrimento da “livre iniciativa”).
- Argumentaram também pela:
- inconstitucionalidade do decreto 22/91;
 - nulidade da ampliação da área, que dependia de lei;
 - impossibilidade de superposição a Parques de Preservação (ver Parque Nacional do Monte Roraima);
 - ofensa ao princípio da proporcionalidade;
 - necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional;
 - impossibilidade de desconstituir Municípios (Uiramutã, Pacaraima e Normandia) e títulos de propriedade por meio de simples decreto presidencial;
 - pela exclusão na demarcação de 150 km da faixa de fronteira, das rodovias e das plantações de arroz.

² Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, Publicação 25/09/2009. Faço referência aqui ao texto lido na sessão plenária do dia 27 de agosto de 2008.

Em seu voto, Carlos Britto tenta mostrar que nenhuma dessas hipóteses levantadas poderia ocorrer em virtude da demarcação, e em forma contínua, da TIRSS. Os “segmentos temáticos” trabalhados, como chamou o ministro quando da abordagem dos diversos temas, foram basicamente os seguintes:

- os índios como tema de matriz constitucional;
- o significado do substantivo “índios”;
- os índios como parte essencial da realidade política e cultural brasileira;
- as terras indígenas como parte essencial do território brasileiro;
- o necessário controle da União sobre os estados e municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena;
- as terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos “povo”, “país”, “território”, “pátria” ou “nação” indígena;
- o instituto da demarcação das terras indígenas e suas coordenadas constitucionais. A demarcação como competência do Poder Executivo da União;
- a demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal;
- o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento;
- o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas;
- o modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas;
- a conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública;
- a relação de pertinência entre terras indígenas e meio-ambiente;
- a demarcação necessariamente endógena ou intraétnica;
- a permanência do modelo peculiarmente contínuo ou intraétnico, mesmo no caso de etnias lindeiras;
- a perfeita compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas;
- o caso concreto da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Atravessando o interior destes tópicos, percebe-se que 04 palavras/expressões específicas servem de pilares à construção de sentido do artigo 231 da CRFB: “Índios”; “Terras Indígenas”; “Tradicionalmente” e “Reconhecidos”. Esses termos são os problemáticos, na medida em que são bastante desconhecidos da linguagem jurídica brasileira, a começar pelos manuais de Direito Constitucional – que quase nunca trabalham suficientemente esses artigos da Constituição. Assim, qual o sentido de “*são reconhecidos aos índios as terras [indígenas] tradicionalmente ocupadas*”?

Vários qualificativos podem ser utilizados para demonstrar o que a tradição colonizadora europeia fez aos inúmeros povos indígenas nas américas: extermínio, aniquilação, genocídio, subordinação etc. Esse passado, visto da perspectiva do presente, gera no mínimo vergonha.

Esse passado só tornou-se passado³ por força de muitas lutas, sejam as travadas no campo, sejam as travadas no âmbito acadêmico. Ambas aos poucos foram fornecendo às pessoas “lunetas”, permitindo que elas vissem as coisas mais de perto. Assim, os índios não são um grande e único povo. Várias etnias compõem o imenso mosaico cultural

³ Evidente que muita atrocidade ainda está ocorrendo. Quando se diz que isso virou passado, é no sentido do “descaramento”, pois atualmente, em termos oficiais, é dever do Estado zelar pelos indígenas.

sob a sigla “índios”, que consiste em uma multiplicidade de cosmovisões. Isso implica abandonar a “ilusão essencialista” de que o Brasil é “um só povo” (conforme dito no tópico “O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento”). Os índios contrapostos aos índios são diferentes em vários sentidos, tornam-se iguais somente quando contrapostos aos brancos. Pois frente a estes uma coisa os iguala: o desastre.

Essas “lunetas” inexistentes aos olhos do colonizador, necessariamente, impuseram um “espelho” aos seus descendentes: “vergonha”. Disso nasceu o “reconhecimento” aos índios. No âmbito da “política do reconhecimento”, diz Charles Taylor:

A exigência de reconhecimento assume nesses casos caráter de urgência dados os supostos vínculos entre reconhecimento e identidade, em que “identidade” designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos. A tese é de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento *errôneo* por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades aos redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento *errôneo* podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora (TAYLOR, 2000, p. 241).

A política da “tutela”, por exemplo, através da infantilização da personalidade [identidade] indígena (“incapazes”, de acordo com Código Civil Brasileiro de 1916 e “relativamente incapazes”, de acordo com o de 2002), traz ínsita toda uma produção exterior preconceituosa à identidade indígena. Aqui, *reconhecer* implica uma abertura por parte dos não-índios para as vozes dos índios, “escutar” o que eles têm a dizer. Isso necessita de uma “desnaturalização” da condição etnocêntrica típica da cultura ocidental.

O olhar que guiou o colonizador moderno em sua interação com as tantas etnias existentes no mundo *reconhecia erroneamente* a maneira de vida dessas pessoas. Inexcusáveis os danos disso decorrentes. Esses conflitos, ainda muito existentes, desembocam inevitavelmente em todos os poros institucionais, tendo como projeções máximas os que chegam na mais alta instância jurídica do país, no caso Brasil, Supremo Tribunal Federal.

No encontro do movimento da Nova Hermenêutica, que argumenta pelo alargamento do círculo de intérpretes da constituição, com a evolução da Antropologia Social enquanto disciplina sistematicamente metódica, a propiciar o alargamento desse universo semântico, abriu-se uma ampla perspectiva de respostas para questões antes resolvidas pelo reducionismo da Tradição. Exemplo clássico desse reducionismo é a catequização, em que os índios para serem sujeitos de direitos tinham que ter “alma”, e para ter alma, tinham que passar pelo processo de catequese.

Essa desnaturalização está presente no voto do ministro, na medida em que se abre, tanto para o *lobby* feito pelos índios – através de documentos como jornais, documentários, palestras e filmes produzidos por eles próprios –, como para a linguagem antropológica. Esta, através de estudos empíricos, conseguiu alargar o universo discursivo do homem branco, a permitir-lhe compartilhar concepções outras de mundo que não somente aquelas fornecidas pelo passado ocidental. Nesse mesmo rumo é que o ministro, no tópico o

falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, fala da necessidade de os brancos desnaturalizarem-se enquanto brancos e absorverem aspectos das culturas indígenas para o trato da questão ambiental que ora se coloca.

Assim é que, valendo-se da linguagem da Antropologia Social, o ministro consegue êxito também na construção de sentido da expressão “terras indígenas” ocupadas “tradicionalmente”. Terras indígenas, diferentemente das categorias civilistas ortodoxas, propriedade privada e terras devolutas, bem como da categoria da Ciência Política ente federado, se traduzem em um vínculo simbólico espiritual com a “Anna Patta, Anna Yan”.

Ao situar aquele “espaço” entre o anímico e o psíquico, é tecido no plano cultural uma carga simbólica fornecedora de uma cosmovisão que liga de tal forma o “humano” com a “terra”, que esta deixa de ser simplesmente elemento físico-geográfico, e o humano deixa de ser humano. Não são em si, isoladamente, dependem necessariamente um do outro. Nas palavras do ministro, “uma espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume” (como consta no tópico “o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”). Terras Indígenas caracterizadas como parte elementar mesma do grupo, possuem, então, uma carga simbólica que as tornam ontologicamente distintas das Terras Privadas e das Terras Devolutas. Dessa interpretação resulta que a tradicionalidade, enquanto apropriação peculiar da terra, a torna um “heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura do Direito Civil”, conforme ainda o ministro no mesmo tópico, exigindo-se assim um tratamento diferenciado no plano jurídico, quaisquer que sejam as forças para potenciais desapropriações.

Dessa síntese do voto-relator, pode-se perceber que o ministro buscou nos princípios ativos do constitucionalismo comunitário a base para seu raciocínio, principalmente quando, em vários momentos, se vale do termo “fraternidade”. Esse princípio (o “esquecido” pela modernidade), opera de maneira intensa, quando o ministro propala a seguinte fala:

Subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 o fato histórico de que estados [estados-membros] e municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia. Donde a expedição, por eles (Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o ministro Maurício Correia no bojo da ADIN 1.512, favorecedores de não-índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se opõe em debate a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do país, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988 (tópico “O necessário controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena”).

Ao tomar partido contra a lógica histórica prevalente sobre as populações que estão

sendo prejudicadas por um passado que já se soma em 05 séculos, e tendo o apoio de mais 09 ministros, o Supremo Tribunal Federal concretiza neste caso a Fraternidade. E assim o faz, na medida em que reconhece a existência de polos “opressores” e “oprimidos”, bem como uma situação de “injustiça”, em que, aproximando os dispositivos constitucionais à situação dada, tenta, através daquela, temporalizar os imperativos de justiça social elevados a princípios supremos pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

5 Conclusão

A primeira conclusão tange à estabilização de conceitos. Como lembra o caro professor Marcus Faro de Castro, em seu *Política e Relações Internacionais*, “a política, ao contrário da filosofia, sempre pertenceu ao domínio da prática, do particular, do variável e do contingente [...]. Neste sentido, a política sempre foi “prudencial” [...] permanecendo distante do mundo filosófico” (2005, p. 17). Tentando superar as dificuldades circunstanciais, o platonismo, através de preceitos universais a quaisquer situações aplicáveis, forneceu uma matriz de pensamento que se articulou justamente no sentido de buscar uma regularidade compatível com a estabilidade dos papéis sociais.

Na tentativa de esboçar uma caricatura entre Revolucionários e Reacionários, pôde-se perceber o quanto isso é difícil: ao mesmo tempo em que se pretende ser um, acaba por ser outro. O Iluminismo, ao lutar contra o “estático” da Tradição, ao buscar sempre o novo, acaba por tornar-se Tradição, justamente no momento em que quer “sempre” o novo. Maquiavel, ao mesmo tempo em que busca centralizar e tornar República a Itália, sendo nitidamente um platonista, é, em certo sentido, comunitário na medida em que, ao romper-se contra passados querendo abrir um outro futuro, este outro futuro nada mais será que outra tradição que, apesar de servir-se de outros valores políticos, não deixam de ser valores historicamente construídos. É muito difícil lidar com uma separação nítida dessas identidades, apesar de bastante visível a existência de duas matrizes do pensamento político: universalismo e particularismo.

A segunda conclusão relaciona-se com as respostas fornecidas por *liberais* e *comunitaristas* para a forma de *acordo* mais adequada ao pluralismo contemporâneo, em que múltiplas possibilidades para alcançar uma “vida boa” acabam inevitavelmente atritando-se. Como a forma do acordo existente consegue dar conta dessas diferenças? Por certo não basta ser “tolerante”, ficar “neutro” perante os conflitos. Não se considerar que foi o próprio Estado que fez nascer determinadas situações, tal como no Brasil em relação aos índios e aos negros, brutalmente explorados. Se outrora o Estado tomou partido, por que agora resolve ser “neutro”? Em termos de Brasil, a não-ingerência por parte Estado é sinônimo de dominação enquanto manobra política para manutenção da exploração, agora sob outras táticas.

A terceira conclusão relaciona-se com os imperativos *comunitaristas* que compõem o constitucionalismo brasileiro, a exigir da Jurisdição Constitucional uma postura política comprometida com um rigor metodológico na ação interpretativa que não a deixe cair em subjetivismos. A Constituição Federal, se bem observada, fornece nítidas coordenadas

para tanto, bastando ao intérprete uma abertura à comunidade de intérpretes, que é nada menos que a imensa quantia de pessoas articuladas em vários níveis institucionais que estão, a todo momento, lutando, através da palavra, para a construção e efetivação de direitos.

A quarta conclusão tange ao êxito do ministro Carlos Ayres Britto em sua tarefa hermenêutica do texto constitucional sobre o pedido de anulação, por parte de Senadores, do Estado de Roraima e do grupo de empresários representados por Lawrence Manly Harte, da homologação que demarca em área contínua a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Assim entendendo pela forma como foi tratado o texto constitucional, em que o ministro, pouco se valendo de normas infraconstitucionais, elabora um raciocínio que, além de tornar coerentes dispositivos esparsos na CRFB sobre o tema, transmitiu – sob parâmetros científicos fornecidos pela Antropologia Social, pelo diálogo direto com índios, empresários e antropólogos, e pela tradição de uma ética humanizante – uma ótica de observação completa e elaborada sobre um conflito de extrema complexidade.

Isso talvez permita mostrar que a interpretação do texto constitucional exercida, apesar da grande construção de sentidos, não o reformou obliquamente. Apenas caminhou no sentido de concretizar valores expressos já em sua superfície de nítida influência comunitarista que, justamente por isso, o torna amplamente aceito pela sociedade brasileira, ao menos pelos historicamente excluídos do templo da Justiça, para não falar dos que são sistematicamente atingidos por sua espada em nome de políticas públicas subalternizantes.

Referências

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* – Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Lumen Juris. [S.l.:s.n.].

HONNETH, Axel. Comunidade. In: *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Paulo Neves. Vol. 01. CANTO-SPERBER, Monique. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

JOAS, Hans. O comunitarismo: uma perspectiva alemã. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. SOUZA, Jessé (Org). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

KYMLICKA, Will. Comunitarismo. In: *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Paulo Neves. Vol. 01. CANTO-SPERBER, Monique. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

LEFORT, Claude. A primeira figura da filosofia da *praxis*. In: *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Org.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. SOUZA, Jessé (Org). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

PETTIT, Philippe. Liberalismo. In: *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Magda Lopes. Vol. 02. CANTO-SPERBER, Monique. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

POCOCK, John G. *The Machiavellian moment*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

TAYLOR, Charles. A Política do reconhecimento. In. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

A Admoestação ao Usuário de Drogas e a Descriminalização da Conduta de Uso

JANAÍNA SILVEIRA CASTRO
Faculdades Santo Agostinho

Resumo: O presente artigo tem por objetivo efetuar um sucinto estudo acerca da nova Lei de Tóxicos, e apontar as mudanças nas implicações legais do usuário dependente e traficante de drogas, uma vez que é bastante questionável o problema social dos usuários de entorpecentes, tendo como tema: A admoestação ao usuário de drogas e a descriminalização da conduta de uso, ante a nova lei antidrogas.

Palavras-chave: Usuários de drogas, Descriminalização, Despenalização, Lei 11.343/06.

Abstract: This article propose a short study about the new Law of Toxics, and show changes in the legal implications of the User dependent and drug dealer, since it is highly questionable social problem of drug users, with the theme: The admonition of the user and the decriminalization of drug use behavior, before the new anti-drugs.

Keywords: Drug users, Decriminalization, Legalization, Law 11.343/06.

1 Introdução

O ordenamento jurídico nacional abriga, desde o dia 24 de agosto de 2006, a Nova Lei de Tóxico, publicada sob o nº 11.343/06. Essa Lei adota uma posição extremamente evoluída e racional do ponto de vista legal, proporcionando grandes debates no meio jurídico, especialmente em função da novidade inserida no seu artigo 28.

Na verdade, o que se percebe é que houve uma mudança expressiva nos crimes relacionados aos usuários, dependentes e traficantes de substâncias ilícitas e psicotrópicas com caráter de entorpecentes.

No cenário jurídico, muitos adotam essa mudança como descriminalização formal, pois acabou com o caráter criminoso do fato, ao mesmo tempo, uma despenalização, isto é, evitou-se a pena de prisão para o usuário dependente de drogas.

Percebe-se que essa nova postura é, de fato, inovadora em nosso país. Há tempos, o Brasil vem passando por um processo racionalizante da pena, e a concebera como uma forma de estabelecer a paz social e a própria ressocialização do delituoso.

2 Direito Penal Máximo X Direito Penal Mínimo

2.1 Movimento de lei e ordem

Nos dizeres de Pires e Sales (2003), o movimento de lei e ordem é radicalizado no temor da classe trabalhadora, suscitado e manipulado pela mídia e pelos políticos e sensacionalistas que defendem uma ideologia da repressão para conter um inimigo criado através do medo e do pânico. Para isso, a mídia difunde a ideia de que a criminalidade e a violência encontram-se sem controle, noticiando crimes cruéis, mostrando a criminalidade como um fenômeno. Dessa forma, é criado um verdadeiro estado de pânico e desespero entre as pessoas que reclamam, sem muita racionalidade, solução imediata para esse angustiante problema, ou seja, da segurança pública.

Dessas idéias, inculcadas no público em geral, em especial, na própria classe trabalhadora, que criam o “temor e o “pânico” do crime, origina-se peculiar ideologia da repressão penal: o único meio de combate à criminalidade violenta são as penas severas, fundamentadas na retribuição e no castigo. O movimento *law and order* defende o enrijecimento do sistema penal por meio do rigor da reação penal: cominação de penas severas, aumento daquelas já previstas, endurecimento do regime de execução da pena, ampliação das hipóteses de prisão processual redução dos poderes discricionais do juiz para a individualização da pena etc. (PIRES e SALES, 2003, p.299).

Segundo Britto (2008)¹, os crimes graves requerem longa privação de liberdade a ser cumprida em estabelecimentos penais de segurança máxima, em regime altamente rigoroso, tais como o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) ou mesmo a pena de morte. O Movimento de Lei e de Ordem, através do rigor da reação penal, defende o endurecimento do sistema penal com penas mais severas, aumento daquelas já estabelecidas, enrijecimento de seu regime de execução, aumento das hipóteses da prisão processual e diminuição do poder discricionário do juiz para a individualização da pena. Além disso, proclama que exista uma resposta imediata ao crime, com o crescimento da prisão provisória e que a execução da pena deve ser realizada pela autoridade penitenciária, restringindo assim o controle judicial.

De acordo com Brito (2008)², este movimento é integrado por políticos com anseios opostos às conquistas dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, altamente repressiva. Preconiza um maior número de leis incriminadoras com o objetivo de reduzir a criminalidade e intensificar a utilização do Sistema Penal.

Para Dotti (2005), os defensores desse movimento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus e que a violência destes só poderia ser controlada por meio de leis mais severas, com longas penas de prisão ou, até mesmo, a morte.

Segundo Pires e Sales (2003), o movimento de lei e ordem é muito criticado pelos intelectuais, que conhecem bem e sabem dos grandes problemas penitenciários, a falta de presídios, e de preparo dos agentes penitenciários. E, o pior de todos esses problemas é a superpopulação carcerária, que só tende a aumentar com esse tipo de legislação. Sobre o problema da superpopulação carcerária, enfatizou Wacquant:

Mas, acima de tudo, essas medidas dissimulam fortes disparidades dentro de cada nação, o que faz com que uma fração importante, se não a maior parte dos prisioneiros cumpram a sua sentença em condições alarmantes de superpopulação carcerária. (WACQUANT, 2001, p. 115-116).

São conhecidas também as consequências da execução das penas privativas de liberdade para o indivíduo, de seu “trancafiamento”³ nas prisões, que hoje são incluídas pela sociologia criminal como a perda da personalidade e a capacidade que o indivíduo possuía.

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media*⁴ e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do

¹ <<http://www.soartigos.com/admin/de/editor.php>>

² <<http://www.soartigos.com/admin/de/editor.php>>

³ Prender, encarcerar.

sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de “lei e ordem”, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um “inimigo interno” comum. (BARATTA, 2002, p. 204-205).

A liberdade de imprensa, pilar do Estado Democrático, permite anunciar, comentar, explorar os fatos delituosos incidentes. Contudo, muitas vezes, isso tem sido feito sem o mínimo de cuidado, principalmente quando se tratam de acusados ou simples suspeitos, violando outros princípios constitucionalmente assegurados, como o da presunção da inocência, gerando na sociedade medo e desespero, que resultam em manifestações com apelo de morte ou prisão perpétua, ou seja, penas mais cruéis, caracterizando assim o Direito Penal Máximo.

Portanto, querer combater a criminalidade com o direito penal é querer eliminar a infecção com analgésico, os micróbios continuam-se desenvolvendo no organismo agravando o quadro da enfermidade. *Mutatis mutandis*⁵, a ideologia da *law and order* (lei e ordem), não extirpa o crime, não garante uma ordem social justa, mas produz efeitos contrários ao da ressocialização objetivados com as intervenções penais, pois elas estigmatizam aqueles que são a ela submetidos e contribuem para a consolidação de carreiras criminais. (CARDOSO, 2004).⁶

Essa Política Criminal defende a luta contra a criminalidade de forma irresponsável, desrespeitando, na maioria das vezes, os postulados da dignidade humana, ameaçando a essência do Estado Democrático de Direito.

2.2 Direito penal mínimo

O direito penal mínimo é um movimento reformista em andamento, que vem se desenvolvendo desde a década de 80 e, no Brasil, desde a reforma penal penitenciária de 1984, com a incorporação das penas alternativas (Lei 9.714/98), passando pela introdução dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), que tratam dos crimes de menor potencial ofensivo. Tem caráter despenalizador do princípio de intervenção mínima do Estado, em que o direito penal mínimo só deverá intervir, quando for absolutamente necessário à existência pacífica da sociedade, isto é, o uso da prisão como *ultima ratio* e da busca das penas alternativas com base no que seria criminalidade grave (pena de prisão) x criminalidade leve (penas alternativas). Sobre direito penal mínimo, conceitua Ferrajoli:

[...] quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84).

⁴ É um vocábulo latino que em português significa meios, tendo sido importado para nossa língua, via inglês, com acepção de comunicação.

⁵ *Mutatis mutandis* é uma expressão latina que significa mudando o que tem de ser mudado. Pode ser a grosso modo entendido como tendo substituído ou levado em conta certos termos. Tal expressão é geralmente empregada a respeito de uma sentença ou ideia anteriormente citada e compreendida pelo leitor.

⁶ <www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=87>

No direito penal mínimo, a intervenção penal é limitada ao máximo, correspondendo, portanto, não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas, também, a um ideal de racionalidade e certeza.

Segundo Ferrajoli (2002), o direito penal mínimo é uma técnica de proteção dos direitos fundamentais, instrumentalizada através do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para a sua aplicação, bem como da existência, no processo, de vários instrumentos e limites destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir. Essa reforma tem-se caracterizado por uma eficácia invertida, contribuindo para aumentar o controle social e também relegitimar o sistema penal.

O direito penal seria, portanto, a lei do mais fraco, “a pena seria justificada como um mal menor, devendo ser sempre, a partir de um cálculo de custos” (ZAFFARONI, 2001, p.106). O objetivo do direito penal mínimo é a minimização da reação violenta contra o delito, pois o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado.

Diminuir, o máximo possível, “o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também, como se disse, um imperativo de justiça social” (QUEIROZ, 1998, p. 31). Trata-se de dizer que a racionalidade e a justiça devem sempre guiar a intervenção do Estado, visto que o direito penal é só um meio, não sendo nem o mais importante, tampouco o mais recomendado aos fins constitucionais desse Estado.

A certeza buscada pelo direito penal máximo “está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” (FERRAJOLI, 2002, p.84); já a certeza almejada pelo direito penal mínimo, ao contrário, está em que nenhum inocente possa ser punido pela incerteza de que algum culpado possa ficar sem punição.

De acordo com Ferrajoli (2002), o direito penal mínimo é uma certeza relativa em face dos limites, intrínsecos da definição da verdade processual.

3 Processos de criminalização

Criminar significa imputar um crime, a considerar como criminoso. O conceito de “Criminalizar, por sua vez, consiste em resolver que constitui de ora avante crime determinado ato só considerado infração ou delito até então. Tornar criminal” (CERVIVI, 2002, p. 87). A criminalização de uma conduta não pode se justificar por razões morais. Na origem dos movimentos proibicionistas do século XX, foi grande a pressão de movimentos conservadores puritanos dos Estados Unidos. A criminalização é um dos instrumentos da luta pela dominação entre os diferentes estratos e classes da sociedade. A designação por parte de um grupo social de certos elementos do modo de vida de outro setor da sociedade como criminoso, expressa superioridade do primeiro grupo que criminaliza o outro.

A associação do crime com o pecado, com o mal e com o vício, é ainda forte em países de tradição ibérica onde as raízes da Igreja católica foram mais sólidas e onde a inquisição perdurou por mais anos. As

formas que destoarem dos modelos de vida elaborados pela sociedade são proibidas e muitas pessoas passam a acreditar na criminalização como a única alternativa possível. A punição de condutas “imperfeitas”, incluindo-se aí o consumo de entorpecentes, viola o direito à diferença (FERREIRA, 2008, p. 193-194).

Segundo Ferreira (2008), a política do *War on Drugs*⁷ tem sido responsável pelo poder punitivo do Estado, de violações de direitos humanos e, até, da soberania de Estados Nacionais. Em questões de grande discussão, como é caso da criminalização, os legisladores de comunicação de massa costumam ser conservadores, que alimenta a opção proibicionista um sistema fechado muito pouco adstrito a mudanças. “E a criminalização da droga segue alimentando um ciclo de violência terrível em todo o planeta” (FERREIRA, 2008, p. 211).

O sistema punitivo escolhe um número mínimo de pessoas que vão ficar submetidas às penas. Essa seleção, chamada de criminalização primária, segundo Ferreira (2008), é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, ou seja, não é um dogma, mas uma construção social de uma época e de um local, e a secundária, “correspondente a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” (FERREIRA, 2008, p.217). Essas agências de criminalização secundária selecionam de acordo com critérios de estereótipos, segundo a vulnerabilidade da pessoa em relação ao poder punitivo.

A criminalização pode ser utilizada pelo legislador como aparente solução para um problema social. Frequentemente, o legislador é obrigado a legislar pela pressão da opinião pública, ou de certos grupos que fazem com que ele controle um fenômeno indesejável, sem que disponha de meios eficazes para fazê-lo ou sem que ele esteja disposto a enfrentar os custos dessa ação. Sob essas circunstâncias, ele pode chegar a criminalizar essas condutas para apaziguar a pressão da opinião pública. Essa operação frequentemente pode ter êxito porque a imagem que prevalece na sociedade quanto ao funcionamento do sistema penal está totalmente afastada da realidade (CERVINI, 2002. p. 94).

O legislador deve ter em mente que não deve buscar a solução na punição para diminuir os problemas. “Em suma, o Direito Penal não deve ser um “remendo” de desajustes sociais incipientes, mas sim o último recurso da comunidade” (CERVINI, 2002, p. 216).

3.1 Descriminalização

Descriminalizar é sinônimo de retirar, formalmente ou de fato, do âmbito do Direito Penal certas condutas, o caráter criminoso, não implicando, entretanto, em retirar-lhes a ilicitude, ou seja, o fato descrito na lei deixa de ser crime.

O processo de descriminalização faz parte do mesmo processo evolutivo daquele de criminalização e ambos se darão como conseqüências das mudanças sociais, sob o efeito do qual a norma penal não virá a perder o valor significante para o homem, a quem o Direito Penal deve servir (CERVINI, 2002, p. 217).

⁷ Guerra às drogas.

Segundo Gomes (2006), há três espécies de descriminalização:

- a) A descriminalização formal que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do âmbito do direito penal;
- b) Descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, ou seja, elimina o caráter criminoso que existe no fato e o proscreeve do direito penal passando para outros ramos do direito;

A descriminalização *stricto sensu* como na que chamamos de substitutiva, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável. (CERVINI, 2002, p. 82).

- c) E a descriminalização de fato que ocorre, quando:

O sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena (CERVINI, 2002, p. 83).

A descriminalização de fato, conforme Cervini (2002), consiste no fenômeno de redução gradual das atividades do sistema de justiça penal diante de certas formas de comportamento ou de certas situações, desde que não tenha havido mudanças na competência formal do sistema.

3.2 Descriminalização X despenalização

Os conceitos de descriminalização e despenalização são diversos no meio doutrinário, não existindo um inteiro acordo entre os autores.

Para Cervini (2002), as penas privativas de liberdade foram descartadas pela comprovação de que as prisões são fatores criminógenos de alto poder, pois causam, irremediavelmente, a desintegração social e psíquica do indivíduo e também do seu meio familiar.

Um grande número de delinquentes são ocasionais, de índole meramente circunstancial e não requerem reclusão nem tratamento. Outras pessoas como os doentes mentais, os alcoólatras, os farmacodependentes, não devem cair no âmbito da lei penal, devendo ser feita sua readaptação, caso possível, no plano médico, psiquiátrico etc. (CERVINI, 2002, p.77).

Após os fracassos da pena de prisão, começou ganhar força uma corrente reformadora que tende a desinstitucionalizar, isto é, a ter a menor quantidade de presos possível, e a institucionalizar somente em casos considerados extremos (ex: grandes furtos, homicídios e roubos).

Segundo Gomes (2004), institucionalização significa atribuir a uma instância formal de controle a solução do conflito. O contrário significa desinstitucionalizar que “é retirar dos órgãos oficiais a competência para a solução do litígio” (CERVINI, 2002, p. 88).

Segundo Cervini (2002), o que vem predominando na doutrina dos países centrais é a tendência à despenalização e à descriminalização, deixando de lado as posições críticas de ultradireita, infiltrados no que se chama, nos Estados Unidos, de novo realismo criminológico. Este enfatiza a repressão do sistema, defende a reimplantação da pena de morte e afirma que os substitutivos penais não fazem mais do que instigar novos delitos e ficando de lado as posições críticas da ultra-esquerda, inspirada no marcussiano, fazendo uma crítica tão radical ao sistema penal que conduz à supressão e cai virtualmente em um anarquismo.

3.2 A revogação da Lei 6.368/76 pela Lei 11.343/2006

A nova Lei de Tóxicos, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, revogou expressamente a então Lei de Tóxico Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/02, e o procedimento da antiga Lei de Tóxicos, de acordo com seus artigos 74 e 75.

A Lei 11.343/2006, em seu artigo 28, impõe sanção ao usuário ou dependente de entorpecentes, trazendo um novo tratamento ao usuário de drogas, tipificando medidas educativas, como advertência sobre os efeitos da droga e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e prestação de serviços à comunidade. Já a lei anterior 6.368/76, em seu artigo 16, previa detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A nova legislação veio tirar o caráter repressivo da Lei 6.368/1976, trazendo três modalidades que possuem caráter autônomo, educativo e ressocializador, não repressivo e de inserção social.

Na hipótese do crime de posse ou porte de drogas para o uso pessoal, aconteceu o abrandamento da reprimenda para o delito, deixando de ser cominada ao fato pena privativa de liberdade e pena pecuniária, passando a ser cominada, no lugar delas, pena restritiva de direitos, configurando dessa forma, verdadeira despenalização, em que o crime - antes previsto pelo art. 16 da lei 6368/1976, agora disciplinado pelo art.28 da Lei nº 11343/2006 – continua a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, na condição de ilícito, punido somente com pena alternativa (MOURA, 2007, p. 54).

Com a nova de lei de tóxicos, admite-se a impossibilidade de pena de prisão ao usuário com o porte de drogas para o consumo pessoal, em comparação com o delito anteriormente previsto no art.16 da Lei 6.368/76, não existindo pena privativa de liberdade.

Portanto, é de se observar que a nova legislação, nas disposições relativas ao uso de drogas, tem como principal característica a ressocialização e prevenção do usuário e não a sua repressão.

3.3 Dos crimes e das penas relativas ao uso na Lei 11.343/2006

O artigo 28 da lei 11.343/06, em seus incisos, deixa bastante claro o objetivo ressocializador da atual legislação, portanto, ao usuário de drogas não se aplica a pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), somente penas alternativas, mesmo

sendo o usuário reincidente.

Art.28 – Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

A Lei 11.343/06 trouxe substancial modificação nesse aspecto. Com efeito, para as condutas previstas no caput do art. 28 e § 1º do art.28, passou a prever as penas de:

I – Advertência sobre os efeitos das drogas

A pena de advertência, aplicada de forma escrita em audiência, como instrumento de oportunidade utilizado pela Lei 11.343/2006 na política pública de prevenção é integrada no rol das penas alternativas. Mas, para sua eficácia, é preciso que um profissional da saúde, voltado para um objetivo pedagógico, esclareça o usuário quanto aos malefícios da droga à sua saúde.

II - Prestação de serviços à comunidade

[...] as tarefas gratuitas, no Código Penal, destinam-se a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais; na Lei 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade deve voltar-se, preferencialmente, a programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se destinem, fundamentalmente, à prevenção ao consumo e à recuperação do usuário e dependente de droga. (NUCCI, 2007, p. 336).

No código penal, o descumprimento da prestação de serviços à comunidade implica na conversão para a pena privativa de liberdade; já na Lei 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade “quando não cumprida, sujeitará o sentenciado à admoestação verbal e/ ou à aplicação de uma multa. (NUCCI, 2007, p. 336).

III – Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Trata-se de uma medida inédita, que não consta no código penal, mas também não foi regulada com detalhes na Lei 11.343/2006.

Segundo Nucci (2007), não ficou estabelecida a obrigação de o usuário de drogas comparecer a programa ou curso educativo. A única maneira de evitar uma possível lesão ao princípio da legalidade é fazer uma analogia com a prestação de serviços à comunidade.

A Lei em estudo não tipifica a ação de usar a droga, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal (CAPEZ, 2008, p. 701).

Na verdade, a lei não reprime o vício, uma vez que não tipifica a conduta de usar, mas o fato de a pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas; tanto que o objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado.

Existe uma dificuldade em diferenciar o usuário do traficante de drogas, portanto, o § 2º do art. 28 da lei 11.343/2006 tem a seguinte disposição: “Para determinar se a droga é para o consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, o disposto neste art. 28, § 2º não difere na essência, do art. 37 da lei 6.368/76 já revogado.

A quantidade de droga é um fator importante, mas não exclusivo para a comprovação da finalidade de uso, devendo ser levada em consideração todas as circunstâncias previstas no art.28 da Lei 11.343/2006. Houve, portanto, critério de reconhecimento judicial e não de quantificação legal.

Seguramente não são esses aspectos que vão determinar se o consumo pessoal ou de tráfico. Nem a quantidade é fator determinante. O que importa é o elemento subjetivo específico, cabendo ao Estado-acusação o encargo de provar que se trata de tráfico e não de consumo (GIACOMOLLI, 2008, p. 192)

Segundo Capez (2008), a pequena quantidade de droga não descaracteriza o tráfico de entorpecentes, se existentes elementos capazes de confirmar a convicção do juiz.

[...]

§ 3º. As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

Nessa Lei, prevê-se “a completa autonomia das penas de prestação de serviços à comunidade e obrigação de frequência a programa ou curso educativo” (NUCCI, 2007 , p. 338), que devem ter o prazo de um dia a cinco meses.

§ 4º. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

Aqui não importa se a pena anterior fixada foi advertência. Se novamente o usuário for condenado, respeitando-se o período de cinco anos a contar da extinção da punibilidade (art. 64, I, do código penal, as penas previstas nos incisos II e III do parágrafo acima (prestação de serviço à comunidade e frequência a curso ou programa educativo serão fixados em até dez meses).

O parágrafo 5º tem a peculiaridade de inserir o condenado em entidades assistenciais ou educacionais, voltadas para a prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, o que já é um fator positivo.

Em resumo, o parágrafo 6º do art. 28 dispõe que descumpridas as medidas do caput do art. 28, nos incisos I, II e III, o juiz poderá submeter o usuário à admoestação verbal ou multa. A diferença fundamental entre a pena de advertência e a admoestação verbal é a finalidade. No primeiro, o juiz alerta o acusado a respeito dos efeitos das drogas, não em relação ao próprio usuário, mas, sobretudo, com relação à saúde pública. No segundo, o magistrado cuida de avisar com firmeza, que o agente não vem cumprindo corretamente

a pena aplicada e estará sujeito à pena de multa.

Menciona-se, ainda que, no parágrafo 7º, o Juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde ambulatorial, para tratamento especializado.

3.4 As vantagens do novo tratamento dado ao usuário pela Lei 11.343/06

Conforme Gama (2006), as atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas devem ser bem planejadas, ocupando o trabalho de profissionais do direito, da saúde, da psicologia e da assistência social na busca do bem-estar da família e da sociedade, o uso e a dependência apresentam-se como ocorrências comprometedoras, reclamando a atuação qualificada de pessoas que possam restabelecer um estado de melhoria.

Descreve o art. 20 da lei 11.343/2006, “Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas”.

Uma das propostas inseridas no novo ordenamento jurídico ao tratamento do usuário de drogas é a utilização de projeto terapêutico individualizado e a atenção dada por equipes multiprofissionais.

O artigo 22 traz o seguinte: “As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:”

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV- atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

Aqui, o usuário dependente de drogas, fazendo-se envolver em um caminho muitas vezes sem volta, ainda com balda de criminoso, é carecedor de uma justiça terapêutica, que o insira, novamente, no convívio social, sem fazer com que ele passe pelo castigo da lei, ainda que seja menor esse castigo.

Segundo Gama (2006), o empreendimento a ser realizado no campo da medicina, da psicologia e da assistência social requer uma descrição bem detalhada, para evitar excessos além do esperado. O tratamento tem todas as possibilidades de diminuir ou, até mesmo, livrar a pessoa do uso de droga.

Na psicologia, a terapia ocupacional contribui com o abandono do mundo das drogas, uma vez que se procura desenvolver e aproveitar o interesse do paciente por um determinado trabalho ou ocupação. Assim, no planejamento já é possível determinar o tipo de tratamento idôneo a resolver a parte dos problemas ou que ofereça fundamentos para tanto. Como objetivo a ser atingido, o importante é que se dê o restabelecimento da saúde e do bem estar do usuário ou dependente. (GAMA, 2006, p.43)

O artigo 26 da Lei 11.343/2006 assegura que “O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos à medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário”.

O objetivo previsto no art. 26 é garantir, tanto ao usuário de drogas, ainda que não dependente, quanto ao dependente, submetido à medida de segurança por ter praticado algum delito considerado criminoso, o atendimento à saúde, como forma de evitar maiores males.

Dentre estes, a dissipação da droga no interior dos presídios, além de buscar evitar que o atual usuário se transforme em dependente. Por outro lado, é igualmente viável que o usuário, passando à condição de dependente, possa a ter a sua pena convertida em medida de segurança, nos termos do art.183 da Lei de Execução Penal. (NUCCI, 2007, p. 328).

4 Considerações finais

Como objeto cultural, o Direito não pode se dar o privilégio de desprezar as variações sociais que ocorrem em sua volta, sob a possibilidade de se tornar anacrônico ao afastar-se de seu ponto principal, a justiça, para se mostrar como meio de injustiças e ações ineficazes para controle social.

A lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, veio atender uma série de princípios e determinações constitucionais que surgiram no decorrer histórico, além de uma adequação ao sistema sociopolítico vigente, o que realmente demonstra demasiada diferença em relação ao Brasil de 1976, data da publicação da antiga Lei de Tóxico.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal - parte geral*, volume 1/ César Roberto Bitencourt. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, legislação penal especial. Volume 4, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito - parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e Direito Penal mínimo: análise principiológica da Criminalização de substâncias psicoativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 75, São Paulo, 2008.

FREITAS, Jayme Walmer de. *A questão da descriminalização do crime de porte de entorpecentes e o novo conceito de crime*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1335, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9537>>. Acesso em 8 jul. 2009.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas: Lei 11.343/2006 comentada*. São Paulo: Russell, 2006

GIACOMOLLI, José Nereu. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 71, São Paulo, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 31 out. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: usuário de drogas ou medidas alternativas*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 abr .2004.

MOURA, Júlio Victor dos Santos. A posse ou porte de drogas e a nova Lei Antitóxico. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 8, n. 43, Síntese, Porto Alegre, 2007.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos políticos-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 42, São Paulo, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1, parte geral, arts. 1º a 120, 6. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Comentários à nova Lei de Tóxicos e Lei Maria da Penha*. Leme/SP: Imperium Editora e Distribuidora, [19-].

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS I

Av. Universitária, s/nº – JK
(38) 3690-3690 – Montes Claros - MG
CEP 39404-006

CAMPUS III

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
(38) 3690-1012 – Montes Claros - MG
CEP 39400-546

CAMPUS II

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK
(38) 3690-3600 – Montes Claros - MG
CEP 39404-006

