

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 2, n. 2, jul.-dez. /2007. ISSN 1809-7278 (Impressa)  
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 2, número 2, jul./dez. 2007

ISSN 1809-7278

---

REVISTA BRASILEIRA  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v.2, n.2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2007

---



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 Lingüística:** Nely Rachel Veloso Lauton  
Anna Marie Moore de Souza

**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. 2, n. 2 (2007) – . – Montes Claros (MG) : Editora  
Fundação Santo Agostinho, 2007–  
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

<b>EDITORIAL</b> .....	5
------------------------	---

### ABERTURA

Una vez más sobre el Respeto a los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal del Enemigo: la Política Criminal Española tras los Macroatentados Terroristas María Asunción Chazarra Quinto.....	9
--	---

### ARTIGOS

A Metapsicologia Freudiana da Vingança e o Direito Penal – uma Interseção Reveladora dos Fundamentos Necessários de uma Teoria do Crime Adequada Ana Cecília Carvalho, Marcelo Cunha de Araújo et al.....	27
O Fenômeno Paradigmático da Desjudicialização e sua Repercussão na Construção de um Novo Modelo de Ensino Jurídico Paulo Hermano Soares Ribeiro.....	61

### ARGUMENTO JURÍDICO

#### Direito, Vida e Saúde

Considerações acerca da Tutela Legal da Doação de Órgão de Anencéfalo – Resolução CFM nº 1.752/04 Edna Raquel R. S. Hogemann.....	85
--	----

Saúde e Liberdade Genival Veloso de França.....	97
--	----

<b>NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO</b> .....	107
--	-----



## EDITORIAL

Este número da *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* se apresenta como a consolidação do projeto editorial iniciado desde o primeiro número. Mantendo a necessária abertura e interlocução com o mundo jurídico nacional e internacional, publicamos na sessão “Abertura”, deste número, o artigo da professora María Asunción Chazarra Quinto que versa sobre a questão do respeito aos direitos fundamentais na Espanha e na Europa no contexto da luta contra o terrorismo. Chazarra Quinto analisa a legislação antiterrorismo espanhola e propõe meios para equilibrar o combate a ações terroristas que ameaçam o Estado de Direito e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Preferimos manter a publicação do artigo em sua língua original, o Espanhol, com a formatação dada pela autora.

Abrindo a seção “Artigos”, temos uma produção a várias mãos conduzida pelos professores Ana Cecília Carvalho e Marcelo Cunha de Araújo. O texto trata da “Metapsicologia Freudiana da Vingança e o Direito Penal” numa clara e instigante interseção entre Direito e Psicanálise. Os autores percorrem diversas obras de Sigmund Freud que abordam o tema da vingança numa tentativa de compreender, sob a ótica da psicanálise, a “dinâmica psíquica” dos sujeitos envolvidos em crimes. Nessa análise, buscam trazer a contribuição psicanalítica para o Direito Penal para que este possa atuar de forma “razoável à minoração dos danos irreparáveis de um crime”.

O texto do professor Paulo Hermano Soares Ribeiro, também presente na seção “Artigos”, apresenta tema de fundamental importância: a formação do profissional do Direito. O texto discute o fenômeno da desjudicialização do Direito e analisa a sua (não) recepção nos currículos dos Cursos de Direito. Para o autor, a não inserção da temática da desjudicialização no ensino jurídico determina a formação de advogados “demandistas”, que se especializam em fomentar demandas ao invés de desestimulá-las.

Na seção “Argumento Jurídico”, os professores Genival Veloso de França e Edna Raquel R. S. Hogemann estabelecem um diálogo entre o Direito, a saúde e a liberdade. Ambos os textos versam sobre questões relevantíssimas no encontro entre Direito e Medicina. O primeiro texto, da professora Edna Hogemann, trata da doação de órgãos de anencéfalos, tendo como objeto de análise a Resolução n. 1752/04 do Conselho Federal de Medicina que autoriza a doação. A autora cinge importantes observações sobre os conflitos bioéticos e biojurídicos envolvidos no debate. No segundo texto,

temos a expressiva contribuição do professor Genival Veloso de França que discute a saúde e a liberdade como valores fundamentais nos dias atuais. Afirma que a consolidação desses valores se traduz em normas que resguardam os direitos dos indivíduos em sociedade.

Gostaríamos de registrar, mais uma vez, que a *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* está, entre outras publicações do gênero, inserida no grande debate jurídico nacional e internacional. Prova disto é a contribuição, a acolhida que recebemos a cada número publicado, contemplando a participação de eminentes juristas nacionais e internacionais representativos de variadas escolas doutrinárias, de variados ambientes físicos e intelectuais.

Finalmente, uma palavra à razão de ser desta publicação: nossos leitores. O trabalho que aqui se apresenta nasceu, e vive, por conta da participação de vocês, leitores. Assim, agradecemos a acolhida, esperamos contar sempre com o apoio. Todas as críticas são bem-vindas e vistas como um processo natural de crescimento.

Boa leitura!



**A B E R T U R A**



# Una vez más sobre el Respeto a los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal del Enemigo: la Política Criminal Española tras los Macroatentados Terroristas

MARÍA ASUNCIÓN CHAZARRA QUINTO

Universidad Miguel Hernández

Universidad Cardenal Herrera – CEU

Espanha

**Resumo:** Argumenta-se no artigo que o terrorismo não foi criado em Nova York, no 11 de setembro de 2001. Afirma-se que a luta contra o terrorismo não pode ofuscar a defesa dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, dentre outros, em favor da segurança. Afirma-se que as lutas contra o terrorismo podem levar a uma expansão da atividade do Estado, levando-o a interferir direta e perniciosamente na vida do cidadão. Essa ingerência pode significar uma aproximação do Estado com processos de implantação de sistemas totalitários. O denominado “direito penal do inimigo” e o “direito penal de terceira velocidade” são algumas caracterizações dessa vertente teórica. Discute-se, ainda, neste artigo, o necessário equilíbrio entre a legislação penal antiterrorista e o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

**Palavras-chave:** Terrorismo, Direito Penal, Direitos Fundamentais.

**Abstract:** It is argued in the article that terrorism was not created on the 11 of September 2001, in New York. It is stated that the fight against terrorism must not obfuscate the defense of fundamental rights of liberty and privacy, amongst others, in behalf of security. It is also stated that the fight against terrorism may lead to an expansion in the State activity; this may lead the State to interfering directly and maliciously in the citizen's lives. This interference may mean the approximation of the State with processes of implementation of totalitarian systems. The so called “criminal law of the enemy” and the “criminal law of third velocity” are some of the characterizations of this theoretical approach. It is also discussed in the article the necessary balance between the criminal antiterroristic legislation and the civil rights of all citizens.

**Keywords:** Terrorism, criminal law, civil rights.

*“Quien pone la seguridad por encima de la libertad se arriesga a perder ambas”.*

**Benjamin Franklin**

## **I Reflexión inicial**

El terrorismo no fue creado el 11 de septiembre de 2001, sin embargo el atentado de Nueva York ha tenido una repercusión inmensa hasta el punto de que la seguridad mundial se ha visto amenazada y el propio Secretario General de la ONU subrayó en su discurso de 20 de septiembre de 2001 que los terroristas que atacaron a los EEUU el 11 de septiembre tenían como objetivo una nación pero hirieron al mundo entero.

Las democracias occidentales han adoptado distintos instrumentos normativos encaminados a reforzar su acción en la lucha contra el terrorismo que han supuesto una autentica conculcación de derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, etc. Asimismo, han aumentado los poderes y facultades de los servicios de inteligencia y la policía en la lucha contra el terrorismo y han afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria

En este trabajo no quiero centrarme en la legislación norteamericana sino en el tratamiento que ha tenido y tiene el problema del terrorismo en España, ya que desafortunadamente mi país ha sido objetivo de las bandas terroristas nacionales e internacionales antes y después del 11 de septiembre.

El Derecho penal constituye un instrumento esencial en la lucha antiterrorista y, por ello, no es de extrañar la preocupación constante por parte de las instituciones públicas respecto a su correcta aplicación y eficacia. Desde este punto de vista, resulta lógico que el legislador

haya adoptado una política criminal reformista, que ha llevado a plantear la necesidad de modificar o adaptar la normativa penal en materia de terrorismo a las nuevas situaciones políticas y sociales que se han presentado en estos últimos años.

Sin embargo no podemos obviar que ha sido a partir del punto de inflexión que ha supuesto el ataque terrorista del 11 de septiembre cuando se han empezado a modificar las leyes antiterroristas a nivel mundial:

- **La denominada “Patriot Act” norteamericana** (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) de 26 de octubre de 2001.
- **La legislación antiterrorista británica** en un principio la hoy derogada “Antiterrorism, Crime and Security Act”<sup>1</sup> y Posteriormente, el 11 de marzo de 2005, sería aprobada la Ley de Prevención del Terrorismo, aplicable tanto a nacionales como extranjeros, y que ante la imposibilidad de detener a los sospechosos de delitos de terrorismo sin una decisión judicial, introduce la figura de las llamadas “ordenes de control”, que permiten vigilar a los extranjeros.
- **La legislación antiterrorista italiana** la Ley de 14 de diciembre de 2001, n° 431, de “Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional” que crea el denominado Comité de Seguridad Financiera (*Comitato di Sicurezza Finanziaria*); y la Ley de 15 de diciembre de 2001, n° 438, sobre “Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional”.

Estas leyes antiterroristas son un fiel reflejo de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que ha encontrado una dudosa justificación en planteamientos teóricos que nos retrotraen a momentos históricos caracterizados por la implantación de sistemas totalitarios, despiadadamente negadores de los más elementales derechos humanos y que no dudaron en servirse de la dogmática jurídico-penal como dócil instrumento de legitimación, en franca pugna con un entendimiento democrático de la Justicia penal.

En efecto, han surgido una serie de propuestas doctrinales que justifican el modelo penal de la seguridad ciudadana:

- **La teoría del denominado “Derecho penal del enemigo”** (*Feindstrafrecht*) elaborada por el Profesor de la Universidad de Bonn Günther Jakobs<sup>2</sup> como contrapuesta

---

<sup>1</sup> La Cámara de los Lores se vio obligada a declarar ilegal la “Ley contra el Terrorismo, el Delito y la Seguridad” del Gobierno de Tony Blair, que permitía que los “sospechosos de delictos de terrorismo” puedan permanecer detenidos de forma indefinida y sin juicio lo que suponía una derogación tácita de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003.

al Derecho penal del ciudadano, que se caracteriza por un decidido aprovechamiento de los efectos inocularizadores de la pena, la potenciación de las medidas de seguridad, la facilidad para la imposición de la prisión preventiva y la casi total desaparición del Derecho penal garantista. Todas estas notas se manifiestan en el establecimiento de controles corporales obligatorios, la prolongación de la incomunicación tras la detención y las limitaciones al derecho de defensa, entre otros.<sup>3</sup>

- **El denominado “Derecho Penal de la tercera velocidad”**, termino acuñado por el profesor Silva Sánchez<sup>4</sup>, dedicado a la delincuencia sexual violenta, la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo. Este modelo ha surgido por la conveniencia de reaccionar más enérgicamente frente a conductas especialmente graves que suponen una negación frontal de los principios políticos básicos de nuestro modelo de convivencia y que justifican, una vez más, la renuncia a ciertas cotas de libertad a cambio de reforzar la seguridad Este Derecho penal se caracteriza por la existencia de reglas de imputación menos estrictas, por la anticipación de la intervención penal a fases previas de la ejecución, por el incremento de las penas de prisión y por la reducción de las garantías penales y procesales. Si bien este modelo penal menos garantista debería aplicarse de manera excepcional y secundaria.
- **La reinstauración del denominado “Derecho de la peligrosidad”** que volvería a introducir medidas de seguridad de carácter predelictivo, la acumulación penas y medidas de seguridad y la posibilidad de imposición de medidas de seguridad de duración indeterminada o de carácter permanente.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Una propuesta de configuración de dos clases de derecho penal, basada en la diversa naturaleza de los delinquentes, en cierta manera siguiendo los postulados del Derecho penal del enemigo la ha formulado en España Bueno Arús. Según este autor deben recibir un tratamiento diferenciado la delincuencia por necesidad, por frustración o por falta de oportunidades sociales, y aquella otra que es delincuencia por abuso, por prepotencia o gratuita. Si en el primer grupo se encontrarían “la inmensa mayoría de los delinquentes, de los jóvenes, de los reos de delitos pequeños, en especial contra la propiedad”, en el segundo entrarían terrorismo, crímenes internacionales, asesinatos y violaciones innecesarios o no provocados, delincuencia de cuello blanco, tráfico de drogas y personas, etc. Pues bien, para la delincuencia del primer grupo procedería un derecho penal centrado en la resocialización, mientras que el otro bloque delinencial debería ser abordado mediante su inocuización. Esta propuesta assume peligrosamente perspectivas propias del derecho penal de autor y posee los mismos peligros que la tesis de Jakobs. Bueno Arús, F.: *La ciencia del Derecho penal: Un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid, 2003, pags. 82 y ss.

<sup>4</sup> Silva Sánchez, J. M. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas, 2ª edición, 2001, pag. 163.

<sup>5</sup> Díez Ripollés, J. L.: El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea).2004, núm. 06-03, pags. 03:1-03:34. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

## **II Planteamiento**

El objetivo que nos hemos planteado en este trabajo no es otro que analizar si en la legislación relativa a los delitos de terrorismo en España están presentes los rasgos del hoy en día denominado “Derecho penal del enemigo” y plantearnos si su aplicación es correcta desde un punto de vista constitucional y de respeto a los principios y garantías mínimas propios del Derecho Penal.

Una vez analizada esta cuestión intentaremos plantear una estrategia alternativa, aunque sea parcialmente a la restricción de garantías basadas en una política de “tolerancia cero” en la lucha contra la delincuencia terrorista.

## **III Consideraciones dogmáticas acerca del fenómeno del Derecho Penal del enemigo**

### **1. El “Derecho penal del enemigo” como punto de partida en las legislaciones antiterroristas.-**

Hoy en día parece ser que las tesis del denominado Derecho penal del enemigo son las que se imponen en el tratamiento de los delitos de terrorismo por ello debemos realizar un análisis mas pormenorizado de esta tesis dogmática.

El Derecho penal del enemigo que, además, siempre ha tenido un marcado carácter procesal más que penal, no es, pues, un fenómeno que pueda entenderse nacido a la luz de la expansión del Derecho penal, sino una respuesta estatal con carácter simbólico y de “última solución” utilizada tradicionalmente frente a las ofensivas o crisis de delincuencia fundamentalmente terrorista.

Desde un punto de vista jurídico filosófico se pueden distinguir dos tendencias en el Derecho penal: el denominado Derecho penal de los ciudadanos que se aplica a aquellos que están dentro del Derecho y solamente cuando lo niegan, cometiendo un delito, se actúa contra ellos y el Derecho penal de los enemigos que se circunscribe a quienes no pueden considerarse ciudadanos por negar totalmente el Estado de Derecho y vivir fuera de él, contra ellos se actúa partiendo del principio de peligrosidad independientemente de los hechos delictivos cometidos.<sup>6</sup>

El Derecho penal tradicional se va a reservar a aquellos individuos que desde dentro del Estado de Derecho violan una norma de manera incidental, mientras que aquellos que abandonan el Derecho de modo permanente quedan excluidos de los principios y derechos

---

<sup>6</sup> El estudio del Derecho penal de los enemigos ha estado presente en todas las discusiones dogmáticas de la última década sobre todo a raíz de la publicación de la obra del Profesor Gunther Jakobs “*Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, ZStW, nº 97, págs. 751 y ss.

vigentes para los ciudadanos. Desde la posición dogmática de Jakobs el “enemigo” es un ciudadano que por su posición, su forma de vida o quizás su pertenencia a una organización criminal, ha abandonado el Derecho de manera duradera, por lo que al encontrarse totalmente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios propios de la persona, se considera al enemigo una no-persona.<sup>7</sup>

Es por ello que se puede distinguir entre ciudadanos que ofrecen expectativas de un comportamiento conforme a la norma y enemigos

En un intento de síntesis podríamos decir que el Derecho penal del enemigo se caracteriza por la presencia de tres notas<sup>8</sup>:

- La anticipación máxima de la tutela penal, se produce un adelantamiento de las barreras punitivas hasta casi la penalización de los “actos internos” criminalizándose conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, justificando este castigo en la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes se consideran “enemigos”.<sup>9</sup>
- El quebrantamiento del principio de proporcionalidad que se produce en numerosos supuestos relacionados con los delitos cometidos por los presuntos “enemigos”. Así se castigan de la misma forma los actos preparatorios y de participación que los hechos consumados y de autoría, la imposición de penas inhumanas y degradantes y la creación de circunstancias agravantes fundamentadas en la pertenencia a un grupo terrorista castigadas con penas desorbitadas sin tener en cuenta los hechos delictivos que efectivamente se lleven a cabo.<sup>10</sup>
- Y, por último, la minimización de las garantías procesales incluso de aquellos Derechos Fundamentales relacionados con el proceso penal, en aras de mejorar la eficacia policial y judicial. Así se han alargado los plazos de detención sin puesta a disposición judicial, la pérdida de garantías procesales en la entrada y registro domiciliario o la práctica de interrogatorios sin asistencia letrada entre otras muchas actuaciones.

Estas notas que hoy se reputan propias del Derecho penal del enemigo de han estado presentes tradicionalmente en la legislación penal dedicada al terrorismo y el narcotráfico,

---

<sup>7</sup> En este sentido Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pág. 32.

<sup>8</sup> En el mismo sentido Chazarra Quinto, M.A.: “El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” a los delitos relacionados con la inmigración”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I-num.1-julio 2006.

<sup>9</sup> Pérez del Valle, C.: “Sobre los orígenes del <<Derecho penal del enemigo>>”, en *Cuadernos de Política Criminal* n° 75 (2001), pág. 598 y ss.

<sup>10</sup> Gracia Martín, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-02, p.02:1-02:43, Disponible en internet: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>.



que siempre ha supuesto una restricción de los derechos del imputado, si bien las últimas reformas penales españolas ponen en serias dudas la legitimidad del Derecho penal perdiendo la mayoría de sus límites y garantías y convirtiéndose en excepcional los viejos principios del Derecho penal liberal.<sup>11</sup>

En los últimos años las sociedades democráticas están optando por garantizar a toda costa la seguridad de sus ciudadanos aun cuando ello suponga el sacrificio de las garantías penales y procesales y aceptando la ideología de la “guerra preventiva” que pone en grave peligro el Estado de derecho.

Aun cuando pudiera parecer legítima la restricción de garantías en un ámbito tan grave como le delincuencia terrorista el gran problema de la aceptación de los postulados es, sin lugar a dudas, la imposibilidad de identificar claramente al “enemigo” del ciudadano. Es imposible asegurar en una fase de investigación policial si estamos ante un verdadero “enemigo” a quien se pueda aplicar este derecho excepcional privado de garantías o ante un ciudadano que no ha renunciado a acatar la norma.<sup>12</sup>

El Derecho penal del enemigo realmente se torna peligroso cuando, como se ha dicho anteriormente, excede los límites en los que formalmente ha sido concebido, ya sea por una inadecuada identificación del “enemigo” bien como está sucediendo claramente por una expansión del mismo a otros ámbitos que no son la criminalidad organizada y el terrorismo.<sup>13</sup> Así el Código penal español está salpicado cada vez más de ejemplos de ausencia de garantías propias del Derecho penal de no-personas, así ocurre en el ámbito de la violencia doméstica, en los delitos relacionados con la inmigración, los delitos contra el medioambiente o algunos delitos económicos.

Resulta muy preocupante constatar que las características de un Derecho penal que debería considerarse siempre excepcional se está convirtiendo en algo cada vez más extendido y de carácter permanente, por lo que hoy en día lo que resulta realmente difícil es la aplicación del Derecho penal tradicional con garantías plenas.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> En este sentido entre otros vid. Portilla Contreras, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001” en internet: <<http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>>.

<sup>12</sup> En este sentido es muy atinado el ejemplo utilizado por el profesor Miró Llinares al considerar un “terrible ejemplo de contaminación” el asesinato por parte de la policía de un ciudadano que no tenía relación alguna con los atentados de Londres y cuyo único delito había sido decidir huir de una diligencia policial. Miró Llinares, F.: “Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho real u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro Derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I-num.1-julio 2006.

<sup>13</sup> Cancio Meliá, M.: Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000” en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, pág. 24.

<sup>14</sup> Chazarra Quinto, M.A.: “*El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo”* ...”, ob.cit., pág. 10.

## **2 la situación española: una muestra mas de la primacía de la seguridad frente a la libertad**

Como ya hemos anticipado nuestra legislación antiterrorista esta férreamente asentada pues en España el azote terrorista ha sido constante durante varias décadas, es por ello que las muestras de Derecho penal del enemigo.

La primera de las reformas que queremos reseñar es la que se produjo con anterioridad al atentado terrorista de las Torres Gemelas de Nueva York pero que fue de gran calado y merece ser comentada por nuestra parte. Esta reforma fue introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que principalmente se centro en los siguientes aspectos:

– En primer lugar, la creación de un **nuevo delito de apología del terrorismo**: El Código penal de 1995 había supuesto una restricción importante a la hora de castigar las posibles conductas de apología del delito. Así el artículo 18 del citado Código penal concebía la apología dentro de unos límites tan estrictos, que hacía que los casos de enaltecimiento de un delito o de sus autores no pudieran ser castigados más que como una forma directa de provocación a un delito. Como consecuencia de su aplicabilidad en la Parte Especial quedaba reducida a casos excepcionales, lo que causaba inseguridad en el ámbito jurídico e insatisfacción en la opinión pública, al quedar fuera del marco penal conductas enaltecedoras del terrorismo alejadas del ámbito de la provocación directa.<sup>15</sup>

Ante esta laguna legal de efectos insatisfactorios la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, introduce un nuevo artículo 578, en el que se tipifican conductas de enaltecimiento del terrorismo, recogándose dos conductas diferentes: Por una parte, el enaltecimiento o justificación del terrorismo, lo cual pertenecería propiamente al ámbito de la apología delictiva. Pero, sin solución de continuidad, se castigan a continuación, como si fueran conductas de la misma naturaleza, los actos de descrédito o humillación a las víctimas de actos terroristas.

Se vuelve a penalizar la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores incorporando un delito propio del Derecho penal del enemigo ya que supone la anticipación de las barreras de protección penal criminalizando conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Como ejemplo de esta situación confusa puede recordarse el proceso a los miembros de la “Mesa Nacional de Herri Batasuna”. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 noviembre de 1997, ante la imposibilidad de considerar los hechos enjuiciados como una apología en sentido estricto, optó por aplicar la figura de la colaboración con banda armada. Si bien, más tarde, en Sentencia de 20 de julio de 1999, el Tribunal Constitucional confirma la opinión del Supremo respecto de la ampliación extensiva del tipo de colaboración, pero declara inconstitucional la pena genérica prevista en el artículo 576 del Código penal por su evidente falta de proporcionalidad.

<sup>16</sup> Asúa Batarrita, A.: “Apología del Terrorismo y colaboración con banda armada: Delimitación de los respectivos ambitos típicos” en *La Ley*, 1998, D-158, Tomo III, pags. 1638-1646.

- Por otra parte se introdujo la **protección de las Corporaciones Locales de los actos terroristas**: la reiteración de estas conductas, unida al hecho de que favorecían el clima general de terror y violencia y dificultaban la actuación de las instituciones democráticas en el País Vasco, hicieron que el legislador español se planteara la necesidad de extender o, en su caso, incrementar la intervención penal.<sup>17</sup> Para conseguir este objetivo, la Ley de reforma del Código Penal introduce dos novedades. Por una parte, incorpora un precepto nuevo, el artículo 505 y por otra reforma el ya existente artículo 551. En el artículo 505 se tipifica de nuevo cuño el hecho de perturbar de forma grave el orden de los plenos de una corporación local por personas que no son miembros de la misma, impidiendo el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causando desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La otra novedad de la reforma en este ámbito consiste en ampliar el artículo 551.2, incluyendo dentro del tipo agravado de atentado los realizados contra los miembros de las corporaciones locales.
- **La creación del denominado “terrorismo individual”**: La nueva redacción amplía el tipo de conductas tipificadas como delito de terrorismo. Este nuevo precepto permite castigar como delitos de terrorismo la comisión de cualquiera de los delitos de daños regulados en el Código Penal, cuando se realizan por personas no integradas en una organización terrorista, pero actuando con los mismos fines que ésta. Es decir, instaura la figura del terrorista individual que comete delitos sin estar integrado en banda organizada alguna y amplía la definición de terrorista aplicando este término a todo aquel que individualmente o a través de una organización con reiteración o aisladamente tenga como objetivo realizar actos que causen una situación grave de inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública.

Se trata de una norma creada *ad oct* para poder luchar en mejores condiciones de efectividad contra las nuevas situaciones: que se estaban produciendo en aquel entonces en el País Vasco español, principalmente manifestaciones y actos de violencia callejera que causaban daños al mobiliario urbano o privado, sin que necesariamente se generaran daños concretos a la vida o a la integridad física de las personas.

El pasado año 2003 el legislador dedicó cinco leyes orgánicas a la modificación del Código penal y aunque la reforma se ha articulado en distintas leyes existe una política criminal clara: una primacía de la seguridad sobre la rehabilitación del delincuente y una vuelta atrás en muchas de las cuestiones al Código penal anterior. Se produce un profundo cambio en la concepción y contenido del Código penal de 1995 (el llamado con más o menos acierto “Código penal de la democracia”), convirtiéndolo en lo que el propio

---

<sup>17</sup> La propia ley de reforma lo expresa con toda claridad: “se pretende otorgar mayor protección jurídica a los miembros de las corporaciones locales, legítimamente elegidos, y a los Plenos que celebran para el ejercicio de las funciones de la corporación”.

Gobierno patrocinador de las mismas llamó el “Código penal de la seguridad”.<sup>18</sup>

En grandes rasgos estas nuevas leyes supusieron básicamente un aumento de las penas aparejadas a los delitos terroristas de la mano del denominado de manera un tanto “propagandística” cumplimiento efectivo de las penas y que se centran básicamente en:

- La modificación del acceso al tercer grado penitenciario, ya que se introduce el llamado «período de seguridad», de manera que respecto a delitos castigados con pena superior a cinco años de prisión la clasificación en el tercer grado sólo se podrá efectuar una vez cumplida la mitad de la pena impuesta.
- El aumento del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión, pudiendo llegar hasta los 40 años, cuando se cometan dos o más delitos, y al menos dos de ellos (uno en los casos de terrorismo) estuviese castigado con pena de prisión superior a 20 años.
- Se modifica el cómputo para los beneficios penitenciarios y el acceso a la libertad condicional, así se incorporan períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas para acceder al tercer grado y a la libertad condicional en el ámbito de los delitos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. En los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite.

Se trata de una manifestación más de lo que se ha venido en llamar política criminal de tolerancia cero, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Con la pretendida política criminal de intolerancia no sólo se desconoce uno de los postulados más indiscutibles de la Criminología moderna, cual es el de que la única meta racional y factible de la lucha contra el delito es sólo su mantenimiento dentro de unas tasas soportables y nunca una erradicación total.

Después de la Segunda Gran Guerra Europa se imbuje de una filosofía reformista<sup>19</sup> que supone una asunción casi unánime por parte de la doctrina **penal** de los años sesenta de lo que se vino en llamar el «prevencionismo», en contraposición al «retribucionismo» imperante hasta la época. En España, es en 1970 cuando aparece una corriente científica que defiende una teoría relativa de la pena, impregnada de prevencionismo y con claro

---

<sup>18</sup> Muñoz Conde, F.: “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas*. RECJ.02.01/05 Disponible en internet: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>.

<sup>19</sup> Los Congresos Internacionales de París (1950) y Ginebra (1955) son buena prueba de ello las Reglas mínimas aprobadas en este último, una lógica y excelsa consecuencia.

repudio de la ciega retribución “penal”<sup>20</sup>. Finalmente, la nueva orientación alcanza al legislador: las reformas penales desde finales de los setenta, la Ley penitenciaria de 1979 y los Proyectos de Código Penal de las década de los ochenta son sus reflejos.

Pues bien, todo este bagaje antirretribucionista ha empezado a ser socavado en la década de los noventa en los países de la Unión Europea, denotando con ello una clara influencia de la política criminal norteamericana neoconservadora caracterizada por el afloramiento de una sentida necesidad de un incremento y endurecimiento progresivo de la represión penal. Siguiendo solapadamente estas tesis, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas se reforma el artículo 76 del Código Penal para modificar el límite máximo de cumplimiento de las penas elevándolo a 40 años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años, lo que encaja en los casos en que se cometen atentados terroristas causando la muerte de personas.

Asimismo, la Disposición Adicional Cuarta incorporada a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores contempla la aplicación de la misma a los delitos de terrorismo y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Consecuentemente, no se limitó la reforma a la delincuencia terrorista, sino que se incluyó también la referencia a otros delitos de notable gravedad, que de acuerdo con la primigenia redacción de la Ley sólo podían ser sancionados -como máximo y excepcionalmente- con cinco años de internamiento en régimen cerrado, complementados con otros cinco de libertad vigilada, cuando fueren cometidos por jóvenes de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años. La escalada represiva acometida por la Disposición adicional de referencia habilitó la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado con una duración máxima de diez años a los mayores de dieciséis años y de cinco a los menores de dicha edad pero mayores de catorce. Además, cuando se trate de los delitos de terrorismo, el Juez impondrá también, y sin perjuicio de otras medidas que procedan, la de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración del internamiento en régimen cerrado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor, esta nueva medida que en último término, supone una verdadera muerte civil para el precoz infractor.

En definitiva, se otorga más relevancia a la condición de terrorista menor que a la de menor terrorista, con todo lo que ello supone de estigmatización para el mismo, de drástica ruptura con los criterios que deben informar la Justicia penal juvenil en España y de

---

<sup>20</sup> Su bandera fue el trabajo de GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal? seguidos por otros del mismo autor y a la que paulatinamente se irán adhiriendo la mejor doctrina patria: primero MIR PUIG, luego LUZON PEÑA y MUÑOZ CONDE entre otros.

inadmisible selección de las medidas atendiendo antes a la gravedad de los hechos cometidos que a la personalidad, necesidades e interés del propio infractor.

Este somero análisis demuestra como nuestra legislación esta acercándose vertiginosamente a los postulados del derecho penal de enemigos, de manera más rotunda en el tema de la lucha contra el terrorismo, pero desafortunadamente parece que estamos convirtiendo en pseudo terroristas a otros delincuentes que ya empezamos a denominar enemigos.

## I.V Conclusiones

Todo ello supone una manifestación clara del auge que a nivel legislativo está teniendo, en los últimos tiempos, la idea de retribución y de inocuización del delincuente en prisión, frente a otras finalidades que debe cumplir la pena, principalmente la resocialización del delincuente.<sup>21</sup> Este fenómeno se puede constatar principalmente en ámbitos como la política criminal antiterrorista, que de la mano de mecanismos como el denominado Derecho penal del enemigo<sup>22</sup>, han supuesto un aumento de los límites de la pena privativa de libertad y una exacerbación de la finalidad retributiva de la pena y de la inocuización del delincuente en aras del mantenimiento de la seguridad ciudadana.

La política criminal de la mayoría de los estados de nuestro entorno está apuntando hacia una lucha contra la criminalidad basada en el endurecimiento de la sanción penal, transmitiéndose la idea de que cuantos más años de pena de prisión se cumplan y con más dureza más se reducirá la delincuencia, lo que está produciendo un aumento generalizado de las penas y, por consiguiente, un crecimiento importante de la población penitenciaria.<sup>23</sup>

Para quienes todavía creemos en que el Estado de Derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus “enemigos” sin renunciar a ninguno de sus principios básicos

---

<sup>21</sup> Sobre la problemática de la resocialización, podemos consultar entre otros trabajos el artículo de García-Pablos de Molina, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XXXII, 1979, págs. 680 y ss.

<sup>22</sup> La teoría del denominado “Derecho penal del enemigo”(Feindstrafrecht) ha sido elaborada por el Profesor de la Universidad de Bonn Günther Jakobs, como contrapuesta al Derecho penal del ciudadano, y se caracteriza por un decidido aprovechamiento de los efectos inocuizadores de la pena, la potenciación de las medidas de seguridad, la facilidad para la imposición de la prisión preventiva y la casi total desaparición del Derecho penal garantista. (Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003).

<sup>23</sup> Sin embargo la mayoría de la investigaciones que se han llevado a cabo en EE.UU. para evaluar el papel que juega el aumento del índice de encarcelación en la disminución de la delincuencia, reconocen que la disminución de la tasa de delincuencia obedece a muy diversas causas sin que el índice de represión haya sido un factor determinante. En este sentido Grogger, J.: “An Economic Model of Recent Trends in Violence”, en Blumstein, A y Wallman, J.: *The Crime Drop in America*, Cambridge, 2005, págs. 266 y ss. LAFREE, G.: “Declining Violent Crime Rates in the 1990s: Predicting Crime Boom and Busts”, en *Annual Review of Sociology*, 1999, págs. 145 y ss.

la lucha contra el terrorismo desde el prisma que está utilizando el legislador español no puede llegar a un buen desenlace y no puede servir más que para socavar los cimientos de la Democracia.

Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolos más allá de lo que permite su carácter de ultima ratio, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el “enemigo”, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son la legislaciones excepcionales de la más brutales dictaduras. Los Tribunales militares han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados “crímenes terroristas”, sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el “terrorismo de Estado”.

Constituye ya un hecho reiteradamente constatado que la delincuencia internacional o con repercusión internacional sólo puede combatirse adecuadamente con medidas internacionales, que respondan a la solidaridad universal en la lucha contra la delincuencia y refuercen la eficacia de la justicia penal. Es necesaria la armonización de las distintas legislaciones penales de los Estados comprometidos en la lucha conjunta contra este género de delincuencia, la extensión de la competencia de los Jueces propios a delitos cometidos en territorio extranjero, con base en el principio de personalidad, el principio de protección del Estado o el denominado principio de competencia universal, que habría de conducir a la sanción en cualquier Estado de los delitos internacionales con independencia del bien jurídico concretamente atacado o de la nacionalidad de los autores o de las víctimas del hecho. Asimismo se debe potenciar la extradición y los restantes mecanismos de intercambio de información o de auxilio judicial internacional, estimulando a los Estados a la firma y ratificación de los convenios internacionales sobre la base de modelos facilitados por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o instituciones similares.

Sin embargo, la adopción de medidas penales y procesales especiales contra actos de terrorismo relativas a la prolongación del tiempo de detención preventiva automatismo, la incomunicación del detenido o preso, la restricción del derecho del mismo a comunicar con su defensor, la suspensión automática de derechos del procesado, la ampliación de las facultades policiales en materia de registro y el endurecimiento de las sanciones penales no podrían justificarse si no es en cuanto resulten indispensables para igualar la posición de las dos partes en el proceso, se encuentren siempre bajo control judicial y no constituyan una infracción del derecho a un proceso debido reiteradamente declarado por las normas constitucionales y por los convenios internacionales.

Ciertamente que lo anterior no puede entenderse como una prohibición absoluta de acudir a medidas excepcionales cuando circunstancias asimismo excepcionales lo demanden,

pero estas limitaciones han de establecerse de forma individual y con la necesaria intervención judicial.

## V Bibliografía

Asúa Batarrita, A.: “Apología del Terrorismo y colaboración con banda armada: Delimitación de los respectivos ámbitos típicos” en *La Ley*, 1998, D-158, Tomo III, Págs. 1638-1646.

Cancio Meliá, M.: “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000” en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002.

Chazarra Quinto, M.A.: “El tratamiento penal del inmigrante en el Derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” a los delitos relacionados con la inmigración”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I-num.1-julio 2006.

Gracia Martín, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, nº 07-02, pág. 02:1-02:43 Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

Grogger, J.: “An Economic Model of Recent Trends in Violence”, en Blumstein, A y Wallman, J.: *The Crime Drop in America*, Cambridge, 2005, pags. 266 y ss. LAFREE, G.: “Declining Violent Crime Rates in the 1990s: Predicting Crime Boom and Busts”, en *Annual Review of Sociology*, 1999

Jakobs, G.: “Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW*, nº 97.

Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

Miró Llinares, F.: “Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho real u optimo en la practica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Gunther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I-num.1-julio 2006

Pérez del Valle, C.: “Sobre los orígenes del <<Derecho penal del enemigo>>”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 75 (2001).

Muñoz Conde, F.: “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de*



Ciencias Jurídicas. RECJ.02.01/05 Disponible en Internet: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>

Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 8. ed., Madrid-Barcelona, 2002

Portilla Contreras, G.: "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001" en Internet: <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.



**A R T I G O S**



# **A Metapsicologia Freudiana da Vingança e o Direito Penal – uma Interseção Reveladora dos Fundamentos Necessários de uma Teoria do Crime Adequada**

ANA CECÍLIA CARVALHO (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG)

MARIA JOSEFINA MEDEIROS SANTOS (Acadêmica de Psicologia, Bolsista PIBIC-CNPq)

NAYANA FINHOLDT SHIMARU (Acadêmica de Psicologia, Bolsista ProbiC-FAPEMIG)

LUCIANA ANDRADE MARINHO (Acadêmica de Psicologia)

CLÁUDIO JÚNIO PATRÍCIO (Acadêmico de Psicologia)

**Resumo:** O fenômeno da vingança é algo cotidiano na vida de qualquer pessoa, seja pela existência de ímpetos vingativos não deflagrados em ação, como na concretização de atos retaliativos ou mesmo na verificação de casos, muito frequentes na seara penal, de crimes motivados pelo sentimento. A análise desse afeto parece refletir algo próprio da natureza do aparelho psíquico, existindo a necessidade, para uma efetividade satisfatória do Direito Penal, de se atentar e se respeitar a dinâmica psíquica de todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente em um crime. Dessa forma, o Direito repressivo precisa se socorrer da análise da vingança, não embasado em parâmetros jurídicos, mas numa ótica mais adequada ao estudo dos processos mentais inconscientes e conscientes: a psicanálise. Verificados os processos envolvidos no surgimento da necessidade intrínseca de recomposição egóica, poderá o Direito Penal atuar de forma razoável à minoração dos danos irreparáveis de um crime.

**Palavras-chave:** Direito Penal, psicanálise, vingança.

**Abstract:** This study tries to identify the intrinsic characteristics of the revenge as a human phenomenon under a psychoanalytic view. As a natural and unavoidable process, the criminal Law institutes have no option than to follow the guidelines of the structures involved in the felling of revenge, otherwise the system will be inheritably inefficient and insufficient to solve human problems created by crimes.

**Keywords:** Criminal law, psychoanalysis, revenge.

## 1 Introdução

Os profissionais que têm experiência na seara criminal, independentemente do campo de formação (juristas, psicólogos, assistentes sociais etc.), percebem que o crime constitui, freqüentemente, um evento divisor de águas na vida dos envolvidos no fato. A partir do momento em que ocorre, independentemente de efetiva atuação estatal, tanto o criminoso como todos aqueles que, de uma forma ou de outra, foram afetados referem-se ao evento como algo particular em sua existência.

Esse círculo de afetação do evento criminoso que, *a priori*, parece refletir apenas no autor e na vítima, quando se verifica com maior vagar, percebe-se tratar de um evento propagador, como uma pedra atirada em um lago, que se estende a partir dos maiores atingidos pela conduta criminoso. Nessa linha, a família do agente, a família da vítima, os operadores do sistema criminal e, de forma geral, toda população que toma conhecimento do fato, todos, dependendo do nível de reflexos reais sentidos a partir da ocorrência do fato proibido, acabam por ter sua esfera particular modificada e passam a ter expectativas que atribuem às mais diferentes searas de convivência social.

Torna-se, por conseguinte, comum, após a ocorrência de um delito, o surgimento de diversas expectativas, como as religiosas (espera-se que o criminoso se sinta arrependido), morais (que reconheça seu erro), éticas (que reconheça o valor do bem jurídico protegido pela norma – como, por exemplo, a vida ou o respeito à esfera jurídica patrimonial de terceiros), econômicas (que se disponha a ressarcir o prejuízo causado), entre outras. Associada às expectativas citadas, uma esperança presente, via de regra, é a da atuação do Direito, mais especificamente do direito penal.

Nesse diapasão, uma vez que os sistemas sociais humanos devem servir aos próprios homens, passou a ser interessante se perquirir a respeito das finalidades do direito penal que deveriam ser condizentes ao que se espera dele, tanto numa micro, como macro

visão. Dessa feita, percebe-se que uma teoria dos fundamentos do direito penal deve abarcar, a um só tempo, tanto a teoria do crime como a da pena, o que constitui, justamente, a noção do funcionalismo em contraposição ao ontologismo restritivo finalista.

Nesse passo, explicita Greco (2000, p. 42) que “[...] a teoria dos fins da pena adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes constituídos tendo em vista sua conseqüência, e os fins desta”. Isso significa, portanto, claras modificações na forma de interpretação do tipo penal, da ação, do nexos causal, da ilicitude e da culpabilidade, o que se reflete, por exemplo, na adoção do princípio da insignificância; na ilicitude material consolidada (pelo princípio da lesividade ou da ofensividade – que já vinham propostos antes no finalismo); na imputação objetiva; nos fins da pena; na culpabilidade, entre outros.

Dessa forma, pode-se dizer que, nas duas visões mais difundidas do funcionalismo, que tomamos, simplificadamente, como o funcionalismo sistêmico de Jakobs (2003)<sup>1</sup> e o funcionalismo teleológico de Roxin<sup>2</sup> e, de forma geral, em todas as correntes do direito penal voltado às conseqüências, houve uma fusão conciliadora das teorias da pena na teoria do delito, passando ambas a se constituírem como a teoria dos fundamentos do direito penal. Nesse sentido assinala Hassemer (1994, p. 26) que, “[...] alterava-se a reflexão penal de uma ênfase no ‘input’ para uma ênfase no ‘output’ de uma justificação do Direito Penal fundada em abstração e sistema para uma justificação pelos efeitos que possa produzir”. Continua, ainda, dizendo que “[...] sanções e execução penal convertem-se em objetos centrais de reflexão penal”.

Com efeito, apenas a título de explanação, pode-se dizer que temos basicamente três abordagens que se prestam à fundamentação da pena: a absoluta, a relativa e a eclética ou unificadora. Todas as teorias possuem aspectos que podem ser vislumbrados mais prementemente até hoje em determinadas normas de execução penal. Dessa feita, não podemos identificar que o sistema brasileiro adotou explicitamente e exclusivamente uma teoria apenas, sendo proeminente, em determinados momentos, uma ou outra abordagem e, analisado o sistema como um todo, a teoria eclética. A idéia primordial e absoluta, inicialmente trazida dos cânones religiosos, indicava que o pecado deveria ser expiado com determinado castigo. Da mesma forma que a penitência no descumprimento das normas religiosas, a ofensa à ordem jurídica exigia uma retribuição em pena, como forma de restauração e manutenção do Direito.

Ressalte-se que essa primeira teoria revela os iniciais laços intrincados entre o Direito e a religião, que se perpetuam hodiernamente, o que é facilmente visualizado pela conotação

---

<sup>1</sup> V., para uma introdução à teoria dos sistemas, Araújo (2007; 2004); além, é claro, da obra de Luhmann e De Georgi (1993) e do próprio Jakobs (2003).

<sup>2</sup> V. a excelente tradução de Luís Greco da obra de Roxin (2000). Sobre o funcionalismo e o finalismo, recomenda-se a obra de Chamon Júnior (2004).

geral em que se verifica a proximidade entre termos como pecado e crime; criminoso e pecador; padre e juiz; pena, castigo e penitência; ressocialização e arrependimento; culpa e tentação, entre muitos outros que podem ser citados.

Por conseguinte, o mal da conduta do criminoso deve ser compensado com a imposição de outro mal: a pena. Para Kant, o fundamento da pena seria de ordem ética pelo imperativo categórico de que a justiça será realizada pela restauração retributiva do direito. Hegel, por sua vez, vê na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral como o fundamento da pena. Pode-se dizer, então, que, enquanto Kant fundamenta a pena na ordem ética, Hegel o faz na ordem jurídica. Uma vez que o direito (tese) é negado pelo crime (antítese); a negação da negação, que geraria uma reafirmação da tese, seria alcançada pela síntese (pena). Nessa esteira, verifica-se que as teorias absolutas possuem como ponto de referência a culpabilidade e a reprovabilidade do agente e sua conduta, ao passo que as teorias relativas se embasam na periculosidade, conforme lição de Bitencourt (2006, p. 71). Interessante consignar, seguindo as lições de Hassemer (1994, p. 35) que:

[...] é fora de dúvida que mesmo as teorias ‘sem fins’ da pena, no fundo perseguiam fins, e as teorias ‘clássicas’, ao invocarem em seu favor a busca da justiça e da compensação pela infração, atribuíam tais efeitos a certa conotação empírica. Todas elas podem ser agrupadas sob o rótulo ‘persecução de fins através da negação de fins’.

As teorias relativas, por sua vez, saem do paradigma da retribuição do castigo reafirmador do direito, para se focalizarem na função preventiva, voltada ao futuro, do direito penal. Essa prevenção pode ser visualizada de forma geral ou especial e nos aspectos positivos e negativos. A prevenção geral, inicialmente apontada por Feuerbach, visa à criminalidade como fenômeno social. A cominação abstrata de penalidade a determinadas condutas e a aplicação efetiva da pena, quando elas ocorrem, deveriam gerar uma *coação psicológica*, uma intimidação social, desestimuladora da prática em todas as pessoas. Haveria, assim, uma intimidação dos cidadãos de forma a se alcançar a prevenção da prática delituosa. Verifica-se que as teorias relativas, em sua prevenção geral, baseiam-se num suposto conhecimento generalizado das normas penais em toda sociedade.

A prevenção geral positiva seria, então, a finalidade da solidificação da crença na operosidade e confiabilidade do direito em punir condutas nocivas à sociedade. O cidadão, ao verificar a previsão abstrata das penas e sua aplicação a criminosos, pensa que deve seguir as normas e que o Direito efetivamente é um sistema que funciona adequadamente. A prevenção geral negativa, a seu turno, implica numa intimidação do cidadão em não praticar delitos, ainda que, em determinadas circunstâncias, sintasse tentado a tal.

A prevenção especial, por outro lado, trazida por von Liszt, dirige-se exclusivamente àquele que praticou o delito com o objetivo de que ele não volte a delinquir no futuro. O delito seria um dano social e o criminoso um perigo à convivência em sociedade. Dessa feita, o agente deve ser tratado de acordo com sua periculosidade. A prevenção especial



negativa significa que o sujeito deve ser apartado do convívio social enquanto perdurar o risco, que pode ser inferido pelo passado do cidadão associado à gravidade da conduta perpetrada. A prevenção especial positiva, por sua vez, implica a finalidade de se buscarem os meios para se alcançar, durante o afastamento do convívio com o corpo social, o aprendizado de como a pessoa deve se portar em comunidade (ressocialização). As teorias mistas ou unificadoras, por fim, entendem que a retribuição, a prevenção (geral ou especial; positiva ou negativa) são apenas diferentes aspectos de um mesmo fenômeno complexo: a pena<sup>3</sup>. As idéias funcionalistas, de certa forma, implicam que:

A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). Mas enquanto as concepções tradicionais de prevenção geral visavam, primeiramente, a intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva). Ao lado dessa finalidade, principal legitimadora da pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinqüente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva), ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa). (GRECO, 2000, p. 43).

Concluindo, verifica-se que, após as doutrinas funcionalistas, não há como se falar em uma *filosofia do direito penal*, sem se levar em consideração, a um só tempo, a teoria do delito e a teoria da pena que, apesar de terem nascido separadamente, se unem necessariamente para a explicação funcional desse ramo do Direito<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Saliente-se que diversos autores verificam nos próprios fins apontados uma contradição impossibilitadora das penas (em especial, a privativa de liberdade) atingirem todas as finalidades propostas a um só tempo. Nesse sentido, citamos Thompson (1991, p. 3): “Propõe-se, oficialmente, como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes: punição retributiva do mal causado pelo delinqüente; prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e das pessoas potencialmente criminosas; regeneração do preso, no sentido de transforma-lo de criminoso em não criminoso”. Continua, ainda, o autor, “[...] a maioria das pessoas recuse reconhecer uma verdade que está entrando pelos olhos: reformar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio grande ou imenso, não vai modificar a assertiva. Atentemos para o seguinte: até hoje, em nenhum lugar, em nenhum tempo, nem nos países mais ricos e nos momentos de maior fastígio, sistema penitenciário algum exibiu um conjunto de recursos que tivesse sido considerado como, pelo menos, satisfatório. O que parece algo inviável, mesmo porque jamais foram estabelecidos precisamente e especificamente, quais seriam, em qualidade e quantidade, tais recursos ideais. Essa indefinição garante a perpetuidade à justificativa mencionada, pois permite seja aplicada *ad eternum*”. (THOMPSON, 1991, p. 16-17).

<sup>4</sup> Reveladora a lição crítica de Batista (1995, p. 111-116), que, por sua precisão e pertinência, merece ser trazida na totalidade de seu argumento: “Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas). [...]. Observe-se que os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade. [...]. Um iniciante estaria tentado a considerar até que os fins do direito penal e os fins da pena habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha. Essa descrição comparativa, algo caricata, das mais usuais respostas oferecidas às perguntas sobre a missão do direito penal e os objetivos da pena, põe de manifesto que, se os penalistas não sucumbem à tentação de substituir a missão do direito penal que devem

A par de tais considerações, importante que se anote que, em nenhum momento, nem nas teorias absolutas, nem nas relativas ou mistas, existe qualquer finalidade do direito penal que leva em consideração qualquer tipo de resposta do sistema voltada às vítimas. Pode-se dizer, atualmente, que os sistemas penais, de forma geral, são fulcrados numa criticável “[...] neutralização da vítima, a fim de que se possa serenamente aplicar a sanção penal ao infrator” (CALHAU, 2003, p. 25).

Percebe-se que, ao argumento de se impedir uma modificação da rechaçada vingança privada por uma indesejável vingança pública, instituiu-se, de forma geral, o direito de ação, e mais especificamente, para o processo criminal, o *ius puniendi* de titularidade exclusiva estatal. Nesse sentido, percebe-se a correta lição de Cintra, Dinamarco e Grinover (1997, p. 249): “[...] vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais”. Ainda, na mesma trilha, Tornaghi (1987, p. 100) esclarece que:

Já vimos que, primitivamente, quando alguém via insatisfeita sua pretensão, agia diretamente contra o adversário para compeli-lo fisicamente à prestação. Um dia, porém, o Estado proibiu fazer justiça pelas próprias mãos, chamou a si a tarefa de resolver os conflitos de interesses e disse aos particulares: de ora em diante só quem tem o poder de fazer justiça (jurisdição) sou eu; não há mais ação de um particular contra o outro; a única maneira de agir permitida é esta: vir a mim; de mim é que o particular poderá exigir justiça. Eu a farei usando do poder que tenho sobre todos e, portanto, sobre o adversário de quem a pede. Dessa forma aquele (que podemos chamar autor) nada pode exigir desse (a quem podemos chamar réu), mas esse não se poderá furtar ao meu poder.

---

descrever pelo direito penal de seus sonhos, ou existem diferenças entre aquilo que pretende o direito penal e aquilo que pretende seu instrumento essencial e característico – a pena –, ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal. Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, transvestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem. [...] Por isso mesmo, ao lado das funções aparentes da pena, [...] o eterno esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se hoje nas funções ocultas ou não declaradas da pena. [...] Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico social (funções de reprodução de criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do *status quo*, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos). Pensamos que numa sociedade verdadeiramente justa e democratizada os fins do direito penal e da pena constituirão, transparentemente expostos e debatidos, um só e indivisível projeto. Entrementes, cabe um esforço, a exemplo do que ocorreu na área das funções da pena, no sentido de desmistificar os fins do direito penal, questionando as respostas usuais. [...] Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que, como vimos, lhe corresponde. Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.

A esses fatores, acrescentem-se as problematizações de que, no processo penal, a maioria dos delitos se procedem mediante as ações penais públicas incondicionadas (relegando a vítima à atuação dependente da interpretação do Ministério Público) e da inoperosidade total do sistema. Esclarecedora a lição de Calhau (2003, p. 26-27):

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou o abrandamento da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente.

Essa situação é chamada de *sobrevitimização* do processo penal ou *vitimização secundária*, quer dizer o dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal formal em seu funcionamento. No processo penal ordinário e na fase de investigação policial, a vítima é tratada com descaso e, muitas vezes, com desconfiança pelas agências de controle estatal da criminalidade. A própria sociedade também não se preocupa em ampará-la, chegando, muitas vezes, a incentivá-la a manter-se no anonimato, contribuindo para a formação da malsinada cifra negra, o grupo formado pela quantidade considerável de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema penal.

Torna-se claro que, num direito penal que se proponha moderno, respeitador, a um só tempo, dos avanços das teorias do delito e dos fins da pena; da noção de funcionalidade do sistema baseada em seus objetivos e *outputs* e dos direitos fundamentais, o estudo da vítima não seja relegado a segundo plano. Faz-se primordial, por conseguinte, estudar as repercussões do crime na vítima para que o sistema social não se desvincule da realidade do dia-a-dia; não num ontologismo aprisionador do finalismo, mas num empirismo político-criminal, embasado no dualismo de compromisso entre a realidade social e o normativismo cunhado na *resistência da coisa* (*Widerstand der Sache*) de Roxin.

O estudo que se propõe no presente artigo parte da premissa de que há algo de inerente ao aparelho psíquico que tornam próximas não apenas todas as vítimas, mas, na verdade, todos os homens. Nesse sentido, a partir de entrevista informal com a mãe de uma vítima de um homicídio culposo no trânsito, que se demonstrava nitidamente frustrada com a resposta estatal e clamava por um significado para o que ocorreu, ou do pai de uma vítima de homicídio que sempre repetia sua intenção de ceifar a vida do assassino, caso o direito penal não atuasse adequadamente, surgiu uma interrogação, dessas que nos incomodam, porém permanecem sem resposta: qual seria o papel que deveria ser ocupado pelo sistema penal na vida das vítimas?

Interessante notar que, no discurso das vítimas, sempre alguma faceta da vingança, de forma direta ou velada, surge como tema. Pode a mesma se explicitar numa expectativa de vingança pública ou privada. Pode a vítima afirmar que efetuará a vingança apenas no caso de ineficiência do Estado. O discurso de *justiça com as próprias mãos*, por sua vez, também é claramente vingativo. Ainda podem ser reconhecidos traços de vingança, muitas vezes, no próprio clamor de *justiça*, porém com uma conotação evidentemente

sádica. Esse tema recorrente da vingança, que sempre aparece nos discursos não apenas policiais, mas também em nosso cotidiano, sendo, inclusive, tema central de inúmeras obras literárias, musicais ou cinematográficas, deve, por hipótese, revelar alguma faceta inerente à condição humana que precisa, sob pena de total inadequação e, portanto, perda de sentido, ser respeitada pelo direito penal.

Nesse sentido, pesquisa realizada no período de 2003 a 2005 revelou que 18,61% dos 462 homicídios registrados em Belo Horizonte foram motivados por vingança. Outros 5,19% foram efetuados a partir de conflitos amorosos que também culminaram na retaliação homicida. Ou seja, aproximadamente 110 dos 462 assassinatos analisados apenas por essa pesquisa, nesse curto intervalo de tempo, estão, de alguma forma, associados à vingança (SILVA, 2006). É bem provável que esses números se repitam em muitos outros lugares, naqueles casos em que a vingança comparece em destaque na enumeração dos motivos de um crime ou de um ato infracional. Assim, resguardadas as diferenças porventura existentes entre os vários contextos socioeconômicos e culturais que se relacionam a esses crimes, tais dados apenas reforçam a importância de um estudo sistemático sobre esse assunto.

Cabe, então, um primeiro pedido ao leitor: o de que se coloque, durante o estudo do texto, de forma neutra e imparcial, refletindo os questionamentos puramente humanos que possua, sem a tentativa de enquadramento em tal ou qual teoria. Isso se dá, uma vez que se percebe que o tema da vingança é um assunto claramente envolvido por um certo *tabu* na seara jurídica, já que, conforme citado *supra*, pode-se dizer que a criação de todo ordenamento jurídico envolve a idéia de repúdio à vingança, devendo os homens resolver seus problemas de forma digna e racional, preterindo maneiras bestiais de solução de conflitos. Já fica uma observação no sentido de que, em momento algum, os autores pretendem uma volta à violência privada por uma defesa insana da vingança. O que se propõe é, simplesmente, olhar de forma desarmada para algo tão natural ao ser humano que, por isso mesmo, causa tanto espanto ao nos sentirmos tentados a agir de forma vingativa, o que demonstra nossa inescapável humanidade, apesar de todo e qualquer tampão racional.

Nessa trilha, apesar de não sermos afetos às afirmações categóricas, podemos dizer que todas as pessoas, freqüentemente, possuem ímpetos vingativos como respostas a ações que nos atingem de uma maneira determinada. Esses freqüentes ímpetos vingativos ocorrem, por exemplo, quando dirigimos um veículo no trânsito congestionado e somos fechados por outra pessoa; quando alguém fura a fila do supermercado, demonstrando total descaso aos demais; quando somos traídos por nossas esposas e maridos, além de uma infinidade de outras situações. Nessas hipóteses, dependendo, entre outros fatores, da gravidade do evento, surge uma verdadeira ferida em nosso mais profundo interior. Essa ferida, às vezes, é tão dolorida e pulsa de uma forma tão latejante que choramos, perdemos noites de sono e, até mesmo, passamos a atos vingativos, que podem configurar pequeninas retaliações ou mesmo grandes crimes.

Essa vontade de se vingar, presente em todos os homens e mulheres, em maior ou menor grau, com maior ou menor possibilidade de se efetivar em ações vingativas é, usualmente, percebida em casos de vítimas de crimes. Tanto é assim que, conforme exposto alhures, autores justificam o direito de ação e o *ius puniendi*, por uma exigência em se coibir a vingança privada.

Sem falsos moralismos ou discursos politicamente corretos, o que se propõe é a abordagem séria do tema da vingança como algo natural de todo ser humano e, mais importante, que possui uma função específica na organização da economia psíquica do aparelho mental, o que pode ser verificado através do olhar psicanalítico na obra freudiana. Com isso, como se verá no decorrer da exposição, não se pretende, de forma alguma, implicar o direito penal com uma necessidade de vingança<sup>5</sup> (pública ou privada) ou mesmo afirmar que a vingança seja uma saída apropriada a ofensas. Busca-se, tão-somente, estudar o fenômeno da vingança do ponto de vista freudiano no sentido de se explicitar seu papel e, com isso, revelar a importância do direito penal na recomposição dos aparelhos psíquicos afetados pelo crime (incluindo-se, aí, o agente, a vítima e todos os círculos de afetação oriundos do delito).

## 2 A tratativa da vingança na obra de Sigmund Freud

Apesar das muitas menções à vingança, nos volumes que compõem a *Edição standard das obras completas de Sigmund Freud*, nem uma vez o assunto é ali abordado de maneira sistemática e, do mesmo modo, tampouco por seus seguidores, embora a teoria psicanalítica tenha se consolidado para fornecer os operadores necessários para um exame minucioso desse fenômeno.

Torna-se necessário, por conseguinte, focalizar metapsicologicamente o fenômeno da vingança, isto é, examiná-lo em seus aspectos dinâmicos (isto é, relativos ao conflito psíquico que a anima), em relação aos seus aspectos econômicos (isto é, relativos à sua função no meio dos outros processos psíquicos) e em relação à sua determinação inconsciente. Portanto, o que aqui se descreve como a *metapsicologia da vingança* é o que nos permitirá articular esse fenômeno aos conceitos centrais da psicanálise, tais como o inconsciente, a sexualidade, os mecanismos de defesa, o narcisismo e as pulsões de morte, dentre outros.

---

<sup>5</sup> O perigo da associação da pena à vingança é bem exposto por Batista (2004, p. 134): “Nos tempos que correm, em nosso país, as velhas senhoras bondosas são freqüentemente instigadas a reencarnar-se nas deusas do ódio e da vingança. Para as necessidades de controle penal do capitalismo sem trabalho, para ajudar na neutralização dos inúteis da nova economia, nada mais oportuno. A vingança, que Nietzsche localizou na alma das tarântulas, é um velho produto que os publicitários-criminólogos brasileiros estão relançando no mercado, com novos rótulos, para ajudar a vender sua irmã mais nova ‘chapa branca’, a pena”.

Inicialmente, nos socorremos dos primórdios da psicanálise, que remontam ao texto de Freud e Breuer (1976, v. 2, p. 29-296), intitulado *Sobre o mecanismo psíquico dos fenômenos histéricos: comunicação preliminar*, que oferece considerações que podem contribuir na sistematização do fenômeno da vingança. Nesse trabalho, Freud e Breuer discorrem acerca dos fenômenos histéricos. A afirmação de que “[...] os histéricos sofrem principalmente de reminiscências” faz alusão a algumas observações relatadas por Freud sobre a histeria cujos sintomas estariam ligados às cenas de um passado doloroso em que a emoção não pôde ser exteriorizada. Essa emoção fica, em parte, retida na vida psíquica e, outra parte, é liberada para inervações e inibições sintomáticas. Tal emoção é provocada por um trauma psíquico caracterizado por qualquer experiência que possa provocar afetos aflitivos (susto, angústia, vergonha, dor física).

É nesse contexto que Freud e Breuer introduzem o termo *vingança*, que é considerado como uma reação, ou seja, *um meio de descarregar o afeto*. Para os autores, quando a reação ocorre em grau suficiente, grande parte do afeto desaparece. Quando a reação é reprimida, o afeto permanece vinculado à lembrança. Com isso, pode-se ter uma elucidação acerca do ressentimento, tal como se segue:

O que acontece no ressentimento é que o ofendido não se atreve, ou não se permite, responder à altura da ofensa recebida. O envenenamento psicológico produz-se a partir da reorientação para o eu dos impulsos agressivos impedidos de descarga, gerando uma disposição passiva para a queixa e a acusação, assim como a impossibilidade de esquecer o agravo passado. (KEHL, 2005, p.13).

Freud e Breuer (1976, v. 2, p. 49) ainda consideram que:

[...] uma ofensa revidada, mesmo que apenas com palavras, é recordada de modo bem diferente de outra que teve que ser aceita. A linguagem também reconhece essa distinção, em suas conseqüências mentais e físicas; de maneira bem característica, ela descreve uma ofensa sofrida em silêncio como ‘uma mortificação’ [‘*Kränkung*’, literalmente, um ‘fazer adoecer’]. – A reação da pessoa insultada em relação ao trauma só exerce um efeito inteiramente ‘catártico’ se for uma reação adequada - como, por exemplo, a vingança. Mas a linguagem serve de substituta para a ação; com sua ajuda, um afeto pode ser ‘ab-reagido’ quase com a mesma eficácia. Em outros casos, o próprio falar é o reflexo adequado: quando, por exemplo, essa fala corresponde a um lamento ou é a enunciação de um segredo torturante, por exemplo, uma confissão. Quando não há uma reação desse tipo, seja em ações ou palavras, ou, nos casos mais benignos, por meio de lágrimas, qualquer lembrança do fato preserva sua tonalidade afetiva do início.

Entretanto, os autores abordam que uma pessoa normal que tenha passado por um trauma psíquico pode se utilizar do processo de associação para lidar com a situação, provocando o desaparecimento do afeto concomitante. Um exemplo citado foi o de que a lembrança de uma humilhação corrige-se quando a pessoa normal situa os fatos nos devidos lugares, considerando o seu próprio valor. Em outro capítulo, há menção de uma pulsão de vingança – mas pulsão no sentido de impulso – encontrada em uma nota de rodapé que se segue:

A pulsão de vingança que é tão poderosa no homem primitivo e que é mais disfarçada do que recalcada pela civilização, nada mais é do que a excitação de um reflexo não liberado. Defender-se de uma agressão numa luta e assim agredir o adversário é o reflexo psíquico adequado e pré-formado. Quando não é levado a efeito ou o é de maneira insuficiente, o reflexo é constantemente liberado pela lembrança, e a pulsão de vingança surge como um impulso volitivo irracional, do mesmo modo que todas as outras 'pulsões'. A prova disso está precisamente na irracionalidade do impulso, em seu descompromisso com qualquer questão de utilidade ou conveniência e, a rigor, no seu desprezo por todas as considerações relativas à própria segurança do indivíduo. Tão logo o reflexo é liberado, a natureza irracional do impulso pode tornar-se consciente (FREUD; BREUER, 1976, v. 2, p. 212).

Posteriormente, após o desenvolvimento de um arcabouço inicial da teoria psicanalítica (principalmente na obra *A Interpretação dos Sonhos*, de 1900-1901 – inclusive com menção expressa a sonhos vingativos de realização de desejos), Freud (1976, v. 4 e 5, p. 157-317) expõe uma análise terapêutica efetivamente por ele realizada, que acabou por se constituir em marco na consolidação do arcabouço da teoria e da práxis da psicanálise.

Ao caso Dora (1976, v. 7) Freud confere uma importância singular, uma vez que o concebe como um complemento daquela que é considerada a obra fundadora da psicanálise – *A Interpretação dos Sonhos*. O caso Dora trata-se de um fragmento de uma análise que durou cerca de três meses. Apesar de Freud ter condensado o referido caso a fim de vislumbrá-lo no tocante aos sintomas histéricos e suas interpretações, o caso Dora é um dos mais extensos da obra freudiana. Nesse sentido, procurar-se-á colocar, aqui, apenas aqueles elementos indispensáveis para a elucidação do caso e suas vinculações com o fenômeno vingativo.

Dora é o pseudônimo de uma jovem histérica chamada Ida Bauer (1882-1945). Ela foi encaminhada por seu pai, Philipp Bauer, ao Dr. Freud quando tinha dezoito anos de idade em decorrência de uma série de sintomas – enxaqueca, tosse, afonia e outros – que não eram apaziguados por tratamentos médicos convencionais. A palavra *histeria*, morfológicamente, vem do grego *hystera* e significa *útero*. Os gregos a consideravam uma afecção restrita às mulheres, surgindo em função de uma movimentação uterina anômala na cavidade abdominal. Freud, a partir de seus estudos com Charcot no Hospital de Salpêtrière (1885), atribui à histeria uma nova etiologia. Diante de sintomas que não encontravam quaisquer determinantes anatômicos e fisiológicos, Freud se lança em uma empresa que buscou conferir à histeria um estatuto plenamente diferenciado. Freud (1976, v. 4, p. 16) relaciona a etiologia dessa doença às “[...] intimidades da vida psicosssexual dos pacientes, e que os sintomas histéricos são a expressão de seus mais secretos desejos recalçados”.

Dora era a filha mais nova de uma família composta pelo pai, pela mãe, Katharina Gerber-Bauer, e pelo irmão, Otto Bauer. O pai era um industrial abastado e de notável inteligência. No entanto, Phillip Bauer tinha uma saúde frágil, fato que levava Dora a

dispensar-lhe cuidados freqüentes. A mãe era uma figura menosprezada por Dora, sendo esta descrita por Freud como vítima de um quadro denominado de *psicose da dona-de-casa*, ou seja, uma mãe sem a menor compreensão acerca dos interesses dos filhos e que se volta exclusivamente a ocupações domésticas, como faxinas com nuances obsessivas. O irmão de Dora era um ano e meio mais velho e, durante a infância da paciente, constituiu-se como um modelo a seguir. Contudo, anos mais tarde, o irmão distanciou-se dela, uma vez que ele sempre apoiava a mãe em quaisquer discussões que surgiam no seio familiar.

O pai era o membro central nesse núcleo, erigindo-se também como a figura à qual Dora dirigia grande afeto. O pai, após ser acometido por uma tuberculose, passa uma temporada em uma cidade denominada no caso, em razão do sigilo que se fazia necessário na época, como B. Foi nessa viagem que a família de Dora conheceu e desenvolveu uma cara amizade com o Sr. e a Sra. K, casal de significativa influência no quadro histórico da jovem. O pai de Dora e a Sra. K tornaram-se muito próximos, pois ela cuidou dele com muito zelo durante suas enfermidades. A estreita amizade cultivada pelos dois suscitou rumores de que esse vínculo não se sustentava apenas em função da gratidão do pai de Dora pela Sra. K, mas sim em razão de uma relação amorosa entre os dois.

Foi também na cidade B, local em que o Sr. e Sra. K haviam se radicado há muitos anos, que transcorreu a cena creditada por ser a deflagradora (trauma psíquico) do quadro histórico da paciente. Dora estava caminhando com o Sr. K ao redor de um lago nos Alpes quando ele lhe fez uma audaciosa proposta amorosa, informando-lhe que seu casamento já estava arruinado (“Eu não tenho nada com a minha mulher”). Dora sentiu-se ultrajada e esbofeteou a face de K, decidindo retornar subitamente com seu pai para Viena. Quatorze dias após o ocorrido no lago, Dora resolve contar aos seus pais sobre a investida do Sr. K. O pai já havia observado alterações no comportamento de Dora, notando-a abatida e irritável. No entanto, o que mais preocupou o pai foi encontrar uma carta suicida deixada por Dora em uma cômoda no seu quarto.

Philipp Bauer estava certo de que tais condutas deviam-se, então, ao que havia ocorrido entre sua filha e o Sr. K. Assim, o pai decide confrontá-lo, exigindo-lhe explicações acerca do que realmente havia sucedido. O Sr. K nega a acusação que lhe fora desferida, dizendo ao pai de Dora que o depoimento de sua filha era calunioso, fato que não lhe surpreendia, uma vez que Dora, de acordo com K, lhe parecia uma menina com fortes interesses e imaginações de cunho sexual. A Sra. K havia dito ao seu marido sobre os livros a que Dora dedicava uma atenção especial – leituras como *Fisiologia do Amor*, de Mantegazza.

Diante das circunstâncias, aparece, então, uma das primeiras menções à vingança no caso Dora. A garota tenta se vingar do Sr. K, ao contar a seus pais sobre a cena do lago. Ela esperava que, ao falar do ocorrido, o Sr. K. seria desmoralizado, enquanto ela se



sairia vitoriosa. Dora busca restituir-se moralmente através desse ato, restabelecendo uma virtude que ela dera por maculada na cena do lago. No entanto, essa vingança acabou sendo malograda, uma vez que o Sr. K desacreditou e desmoralizou Dora diante de seus pais. A cena do lago, como já foi explicitado, constitui-se como o *trauma psíquico*, ou seja, um acontecimento que, em função de sua intensidade, não é passível de ser elaborado de forma adequada pelo sujeito e acaba por ocasionar um quadro patológico. Alguns eventos, então, possuem tamanha carga de energia que acabam por ser demasiados ao controle do aparelho psíquico que acabam por transbordar as possibilidades do sujeito, sendo chamados de *traumáticos*.

Freud explica que o aparelho psíquico é regulado pelo princípio do prazer que se esforça por manter uma harmonia de excitações. Um aumento de tensões é sentido como desprazer, enquanto sua diminuição é prazerosa. A cena do lago possui um forte caráter sexual que resgata em Dora lembranças recalcadas de sua infância, período no qual a paciente se entregou a satisfações auto-eróticas. Materiais como esse, cujo teor está embebido de significações sexuais, são comumente sentidos como excessivos e, como conseqüência, geradores de ansiedade e desprazer. A masturbação infantil emerge como um elemento salutar no quadro histórico da jovem – Dora não permite se entregar a K. em função da enorme culpa inconsciente que sentia em decorrência desse período remoto de sua infância. Nesse sentido, a vingança está estreitamente ligada a um dos três pontos norteadores da metapsicologia – o ponto de vista econômico. Ao vingar-se, ou pelo menos tentar fazê-lo, o aparelho psíquico de Dora trabalha por uma descarga de tensões. A vingança, portanto, não deve ser encarada como uma atividade essencialmente destrutiva; pelo contrário, ela é o meio encontrado para se obter um alívio absolutamente necessário para um equilíbrio mental. Não seria arriscado dizer que *Dora adoeceria por não ser capaz de vingar-se*.

Outra vingança que Dora tenta infligir, mas que novamente cai no insucesso, diz respeito ao desejo de vingar-se de seu pai através de seus sintomas – e também da carta suicida. Dora sempre caía enferma quando seu progenitor viajava ao encontro da Sra. K. A jovem paciente sentia um ciúme exacerbado do pai, fato que evidenciava um reavivamento de uma paixão com raízes edípicas. Essa regressão a um passado infantil revela uma solução encontrada inconscientemente por Dora para suprimir algo que lhe era extremamente forte e também inaceitável – o seu amor pelo Sr. K. Dora tentava dissuadir o pai com reiteradas súplicas e argumentos de que não deveria ir ao encontro da Sra. K, mas os desejos da jovem permaneciam inauditos. Embora Dora exigisse de seu pai um afastamento da Sra. K., os seus rogos eram pouco firmes. A jovem, ao mesmo tempo em que demandava um distanciamento de seu pai em relação a Sra. K, era também bastante permissiva diante da união infiel. Freud acreditava que Dora procedia com tal ambigüidade para não ter de dizer de seu próprio relacionamento com o Sr. K, e também por desejar afastar a Sra. K do homem com quem ansiava desposar-se.

Vale complementar que K havia investido sexualmente na jovem em outra circunstância que não a do lago, mas quando Dora tinha apenas 14 anos. Nessa ocasião, o Sr. K arquitetou uma forma de ficar a sós com a garota e roubar-lhe um beijo, que, por sinal, suscitou em Dora uma intensa repugnância (já nessa época, de acordo com as exposições de Freud, Dora exibia atitudes histéricas, pois diante de uma oportunidade de excitação sexual, sentimentos desprazerosos de ojeriza são despertados). Novamente, a via sintomática encontrada por Dora é usada como um instrumento para impossibilitar o adultério do pai. A paciente demonstra-se mais uma vez inábil no sentido de encontrar caminhos mais sãos de alívio tensional, recorrendo à somatização que, embora fosse imobilizante, era a única saída que lhe surgia.

Torna-se imprescindível dizer que o próprio sintoma também possui aspectos econômicos, já que a somatização possibilita a vazão de excitação. O sintoma também traz à baila outro elemento norteador da metapsicologia – o ponto de vista dinâmico. Esse aspecto da metapsicologia revela a existência de um conflito psíquico, ou seja, de exigências internas contrárias que se opõem. Essas forças conflitantes podem se dar entre desejos e uma exigência moral que os tolhe, fato que pode traduzir-se na formação de sintomas. No caso Dora, o ponto de vista dinâmico é facilmente contemplado, uma vez que a histeria da paciente decorre de um choque entre o seu desejo inconsciente (entregar-se ao Sr. K) e sua própria exigência moral, acompanhada por um sentimento inconsciente de culpa que impossibilitava sua satisfação pulsional.

O caso Dora foi, para Freud, um estudo muito caro e de enorme valia no sentido de auxiliá-lo a melhor compreender os sonhos na histeria. Freud publicou em 1900 *A Interpretação dos Sonhos*, trabalho que contém indispensáveis teorizações no tocante à metapsicologia. É nesse estudo que Freud faz uma estruturação sistemática da noção do inconsciente e formula as relações desse sistema com a formação onírica. Freud irá dizer que os sonhos são a via de realização de um desejo inconsciente. Até mesmo aqueles sonhos que parecem estar completamente apartados dessa formulação, devido ao seu conteúdo angustiante, são também realizações de desejos. No caso Dora, Freud faz uma análise pormenorizada de dois sonhos da paciente, o Sonho I e o II. A fim de não tornar esta exposição ainda mais extensa, será tratado aqui apenas o Sonho II em função de seu conteúdo vingativo.

Nesse sonho, Dora se vê passeando por uma cidade desconhecida. Na caminhada, ela se depara com uma casa onde estava morando sozinha e é levada a subir até seu quarto onde encontra uma carta de sua mãe que lhe comunica que seu pai havia morrido. Dora então parte para a estação e dirige-se até a casa de sua família, onde é informada pela criada que sua mãe e os outros já estavam no cemitério. Após uma análise minuciosa de cada elemento de tal elaboração onírica, Freud conclui que o teor do sonho correspondia a uma fantasia de vingança contra o pai. Dora deseja se vingar de sua figura paterna, que a abandonou duas vezes: primeiro deixando-a nas mãos do Sr. K, como uma espécie de

prêmio, devido à sua relação infiel com a Sra. K e, segundo, ao não lhe dar crédito, quando confessa que havia sido importunada com uma investida amorosa do Sr. K.

No sonho, portanto, as relações se invertem. Dora não mais se sujeita aos abandonos do pai, pelo contrário, ela o sujeita ao abandono no momento de seu falecimento. Ela também se vinga da coerção que lhe fora imposta por seu pai durante toda sua vida, se ele morresse, ela poderia ler e amar o que melhor lhe aprazesse. Assim, o sonho surge como um caminho que não o sintomático, no sentido de lidar com fantasias de vingança.

Entretanto, o sonho por si só não é capaz de extinguir em Dora seu anseio por vingança. A jovem desejava ser levada a sério, ser livre e poder se entregar ao homem que tanto amava. Mas, diante da interdição dessas aspirações, seja pela incredulidade do pai, seja pelas limitações impostas por uma sociedade vitoriana que tolhia qualquer manifestação sexual feminina, ou por um sentimento inconsciente de culpa que impossibilitava a jovem de amar o Sr. K, Dora se sentia no direito de vingar-se, de encontrar um modo de ser restituída de tudo que lhe fora subtraído. Um mero sonho vingativo, por sua vez, não seria efetivo no sentido de realizar todas essas pretensões.

Uma nova tentativa de vingança surge no momento em que Dora esbofeteia o Sr. K, quando ele faz a investida no lago. Dora procede de tal maneira, pois se lembra de uma conversa que havia tido com uma jovem governanta que trabalhara no domicílio do casal K. A governanta confessou-lhe que o Sr. K tinha agido de modo assaz atrevido, propondo a ela um romance e afirmando-lhe não ter mais nada com sua esposa. O Sr. K usou da mesma aproximação com Dora, fato que a irritou profundamente e a levou a agredir o Sr. K. A vingança de Dora novamente foi manejada com incongruência, já que ao Sr. K não foi dito o porquê do bofetão. Dora ataca K. por achar que a ela não poderia ser dirigida uma investida idêntica à que outrora fora usada com uma serviçal. A paciente pertencia a uma argentária família e por isso merecia tratamento diferenciado.

O Sr. K., portanto, feriu sua condição narcísica, já tão alquebrada em função das inúmeras interdições que eram impostas à jovem. Mas Dora, ao esbofetear K, não achou que ele não voltaria a procurá-la. A jovem cria que o Sr. K a procuraria arrependido e clamando por perdão, no entanto, K. não o fez. A vingança novamente voltou à garota, fato que agravou enormemente seu quadro histórico. De fato, quem se vingou ao banir de suas aspirações amorosas foi o Sr. K. Ele é quem, em função de um agravo, restituiu-se narcisicamente, dando a Dora o troco por não ceder com aceite a sua sedução.

Por fim, Freud expõe uma forma singular de vingança com enorme relevância na prática psicanalítica – a vingança transferencial. A transferência, sucintamente, diz respeito ao “[...] processo pelo qual desejos inconscientes se atualizam sobre determinados objetos no quadro de um certo tipo de relação estabelecida com eles e, eminentemente, no quadro da relação analítica” (LAPLANCHE; PONTALIS, 2004, p. 514). Dora abandonou o tratamento analítico de forma abrupta, impossibilitando que Freud completasse suas in-

interpretações acerca do quadro histórico da paciente. Dora, ao abandonar Freud, vingou-se do analista, impossibilitando seu trabalho, mas também se vingou dos papéis que o doutor acabou representando no inconsciente da paciente, papéis que o aproximavam tanto de seu progenitor como do Sr. K. Freud possuía determinados traços de caráter que o assemelhavam ora ao pai de Dora, ora o Sr. K. Assim, a paciente acabou reatualizando desejos inconscientes de vingança referentes aos dois no *setting* psicanalítico, vingando-se do analista que os suscitou. Essa talvez tenha sido a vingança mais efetiva de Dora, uma vez que de fato frustrou as expectativas de Freud em relação ao tratamento.

Por outro lado, Dora não se satisfaz ao vingar-se do representante daqueles que lhe feriram. A afecção histórica continuou torturando-a, já que a paciente não elaborou o material inconsciente determinante de sua doença. Freud cometeu um erro no que concerne ao manejo da transferência de Dora – ele, no curto período em que se deu a análise da jovem, não foi capaz de perceber os papéis que representava no inconsciente da analisanda. Se Freud houvesse notado isso durante o tratamento, poderia ter evitado a vingança transferencial e prolongado a análise até seu desfecho apropriado, ou seja, o desfecho da elaboração.

A última e mais eficaz vingança executada por Dora ocorreu quando houve a morte de um dos filhos do casal K. A jovem retornou à cidade B e confrontou os dois, forçando-os a admitir sobre a investida amorosa no lago e sobre a relação infiel que a Sra. K manteve por longos anos com seu pai. Interessante notar que essa empresa parece ter repercutido muito positivamente no quadro da paciente. Os padecimentos históricos rarearam e Dora finalmente se casou com um rapaz que a vinha cortejando.

Nesse sentido, pode-se observar a relevância do dizer. A articulação de um afeto a uma rede de significantes que o nomeiam e o exteriorizam parece ter uma forte implicação no apaziguamento de um ressentimento. Dora deixa de se envenenar com fantasias de vingança que nunca alcançavam a concretude e parte para outra via muito mais harmoniosa – a da palavra. O aspecto econômico do vingar-se, ou seja, a possibilidade de descarregar tensões por demais excessivas no aparelho psíquico por meio da retaliação, pode se dar não só pelo viés destrutivo do ataque físico, mas por outro mais sereno representado pela linguagem. É importante salientar que incentivar um paciente a relatar sobre os afetos que animam suas fantasias de vingança traz benefícios, mas não é um manejo suficiente.

Noutra linha de raciocínio, impende sublinhar que a psicanálise é uma prática sustentada pelo infantil. É durante o período da infância que se instaura o aparelho psíquico e que se configura a formação do eu. É também na vida infantil que se erigem importantes fenômenos que são salutareos na formação do sujeito. Dentre eles, o estádio do espelho e o complexo de Édipo emergem como acontecimentos essencialmente estruturantes para o psiquismo da criança.

O estágio do espelho é um conceito lacaniano, conforme descrito por Dor (1992) e pelo próprio Lacan (1998, p. 96-103), que visa elucidar a forma como se dá a compreensão por parte da criança de que é um corpo inteiriço. A experiência da criança de aproximadamente seis meses a dois anos e meio de se olhar no espelho e perceber-se uma, propicia-lhe uma experiência assaz jubilatória, pois lhe garante a apreensão de sua imagem corpórea. O complexo de Édipo, por sua vez, não deve ser entendido apenas como aquela experiência na qual a criança se vê enamorada pelo progenitor do sexo oposto e rivalizando com o progenitor do mesmo sexo. A passagem pelo complexo de Édipo e sua posterior dissolução inserem a criança em um jogo identificatório em que se prefiguram a estruturação da personalidade e a orientação do desejo humano. A maneira como a criança enfrenta esses momentos repercute diretamente em sua estruturação psíquica.

Se o aparelho psíquico já se encontra formado durante a infância e conseqüentemente apto a receber as mais variadas inscrições, pode-se, também, compreender a vingança infantil pelos pressupostos metapsicológicos. Para a psicanálise, toda vingança é infantil, uma vez que, como já foi exposto, a prática se ampara em fenômenos que datam desse período. Contudo, vale fazer uma diferenciação entre a vingança que ocorre no período adulto, mas que contém elementos infantis, e aquela vingança que se dá durante a infância. Freud tratou em sua obra de várias formas de vingança efetuadas por crianças, sendo o *Caso Hans* (1909) a teorização em que mais surgem menções à vingança.

Freud, para explicar o *Caso Hans*, lançou mão de textos como: *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade* (1976, v. 7, p. 119-230), *O esclarecimento sexual das crianças* (1976, v. 9, p. 135-144), *Sobre as teorias sexuais das crianças* (1976, v. 9, p. 211-228) e *Algumas conseqüências da diferença anatômica entre os sexos* (1976, v. 19, p. 303-320). Esses textos são utilizados como base para compreender as descobertas de Hans sobre a origem dos bebês. As crianças, antes de adquirirem uma noção condizente acerca da procedência dos nenéns, se apóiam em uma série de teorias. A mais comum entre elas, e que terá significativa relevância na elucidação do Caso Hans, é a atribuição de pênis a todos os indivíduos, seja do sexo masculino ou feminino (Hans arquitetou uma hipótese que estendeu a atribuição de pênis até mesmo a objetos inanimados). Também é comum que o infante acredite que os bebês apareçam após a ingestão por parte da mãe de pequenas sementinhas, que acabam por se desenvolver em sua barriga. Outra conjectura infantil envolve a *teoria cloacal*, ou seja, a de que os bebês não nascem pela vagina materna, órgão ainda desconhecido ou denegado pela criança, mas sim de seu ânus, tal como ocorre em aves. A emergência dessas teorias sexuais infantis no seio teórico da psicanálise foi possibilitada após diversas observações de crianças efetuadas por Freud.

A análise de Hans foi efetuada a duas mãos, havendo contribuições do próprio Freud como também do pai do garoto, figura que vinha se dedicando aos estudos da psicanálise. O trabalho com Hans se iniciou quando ele tinha apenas cinco anos, em razão de uma fobia por cavalos. O medo e a angústia exacerbada que o garoto possuía de equinos

tinham implicações agudas na época, uma vez que esses animais representavam o principal meio de transporte.

Um aspecto central na análise de Hans diz respeito às teorias sexuais ideadas pelo garoto. Em um primeiro momento, o garoto acreditava na concepção anedótica referente à entrega de bebês pela cegonha. No entanto, a partir da gravidez de sua mãe, Hans se envolveu com novas investigações, percebendo que as mudanças ocorridas no corpo materno se relacionavam com a presença de outro bebê (sua irmã Hanna). Hans, durante suas averiguações, conseguiu estabelecer algumas analogias entre a fábula das cegonhas e a origem dos bebês. O garoto possuía um livro de figuras no qual se ilustrava um ninho de cegonhas em uma chaminé vermelha que, após minuciosa análise, pôde ser identificada como um útero. Curiosamente, na mesma página em que há o desenho das cegonhas, também se exhibe o esboço de um cavalo.

Durante o trabalho analítico com Hans, seu pai o questionou acerca da possível analogia existente entre os cavalos da fazenda de sua família saindo pelo portão da estrebaria e o processo de defecação que, por sua vez, também possuía parecenças com o parto. Hans assente à análise efetuada pelo pai e realiza a seguinte dedução: cavalo igual à *lumf* (fezes) que também seria correlativo a bebês (cavalo=fezes=bebês). O pai de Hans então o argüiu sobre a agressividade que ele sentia pelos cavalos. Houve o seguinte diálogo entre o pai e o garoto: “Pai: Você gostaria de bater nos cavalos assim como mamãe bate em Hanna? Você gosta disso também, você sabe. Hans: Não se acontece nada de mal aos cavalos quando se bate neles” (reproduzindo a fala do pai). Pai: Em quem é que você realmente gostaria de bater? Mamãe, Hanna ou em mim? Hans: Na mamãe!”. A despeito do que foi revelado por Hans nessa inquirição, investigações ulteriores não confirmam sua resposta. Na verdade, o desejo do garoto era que seu pai se ferisse contra uma pedra e sangrasse (Fritz, um companheiro de brincadeira de Hans, havia se ferido de tal forma) para que ele pudesse então ficar sozinho com sua mãe.

A fobia de Hans em relação a cavalos somava-se ao desejo de maltratá-los. O anseio do garoto de achacar os equinos possuía duas determinantes: a primeira se referia ao desejo sádico de ferir a mãe e a segunda se configurava como um impulso de vingança contra o pai. Assim, através de sua fobia, Hans encontrou uma via para vingar-se de seu pai por ele se interpor na relação com sua mãe. O pai representava os cavalos na fantasia da criança, sendo o elemento que ameaça o menino com o temor da castração.

A vingança de Hans, tal como no Caso Dora, processou-se pela mediação sintomática. Em um plano inconsciente, Hans transpôs sua agressividade perante o pai para os cavalos, garantindo, assim, sua integridade narcísica. Caso Hans efetuasse sua vingança diretamente em sua figura paterna, sem a interposição de um representante (cavalos) no qual pôde depositar sua destrutividade, ele colocaria em risco seu narcisismo, uma vez que estaria se sujeitando à possibilidade de seu pai intervir com a castração. A vingança de Hans, portanto, obedeceu à lógica da autopreservação.

No processo relativo à formação de uma fobia, dois mecanismos essenciais dos processos inconscientes se destacam – a *condensação* e o *deslocamento*. A *condensação* é uma noção que foi bastante contemplada na *Interpretação dos Sonhos*, trabalho no qual foi tratada de forma bastante sistemática. A condensação:

[...] traduz-se no sonho pelo fato de o relato manifesto, comparado com o conteúdo latente, ser lacônico: constitui uma tradução resumida. A condensação nem por isso deve ser assimilada a um resumo: se cada elemento manifesto é determinado por várias significações latentes, inversamente, cada uma destas pode encontrar-se em vários elementos. (LAPLANCHE; PONTALIS, 2004, p. 87).

A partir disso, pode-se dizer que o fenômeno da vingança possui afinidades com a elaboração onírica, uma vez que no *vingar-se* ocorrem construções semelhantes à condensação. No desejo de vingança de Hans em relação ao pai, o elemento manifesto representado pela fobia é determinado por significações latentes referentes ao ódio edipiano do garoto perante sua figura paterna.

O *deslocamento*, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de “[...] a importância, o interesse a intensidade de uma representação ser suscetível de se destacar dela para passar a outras representações originariamente pouco intensas, ligadas à primeira por uma cadeia associativa” (LAPLANCHE; PONTALIS, 2004, p. 116). No caso Hans, nota-se que a vingança se desloca do pai para os cavalos – o deslocamento é justificável, pois seu pai freqüentemente brincava de cavalo com seu filho. Embora a fobia do garoto compromettesse severamente sua qualidade de vida, essa via seria menos intensa do que se ele transpusesse diretamente seu desejo vingativo à sua figura paterna, uma vez que, como já foi dito, isso poderia comprometer a sua integridade narcísica.

O *Homem dos Lobos* (1918) é outro caso clínico freudiano de alta relevância para a psicanálise. Nele, também se expõe um caso de fobia que, embora tenha se desdobrado até a fase adulta, possuía determinações infantis. O paciente padecia de um temor exagerado pela figura de lobos que, assim como ocorreu no caso Hans, representavam a figura paterna. O impulso hostil contra o pai foi reprimido e transformado em quadro fórbico. No caso *Homem dos Lobos*, observa-se uma interessante faceta do fenômeno vingativo referente à *projeção*. Durante a infância do paciente, ele projetou ao pai impulsos hostis. Por meio de tal operação, o Homem dos Lobos expulsou de si e localizou no pai a agressividade que ele mesmo possuía (assim como no Caso Hans, a hostilidade perante o pai se baseava no conflito edipiano). O Homem dos Lobos, por meio da projeção, alocou inconscientemente o seu desejo vingativo no pai, fato que levou o paciente a temê-lo. Nesse caso, o jovem Homem dos Lobos era atormentado pela fantasia de que seu pai iria lhe devorar, temor que se encontra enraizado na fase oral da libido.

Outro caso em que se exibem diversas alusões ao *vingar-se* infantil diz respeito ao *Homem dos Ratos* (1909), trabalho em que se efetua a mais sistemática construção acerca

da neurose obsessiva na obra freudiana. O *Homem dos Ratos* foi o codinome encontrado por Freud para sigilosamente relatar o caso de seu paciente Ernest Lanzer, que procurou o Dr. Freud em função de obsessões que datavam desde sua infância, mas que haviam se intensificado nos últimos anos. O paciente contava que sentia um medo intenso de que algo ruim pudesse acontecer com o seu pai e com uma dama que lhe era muito estimada. Além disso, ele se queixava de impulsos compulsivos, como o ímpeto de cortar sua própria garganta com uma lâmina. Posteriormente, ele criou uma série de proibições que foram estabelecidas com o intuito de afastar de sua mente pensamentos desprazerosos.

Freud denominou o caso como *Homem dos Ratos* em decorrência do grande medo obsessivo que assolava o seu paciente. A experiência que precipitou o primeiro encontro de Lanzer com Freud ocorreu em função de um relato que o paciente ouvira de um capitão durante o tempo em que serviu ao Exército. Em uma parada para descanso durante uma manobra militar, o Homem dos Ratos sentou-se com dois oficiais e o capitão, figura que lhe atemorizava, pois sabia que ele defendia castigos corporais no meio militar. Com o transcorrer da conversa, o capitão relatou acerca de um castigo que estava sendo aplicado por oficiais no Leste. A punição era efetuada de modo que o prisioneiro era despido e amarrado, e sobre suas nádegas era virado um vaso com ratos que tentavam cavar um caminho de saída no ânus do torturado.

Logo após esse relato, atravessou na mente do paciente, como um relâmpago, a idéia de que aquele castigo estava ocorrendo com uma pessoa que lhe era muito cara. A princípio, o analisando acreditava que a dama a qual tanto admirava estava sofrendo tal tortura. Logo depois, essa idéia estendeu-se a seu pai, fato que levou o paciente a crer que ele, mesmo estando morto há nove anos, podia estar padecendo com o mesmo castigo no além-mundo.

Embora o Homem dos Ratos só tenha procurado o Dr. Freud na idade adulta, ele já vinha sofrendo de um quadro neurótico desde sua infância. A primeira menção ao fenômeno vingativo no caso contextualiza-se durante a meninice do paciente. Com o transcurso da análise, Lanzer contou a Freud sobre o intenso ciúme que sentia de seu irmão mais novo. Ele era considerado por todos como o filho mais forte e bonito, sendo eleito o favorito da família. Um dia, durante uma brincadeira envolvendo espingardinhas, o Homem dos Ratos convenceu seu irmão para que olhasse dentro do cilindro sob a alegação de que veria algo interessante. O caçula é persuadido e é atingido na testa, não se ferindo gravemente. O paciente então confessa que havia tido a real intenção de feri-lo, mas que logo após o ocorrido, sentiu-se extremamente culpado, questionando-se sobre como havia tido a coragem de fazê-lo.

A rivalidade entre irmãos não raro atua como um propulsor de atos vingativos. Inúmeros casos de agressões e outras formas de violência permeiam essa modalidade relacional. O nascimento de um filho frequentemente ocasiona modificações no seio familiar, alte-



rando fortemente a relação entre os pais e seus outros filhos. A criança que até então era a caçula e se vê destituída de tal posição, amiúde torna-se agressiva, desafiadora e rebelde. Embora essas atitudes sejam um tanto equivocadas na tentativa de restituir à criança aquele zelo que lhe foi subtraído em função da chegada de um bebê, essas são as vias encontradas por ela para voltar a atenção de seus cuidadores a si mesmo. Para a criança, qualquer forma de atenção, até mesmo a punitiva diante de suas traquinagens, é melhor do que sua ausência. Nesse sentido, a vingança infantil pode ser vislumbrada por meios diversos, seja através de rusgas incessantes, de agressões físicas e verbais, ou por caminhos mais sutis, em que a retaliação é endereçada aos pais.

Nessa trilha, Winnicott (1995) foi um pediatra e psicanalista britânico que agregou relevantes contribuições ao campo da psicanálise com crianças. Esse teórico trouxe uma nova luz ao fenômeno da delinqüência, encarando-o como uma busca de solução da privação emocional. Ele acreditava que atos delinqüentes cometidos na infância e adolescência são formas encontradas pelos jovens de alcançar continência e limites. Crianças que sofreram severas privações emocionais se enveredariam por caminhos escusos, efetuando furtos, agressões, e outros delitos com o intuito de se restituírem emocionalmente em decorrência das privações e frustrações que lhe foram impostas por suas figuras parentais. Além disso, comportamentos anti-sociais permitiriam também a descarga de tensões acumuladas, restaurando o equilíbrio no aparelho psíquico. Assim, percebe-se que determinados atos agressivos e hostis têm determinantes estritamente emocionais, configurando-se como uma espécie de vingança infantil em relação aos pais negligentes. Contudo, essa vingança freqüentemente se volta não aos relapsos cuidadores, mas à sociedade que serve como um representante parental. Ao efetuarem delitos, os jovens delinqüentes esperam encontrar a contenção e o equilíbrio social que se fizeram ausentes em suas vidas familiares.

Freud, em seu texto *Romances familiares* (1976, v. 11, p. 243-247), elucida uma outra forma de vingança infantil dirigida aos pais. Nesse ensaio, Freud fala a respeito de crianças neuróticas e sobre a tendência à fantasia que elas exibem. A criança, à medida que vai crescendo, tem a oportunidade de conhecer e se relacionar com pais que não os seus. Assim que a criança expande suas relações interpessoais, ela se engaja em um exercício comparativo, buscando confrontar o modo como é tratada com o modo como percebe que outras são. Essas comparações subsidiam fantasias por parte da criança de que não está sendo alimentada ou cuidada com o devido zelo, ou seja, de que está sendo vítima de negligência.

A partir disso, ela cria uma fantasia vingativa em que imagina que seu pai é alguém rico e de muito melhor linhagem que seu pai verdadeiro. Essa forma de vingança dirige-se unicamente à figura paterna, a partir do momento que a criança percebe que os bebês só podem nascer de mulheres. Quando a criança alcança essa compreensão, ela apreende que a mãe é sempre *certíssima*, enquanto a paternidade é sempre duvidosa. Embora

pareça que a fantasia vingativa infantil de se imaginar fruto de um pai mais poderoso que seu verdadeiro seja uma atitude ingrata ou infiel, ela, na verdade, enaltece seu progenitor. Esses romances familiares expressam a saudade que a criança possui de tempos do passado, em que ela era feliz por ter um pai que lhe parecia ser o mais nobre e forte dos homens. Freud concebia o fantasiar como uma via de realização de desejo, assim, a criança neurótica, por intermédio de suas fantasias, busca concretizar seus anseios vingativos.

Ainda em relação ao Homem dos Ratos, pode-se dizer acerca de um formato do fenômeno vingativo que se faz especialmente presente em quadros de neurose obsessiva. Nesse transtorno observam-se conflitos psíquicos que se expressam em sintomas como idéias obsedantes, dúvida, efetuação de ritos, ambivalência de afetos (amor e ódio, por exemplo, se debatem com particular violência causando grande angústia para o paciente) e autopunição decorrente de uma forte tensão entre o ego e um superego especialmente feroz. Além disso, nota-se outro aspecto nessa afecção relacionado com a equivalência entre pensar e acontecer. O Homem dos Ratos cria que o simples fato de desejar algo, podia levar a sua real concretização. Assim, apenas por fantasiar uma vingança, ele se sentia deveras culpado, uma vez que sua distinção entre o plano real e ideativo estava comprometida. Em função disso, se o Homem dos Ratos fantasiasse uma vingança contra a dama por ela não ter aceitado o seu pedido de casamento, ele se envergonhava muitíssimo, acusando-se impiedosamente por possuir pensamento de tal sorte.

Pode-se fazer uma relação entre esse aspecto (desejar = acontecer) da neurose obsessiva com outro texto freudiano – *Alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico* (1976, v. 14, p. 350-377). Nele, Freud expõe achados clínicos referentes à existência de um certo tipo de caráter que efetua atos criminosos em função de um sentimento de culpa – “[...] criminosos devido ao sentimento de culpa”. Freud confere a atos criminosos um olhar analítico, tratando-os como uma forma do delinqüente, a partir da punição devida, localizar um sentimento inconsciente de culpa. O criminoso executaria o delito por sentir uma culpa da qual desconhece sua origem, mas que o angustia severamente no plano da não-consciência. Realizado o crime, o delinqüente anseia por uma punição que contemple não só o delito pelo qual foi incriminado, mas que o puna especialmente pelo crime-mor que cometera quando criança – o desejo do parricídio e do incesto. O sentimento inconsciente de culpa, que mobiliza o criminoso, tem para Freud raízes edípicas. O grande desejo que aplaca a criança durante o complexo de Édipo de tomar a figura do sexo oposto do genitor do mesmo sexo pode gerar uma culpa feroz, a depender da forma como o superego se estrutura no infante.

A analogia entre esse texto e o Homem dos Ratos se alinhava com o fato de Lanzer se sentir, por grande parte de sua existência, como um grande criminoso. Ele não precisou executar nenhum crime concreto no mundo externo, mas ele o fazia a todo o momento em seus pensamentos. Como para ele havia uma equivalência entre pensar e acontecer,

suas fantasias vingativas dirigidas seja para a dama, para seu pai ou para Freud localizavam sua culpa da mesma forma como se houvesse de fato cometido um crime. A recriminação que vinha da ferocidade de seu superego já era suficiente para fazê-lo sentir punido por seus desejos edípicos.

A neurose obsessiva possui nuances que determinam uma relação diferenciada com o fenômeno vingativo. A partir do que foi exposto referente ao Homem dos Ratos, nota-se que o neurótico obsessivo não raro padece de uma culpa rigorosa em razão de um superego particularmente cruel.

No texto intitulado *Um tipo especial de escolha de objeto feita pelos homens* (contribuições à psicologia do amor) (1976, v. 11, p. 148-157), Freud disserta acerca de duas possíveis escolhas objetais de um homem neurótico: ou ele opta por investir libidinalmente em uma mulher comprometida, alimentando assim os seus impulsos de rivalidade e hostilidade; ou, então, ele elege uma mulher que se assemelhe a uma prostituta, podendo assim vivenciar uma experiência de ciúme. Ambas as escolhas estão diretamente relacionadas com o complexo de Édipo. O desejo de vingança relatado por Freud nesse texto é novamente infantil e se dirige à figura materna, uma vez que ela concede o privilégio da relação sexual ao pai, e não à criança.

Em outro texto denominado *O tabu da virgindade* (contribuição à psicologia do amor II) (1976, v. 11, p. 179-182), Freud diz acerca do tabu da virgindade em povos primitivos. O teórico afirma que o desvirginar feminino não tem apenas conseqüências relativas ao estreitamento de vínculos entre a mulher deflorada e seu parceiro; em alguns casos ele pode também desencadear uma reação arcaica de hostilidade das mulheres para com seus defloradores. Nesse caso, o sentimento de vingança feminino nasceria quando os homens que lhe tiraram a virgindade não são mais os seus companheiros. Entretanto, elas não conseguiriam dirigir sua libido para um outro objeto pelo fato de ainda se sentirem ligadas, por sujeição e não por afeição, àqueles que as desvirginaram.

Em *Luto e Melancolia* (1976, v. 14, p. 271-291), a vingança aparece relacionada ao processo melancólico. A melancolia caracteriza-se por ser um transtorno no qual o sujeito se identifica com um objeto perdido. Esse processo identificatório, todavia, ocorre com a incorporação de traços ruins do objeto que não mais se faz presente. Em razão disso, o melancólico se auto-recrimina, considerando-se uma figura absolutamente execrável. A autopunição efetuada pelo sujeito melancólico é endereçada não propriamente a si, mas àquele objeto mau que o abandonou. A vingança do melancólico efetua-se por meios específicos, em que a retaliação se dirige ao próprio sujeito. Embora a vingança do melancólico pareça malograda, ela constitui-se como uma via autêntica de retaliar um objeto que lhe rejeitou. Em função de sua ausência, o melancólico descobre nos caminhos identificatórios um modo de se vingar. “Via de regra, [...] os pacientes ainda conseguem pelo caminho indireto da autopunição, vingar-se do objeto original” (FREUD, 1976, v. 14, p. 284).

A vingança também é recorrente nos escritos de Freud relacionados aos sonhos. No texto *A censura dos sonhos* (FREUD, 1976, v. 15, p. 165-178), a vingança aparece como um dos desejos censurados que têm sua realização através dos sonhos: “Desejos de vingança e de morte, dirigidos contra aqueles que nos são mais próximos e mais caros na vida desperta, contra os pais, irmãos e irmãs, maridos ou esposa, e contra os próprios filhos, não são nada raros” (FREUD, 1976, p. 173).

Em *O Ego e o Id* (1976, v. 14, p. 13-83), texto metapsicológico que inaugura explicitamente a segunda tópica da teoria psicanalítica, Freud cita conto de Otto Rank, que exemplifica alguns atos neuróticos de vingança dirigidos a pessoas erradas (pelos mecanismos explicitados *supra*), o que remete à tétrica história dos três alfaiates de uma aldeia, em que um deles deveria ser enforcado porque o único ferreiro do povoado havia cometido um grave delito. A punição aparece dessa forma como uma medida retaliativa dirigida à pessoa errada, entretanto, possuindo um *mecanismo reparador da ordem*. A vingança opera semelhantemente ao trabalho do sonho no qual aparece primeiramente esse tipo de frouxidão de deslocamento resultante do processo primário. No entanto, seria característico do ego ser mais seletivo sobre a escolha tanto de objeto, quanto de um meio de descarga libidinal. Caso essa energia deslocável seja libido dessexualizada, também pode ser denominada como energia sublimada, pois ainda conservaria a finalidade primordial de Eros que seria a de unir, ligar e de estabelecer unidade ou ao menos tentar fazê-lo.

Em trabalhos posteriores como *O futuro de uma ilusão* e *O mal estar na civilização* (1976, v. 21, p. 13-71; p. 75-171), Freud explana acerca da gênese da consciência. Para isso utiliza como base o instinto agressivo e a renúncia dele. Quando o indivíduo abdica da satisfação de um instinto hostil, o superego encarrega-se de aumentar sua ferocidade contra o ego. A psicanálise atribui uma importância sublinhada à agressividade, destacando como essa tendência que visa ao prejuízo do outro se encontra presente desde muito cedo na infância. A moção hostil faz-se premente na relação que a criança desenvolve com a autoridade dos pais que tolhem determinados comportamentos infantis, impedindo com que se satisfaçam plenamente. A criança, aos poucos, introjeta a autoridade paterna, identificando-se com ela.

A internalização dos pressupostos morais providos pela cultura e cuidadores resultará na formação do superego da criança. Contudo, essa sujeição aos ditames morais que impedem, em especial, o incesto e o parricídio, animam na criança uma agressividade vingativa. A criança sadia encontra formas para sair dessa submissão garantida pela lei paterna principalmente pela via lúdica. Através da brincadeira, a criança pode inverter situações reais, abandonando a condição passiva e assumindo certa atividade. No jogo simbólico, a criança pode tratar mal o seu pai e mãe, manipulando a brincadeira a fim de infligir-lhes a dor que ela sentiu ao ver-se obrigada a se sujeitar aos seus desmandos. Assim, a brincadeira pode ser encarada como um recurso pelo qual o desejo de vingança perante os pais é passível de ser apaziguado.

Por fim, interessante citar que Freud, a fim de elucidar o fenômeno vingativo, utiliza algumas contribuições do campo literário, como é o caso de *Hamlet*, de William Shakespeare. A história que subjaz a essa tragédia possui uma temática semelhante à do *Édipo Rei*, de Sófocles. Em *Hamlet*, contudo, a fantasia infantil edipiana não se configura tão explicitamente quanto em *Édipo Rei*. “O que impede Hamlet de executar sua vingança está na natureza peculiar da tarefa. Hamlet é incapaz de se vingar do homem que eliminou seu pai e tomou o lugar deste junto a sua mãe. O homem que lhe mostra os desejos recalçados de sua própria infância realizados” (FREUD, 1976). Hamlet defrontando-se com a tarefa de vingar a morte do pai, no entanto, vê-se paralisado diante da incumbência. O príncipe da Dinamarca não consegue fazê-lo, pois está identificado com o assassino de seu pai, Cláudio, vendo nele a concretização do desejo universal que assola toda criança do sexo masculino – o anseio de tomar o lugar do pai junto à mãe pela via do parricídio.

O retorno desse conteúdo recalçado é sentido como um tormento para Hamlet, que é incapaz de entender por que, a despeito de seu ódio por Cláudio, é incapaz de matá-lo. Shakespeare, sem o aparato teórico da psicanálise, montou uma peça que diz de nossas primárias fantasias infantis. Esse *conhecimento endopsíquico* do sujeito humano, ou seja, essa habilidade que alguns autores têm em desnudar nossos desejos reprimidos, enriquece imensamente a tragédia shakespeariana. O autor constrói a trama de modo que Hamlet enfrente inquietações morais e auto-recriminações diante da incapacidade de vingar a morte do pai. Hamlet não conseguia eliminar Cláudio, pois, ao fazê-lo, estaria eliminando uma parte de si. Quando o príncipe, ao término da peça, é finalmente capaz de assassiná-lo, ele acaba morrendo; fato que insinua que a identificação de Hamlet com o assassino de seu pai estava tão fortemente instalada, que a morte de Cláudio significou a sua própria.

### 3 Conclusões

Após toda a exposição dos momentos em que Sigmund Freud utilizou o termo *vingança* em sua obra, podemos intentar realizar uma sistematização inicial e superficial, apenas para os fins do presente artigo. Da análise *supra* procedida, podemos elencar alguns pontos primordiais em que o conceito psicanalítico do fenômeno vingativo se apresenta.

Primeiramente, seguindo os estudos sintomáticos de Freud e Breuer (1893) do nascimento da psicanálise, podemos apontar o *aspecto econômico* da vingança que se revela no fato do sintoma surgir, quando em decorrência de uma não-resposta adequada a uma ofensa sofrida. A lembrança da ofensa permaneceria ligada a um afeto, caso não fosse atuada numa ab-reação adequada pela pessoa que a sofreu.

No mesmo sentido econômico, vemos, no caso Dora (1905), a importância do conceito de *trauma psíquico*, gerador do impulso vingativo, considerado como um evento que é percebido pelo sujeito como excessivo. Seu aparelho psíquico não consegue trabalhar adequadamente o evento traumático, o que provocaria um transbordamento da energia que permanece incontrolada e pulsante, até ser canalizada de uma determinada forma apropriada (como, por exemplo, na vingança). Ainda, nesse mesmo caso, nota-se que existem diversas formas, além da vingança, pelas quais o aparelho psíquico tenta trabalhar o trauma, como num sonho, no surgimento de um sintoma somático, ou até mesmo pela elaboração pela palavra.

Assim como na *Interpretação dos Sonhos* (1900-1901) e no texto *A censura dos sonhos* (1915), o caso Hans (1909) nos ensina que a elaboração do material pulsante oriundo do trauma psíquico original do ímpeto vingativo passa pelos processos de deslocamento, condensação e mesmo de projeção (esse último explicitado no caso do Homem dos Lobos – 1918). Tal importa em perceber e reafirmar que a vingança é, como já dito, apenas uma das formas de manifestação do latente, seguindo os mesmos processos já verificados de afloramento do material inconsciente.

No *Homem dos Ratos*, com o auxílio dos textos sobre os *Romances Familiares*, *Alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico*, *Um tipo especial de escolha de objeto feita pelos homens* (contribuições à psicologia do amor) e *O tabu da virgindade* (contribuições à psicologia do amor II), verificamos a importância dos movimentos de formação da estrutura psíquica do sujeito no reflexo da atualização do movimento vingativo. Dessa feita, momentos psíquicos como o do conflito de Édipo, o complexo de castração, a identificação com os cuidadores, as fases infantis do desenvolvimento, o momento de igualdade entre o desejar e o acontecer, a consolidação das estruturas do aparelho psíquico, entre outras, possuem influência direta sobre a vingança ou os impulsos vingativos da atualidade do sujeito. Verifica-se, então, que, assim como se pode dizer que toda psicanálise é infantil, toda vingança também o será, pois será referida à *atualização de moldes infantis há muito forjados*.

Posteriormente, na trilha que culminou na segunda tópica freudiana, temos a implicação da formação do ego narcísico e suas conseqüências no fenômeno vingativo. Logo, em *Luto e Melancolia* já existe a explicitação do processo de identificação de uma parte do eu com certas características do objeto amado e perdido, para posterior acusação do próprio eu pela perda. Nesse caminho, o texto inaugural da segunda tópica freudiana (*O Ego e o Id – 1923*) elabora a idéia de *constituição narcísica do ego* de qualquer indivíduo a partir da identificação e perdimento de objetos amados, formando uma representação razoavelmente coerente do corpo físico, em associação a aspectos psicológicos daqueles objetos. No texto, há a indicação do caminho que aponta para a função específica da vingança: *a de reparadora da ordem anteriormente afetada*.

Nas obras *O futuro de uma ilusão* e *O mal estar na civilização*, Freud explicita implicações de uma noção já trazida desde *Além do Princípio do Prazer* e *O Ego e o Id*: o de haver uma pulsão, autônoma e diversa da pulsão sexual (libidinal – pulsão de vida), que visa à desobjetificação dos vínculos e à *manutenção do mesmo*. Essa pulsão, chamada de *pulsão de morte*, pulsão de agressão ou pulsão de dominação<sup>6</sup>, refletir-se-ia nos fenômenos vingativos, associada à libido como força motriz.

Esse lineamento geral da exposição faz-se necessário a medida em que, para explicitar uma primeira abordagem à metapsicologia da vingança, tomaremos o fenômeno sob a ótica já traçada por Freud e repetida nas diversas manifestações concretas ao nosso redor. Num tangenciamento inaugural, pode-se dizer que, ao tomar contato com um fato que seja interpretado pelo aparelho psíquico como excessivo, há um abalo das estruturas relativamente coesas do ego narcísico do indivíduo.

Logo, o trauma psíquico, por definição, acaba por gerar uma verdadeira lesão, não física, porém real, a medida em que o ressentido<sup>7</sup> pode efetivamente *sentir* essa ferida de uma forma tão real quanto a tangível folha de papel onde se encontra impressa essa idéia (afinal, seria essa idéia menos real que a folha de papel?). Essa lesão, como qualquer ferida física em nosso corpo, não deixa de doer enquanto não suficientemente tratada e reabilitada.

Por conseguinte, enquanto aberta, exposta e não tratada, permanece pulsando numa dor característica da amargura dos ressentidos. A própria palavra *re-sentido* já indica esse latejar constante de dor (*re - sentire*), num sentimento que não se dá apenas uma vez, pois se repete em *re-sentimentos* da mesma dor. Essa repetição da volta ao sentimento de dor se dará, como dito, até que a ferida tenha sido tratada e efetivamente curada.

Para tanto, existem diversos tipos de *tratamento*, sendo que, um deles, com certeza, é a passagem ao ato vingativo. Assim, explicam-se os impulsos vingativos que possuem, na verdade, uma característica de serem uma resposta natural do aparelho psíquico com vistas à cura, como uma ferida que tende a se curar por si mesma. A vingança, sob essa ótica, possui uma função terapêutica evidente, e verdadeiramente pode ser assim manejada, como vimos no caso Dora e em diversos casos do cotidiano ou mesmo no exemplo de obras literárias, musicais ou cinematográficas.

Insta salientar, outrossim, o papel do tempo. Assim como não se espera que as feridas somáticas se curem instantaneamente, também as da mente precisam de um período de

---

<sup>6</sup> Sobre a interseção dos conceitos de narcisismo, libido e pulsão de morte, essenciais à plena compreensão do fenômeno vingativo, vide obra de Green (1988).

<sup>7</sup> V. Khel (2005).

cura apropriado. Como resultado direto disso, é fácil se notar que os impulsos vingativos serão mais fortes quanto mais próximos do trauma. Além disso, o aspecto convalescente em que se quedam os doentes, que se desinteressam de tudo aquilo que não seja sua doença, é verificado nos ressentidos, que passam a viver em função da dor.

Mais uma vez na analogia da ferida em carne viva, cabe frisar que, da mesma forma que algumas lesões não podem ser plenamente reparadas, também os traumas psíquicos, caso muito intensos, acabam por deixar verdadeiras cicatrizes e mutilações egóicas. Essas mutilações, na hipótese de serem trabalhadas com sucesso após muito tempo, acabarão por amargurarem em nível mais reduzido – e somente de tempos em tempos –, embora ainda persista, sempre, a clara sensação de que se perdeu um pedaço relevante do *eu*.

Aqui já se percebe que a ferida do ego narcísico oriunda de um trauma psíquico, conforme já dito alhures, pode ser trabalhada pelo sujeito de diversas maneiras, como pela vingança, pelo desenvolvimento de uma doença sintomática somatizada, pelos sonhos de fixação em traumas, pela palavra, entre outras formas. O que importa é que a repetição do ressentido (*re – sentire*) no impulso da cura visa à recomposição do ego através da *atribuição de um sentido adequado* (ou, ao menos, razoável) ao evento traumático.

Essa atribuição de significado pode se dar, conforme já dito, pelas vias elencadas, e depender de diversos fatores próprios de cada sujeito e de cada sociedade (por exemplo, a par da vingança, a manifestação de sintomas, os sonhos, a palavra, etc. – pode o sujeito buscar o caminho da recomposição egóica por formas sociais como a religião, a psicanálise terapêutica, a expressão artística, entre outros). A grande pergunta que se propôs no presente artigo e que aqui se conclui é de se estipular se o Direito Penal possui um papel para auxiliar o sujeito na recomposição de sua integridade psíquica.

Obviamente, não se espera que o direito penal tenha um papel terapêutico nos moldes de uma análise, da religião ou de expressão artística, mas é de se perquirir qual a verdadeira obrigação de um ramo do Direito que trata dos fatos que atingem mais gravemente aos bens jurídicos mais importantes em determinada sociedade. Levando-se em consideração as lições de Freud, deve o Direito punitivo se tornar ciente de mais uma função a ele afeta: a de auxiliar na recomposição das estruturas egóicas abaladas pelo delito por uma atribuição de sentido por meio de uma resposta estatal razoável e coerente ao fato praticado e às suas conseqüências, de maneira a evitar outros caminhos não adequados socialmente de ab-reação, como a vingança.

Em primeiro plano, bom que se diga que, com isso, não se pretende o reconhecimento desta como a função única do direito penal. Continuam intactas, embora possam ser reanalisadas à luz da psicanálise, as funções funcionalistas de prevenção geral e especial, positiva e negativa. A função retributiva-absoluta da pena, por sua vez, pode ser revista



por essa necessidade do sistema em auxiliar na atribuição de um significado coerente e responsável ao fato criminoso, tanto para o agente<sup>8</sup> (que deve ter a possibilidade de se auto-implicar no ocorrido), quanto para a vítima (e seus respectivos círculos concêntricos de afetação).

Como já dito na introdução do presente artigo, apesar da função político-criminal proposta aqui se destinar a todos envolvidos no delito, não se nega que sua origem e aplicação terão como baluarte a vítima. Tal visão privilegiada visa, a um só tempo, atuar em duas distorções: a de não haver qualquer abordagem no âmbito vitimológico no presente estado de coisas do Direito Penal e o fato de a vítima ser a principal abalada, do ponto de vista do aparelho psíquico, pelo delito.

Por fim, cabe o convite a outros autores aprimorem e expandirem o que foi aqui proposto, a medida em que diversas implicações poderiam ser retiradas desse compromisso a ser assumido pelo Direito Penal. Por fugir aos breves objetivos do presente artigo, apenas enumeramos alguns possíveis campos de estudo que necessitam ser revisitados sob a ótica psicanalítica, tais como: o princípio da insignificância; o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; o princípio da adequação das penas; o princípio da individualização das penas; entre outros.

## Referências

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa julgada inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Corrupção e irritação das decisões judiciais sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14. 1º e 2º sem. 2004. p. 35-49.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

---

<sup>8</sup> Ressalte-se que já no início do século XX, von Liszt (2005, p. 26-27) asseverava, embora não no sentido psicanalítico, da importância da pena para o agente: “Basta colocarmos em evidência este conceito de pena objetiva – quer dizer, o fato de a desenfreada força punitiva que, autolimitando-se, se transforma em pena juridicamente regulada – aparece claro o valor que a ‘objetivação’ se reveste propriamente, e especialmente, para o autor do crime. Ser punido é um importante direito do cidadão (Flichte); na pena, o malfeitor vem honrado como ser racional (Hegel). Estas e similares proposições, só à primeira vista paradoxais, são expressões do núcleo mais profundo, da mais genuína essência, não da pena genericamente considerada, mas da pena objetivada”.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ou funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DOR, Joel. *Introdução à leitura de Lacan: o inconsciente estruturado como linguagem*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

FREUD, Sigmund; BREUER, Josef. Sobre o mecanismo psíquico dos fenômenos histéricos: comunicações preliminares. In: FREUD, Sigmund. *Estudos sobre a histeria*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. 2. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. A censura dos sonhos. In: FREUD, Sigmund. *Conferências introdutórias sobre psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 165-178. v. 15. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Alguns tipos de caráter encontrados no trabalho psicanalítico. In: FREUD, Sigmund. *A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 350-377. v. 14. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 157-317. v. 4 e 5. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Além do princípio do prazer. In: FREUD, Sigmund. *Psicologia de grupo e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 13-86. v. 18. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Algumas conseqüências da diferença anatômica entre os sexos. In: FREUD, Sigmund. *O ego e o id, uma neurose demoníaca e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 303-320. v. 19. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Análise de uma fobia infantil em um menino de cinco anos: o pequeno Hans. In: FREUD, Sigmund. *Dois histórias clínicas: o Pequeno Hans e o Homem dos Ratos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 13-158. v. 10. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. *Dois histórias clínicas: o Pequeno Hans e o Homem dos Ratos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 157-317. v. 10. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Fragmento da análise de um caso de histeria. In: FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 12-115. v. 7. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. História de uma neurose infantil: o Homem dos Lobos. In: FREUD, Sigmund. *Uma neurose infantil e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 13-151. v. 17. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Luto e melancolia. In: FREUD, Sigmund. *A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 271-291, v. 14. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Notas sobre um caso de neurose obsessiva: o homem dos ratos. In:

FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: FREUD, Sigmund. *O ego e o id, uma neurose demoníaca e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 13-83. v. 19. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. O esclarecimento sexual das crianças. In: FREUD, Sigmund. *Gradiva de Jensen e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 135-144. v. 9. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão. In: FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão, o mal estar na civilização e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 13-71. v. 21. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. In: FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão, o mal estar na civilização e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 75-171. v. 21. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade: contribuições à psicologia do amor II. In: FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise, Leonardo Da Vinci e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 179-182. v. 11. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Recordar, repetir e elaborar: novas recomendações sobre a técnica da psicanálise. In: FREUD, Sigmund. *O caso de Schreber, artigos sobre técnica e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 163-187. v. 12. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Romances familiares. In: FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise, Leonardo Da Vinci e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p.

243-247. v. 11. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Sobre as teorias sexuais das crianças. In: FREUD, Sigmund. *Gradiva de Jensen e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 211-228. v. 9. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Sobre o narcisismo: uma introdução. In: FREUD, Sigmund. *A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 85-119. v. 14. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 119-230. v. 7. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Um tipo especial de escolha de objeto feita pelos homens: contribuições à psicologia do amor. In: FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise, Leonardo Da Vinci e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 148-157. v. 11. (Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud).

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272, p. 35-63, junho 2000.

GREEN, André. *Narcisismo de vida, narcisismo de morte*. São Paulo: Escuta, 1988.

HASSEMER, Winfrid. História das idéias na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 2. v. 6, 1994.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KHEL, Maria Rita. *Ressentimento*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

LACAN, Jacques. O estádio do espelho como formador da função do eu. In: LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 96-103.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LISTZ, Franz von. *A teoria finalista no direito penal*. Tradução Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1993.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, Klarissa Almeida; RODRIGUES, Corinne Davis. *Tipologia dos homicídios consumados e tentados: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, Comarca de Belo Horizonte de 2003 a 2005*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WINNICOTT, D. W. *Privação e delinquência*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.



# O Fenômeno Paradigmático da Desjudicialização e sua Repercussão na Construção de um Novo Modelo de Ensino Jurídico

PAULO HERMANO SOARES RIBEIRO  
Faculdades Santo Agostinho

**Resumo:** Argumenta-se no texto que o ensino jurídico é uma experiência formativa, sujeito às mesmas alterações paradigmáticas que a ciência do direito sofrer. Constata-se que não existem indícios que as Instituições de Ensino Jurídico assimilaram toda a grandeza do fenômeno da desjudicialização, posto que ainda concentram esforços no paradigma da relação processual centrada na tripartição autor-réu-juiz com o objetivo de formar advogados demandistas. Defende-se que vigiar a realidade e adaptar a grade curricular a exigências dos novos paradigmas é obrigação inexcusável das Instituições de Ensino Jurídico.

**Palavras-chave:** Desjudicialização, ensino jurídico, ensino superior.

**Abstract:** It is argued in the text that legal education is a formative experience, subject to the same paradigmatic changes that Law Theory can suffer. It is evidenced that there are no indications that Law Schools had assimilated the vastness of the phenomenon of dejudicialization, stating that they lead efforts on the paradigm of procedural relation centered in the tripartition author-defendant-judge with the objective to form litigant lawyers. One defends that to observe the reality and to adapt the curricula to the requirements of the new paradigms are urgent obligations of all Law Schools.

**Keywords:** Dejudicialization, legal education, undergraduate education.

*É próprio do pensar certo a disponibilidade ao risco,  
a aceitação do novo que não pode ser negado ou  
acolhido só porque é novo, assim como o critério de  
recusa ao velho não é apenas o cronológico.*  
(PAULO FREIRE)

## **1 O ensino do Direito como uma experiência formativa**

A transmissão do conhecimento é a garantia de sobrevivência de uma cultura, e o mais evidente propósito do ensino em todos os graus. A educação dá perpetuidade ao saber, e permite o neófito ombrear o clássico, sem que seja necessário repetir e reviver, a cada geração, todas as experiências vividas pela geração anterior. Essa inerência formal, embora não única, sobreleva o repasse do conteúdo teórico descritivo da ciência, observado o que ela possui de mais sólido ou altamente provável, já que não existem verdades absolutas nem certezas imutáveis.

A experiência do magistério, em sua base, portanto, seria uma experiência transitiva. A assertiva, apesar de sua aparente validade, não passa de um paralogismo que considera o conhecimento como objeto, cuja posse se realiza na mera tradição. Porém, a educação, a cultura e o conhecimento não são substâncias transmissíveis como as coisas em geral, na mesma medida que os homens, destinatários finais, não são meros receptáculos, como armazéns em geral.

No que tange às letras jurídicas especificamente, essa característica meramente transitiva do conhecimento é uma perspectiva capenga, inábil para sustentar o próprio conceito de ensino jurídico. O objeto do ensino jurídico, que é a ciência do direito, por natureza é insubmisso e desassossegado, movimentando-se ao sabor do mesmo vento que faz re-crudescecer ou abrandar o sofrimento humano. As alterações sociais, a assimilação de culturas, a globalização, as necessidades contemporâneas e demais fenômenos que alte-



ram a forma de pensar do homem, produzem mudanças no próprio homem, o que açoita a ciência do direito, e necessariamente, devem repercutir com grande intensidade no ensino desta ciência. E não há como conter ou isolar estes eventos porque são forças que prescindem de verbalização, projeção silenciosa de uma revolta que se processa no íntimo da coletividade, gerando sua constante emancipação. Não há como negar-lhe legitimidade porque legitimam a si próprias enquanto fenômenos sociais, ou como adverte Canotillho citado por Tarso Genro (2004, p. 06), “*quando a realidade se justifica por si própria ela não carece de legitimação*”.

Através do comportamento humano a realidade cria a si mesma, circunstância que impele a ciência porque, conforme alude Norberto Bobbio (2003, p. 62), “*o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam*”. A via natural do ensino jurídico, diante das peculiaridades postas, será a de acompanhar a maturação da ciência, compreendendo-a e a ela se adaptando, porque o ensino não cria a realidade, mas com ela tem inderrogável compromisso.

A humanidade está sempre em reforma porque os homens, enquanto seres pensantes em ininterrupta metamorfose, também estão sempre em reforma, fazendo-se e desfazendo-se. Embora a ciência do direito consista em um arcabouço cognitivo razoavelmente consolidado, a obra definitiva repousa no futuro indefinidamente prorrogado. O enigma que se forma para o ensino jurídico em face do paradoxo aparente entre consolidação razoável e mutabilidade inevitável exige das Instituições de Ensino Superior (IES) uma necessária intimidade entre a concepção acadêmica do direito, de um lado, e a *concretude* material do direito que caminha nas ruas do mundo real, do outro. O desafio é manter o vínculo com a realidade contemporânea, sem distanciar ou perder a identidade histórica, de forma a manter o liame entre a subjetividade da teoria e a efetividade da *concretude* real.

É imprescindível que o estudante, mais que conhecer o direito, possa pensar o direito. Daí, pode-se dizer que, muito mais que uma experiência puramente transitiva, o ensino jurídico é uma **experiência formativa**.

Paulo Freire (2006, p. 47), em sua “Pedagogia da Autonomia”, defende que,

é preciso insistir: este saber necessário ao professor – que ensinar não é transferir conhecimento – não apenas precisa de ser apreendido por ele e pelos educandos nas suas razões de ser – ontológica, política, ética, epistemológica, pedagógica – mas também precisa de ser constantemente testemunhado, vivido.

## **2 A crise do judiciário, a desjudicialização como paradigma e o comportamento das instituições de ensino jurídico**

O movimento de reforma do judiciário deixou a planície das idéias e iniciativas solitárias, institucionalizando-se na criação da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da

Justiça, cujo objetivo é o de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário. A necessidade de reforma nasceu de uma palpável perturbação no sistema jurídico nacional, intensificada nos últimos anos pelo fracasso do modelo judicial concentrador.

A evidência da crise é indiscutível, ostenta ciência pública e vulgar de qualquer um do povo, e, sofrimento coletivo de judicantes e jurisdicionados. A principal tentativa de contorno da crise reside na aspiração reformadora que pretende definir o que compete, e principalmente, o que não compete ao Poder Judiciário, (re)descobrir sua função institucional pura, de forma a eliminar funções atípicas e estabelecer um modelo distributivo mais eficiente.

A este processo, que compreende uma verdadeira mudança paradigmática no formato da justiça pública, denomina-se fenômeno da desjudicialização.

Embora seja uma realidade irreversível, as Instituições de Ensino Superior (IES) ainda não despertaram para a gravidade prática que a desjudicialização enseja, mantendo currículos impregnados com o princípio demandista da relação processual tripartite (Autor-Juiz-Réu), enquanto o paradigma aponta para uma direção completamente inovadora. Ao deitar luz antiga sobre processos novos, o ensino jurídico se divorcia da realidade, contribuindo para uma formação insuficiente do acadêmico.

Despreparado para a realidade com que vai conviver, portanto, conceitos que estão, paulatinamente, perdendo substância, o acadêmico recebe um diploma novíssimo, abarrotado de idéias antigas.

### **3 Judicialização e desjudicialização**

#### **3.1 Direito à tutela jurisdicional**

Antes de tratar do tema nuclear deste trabalho e da conceituação própria que se dá aos vocábulos judicializar e desjudicializar, oportuno traçar diferenciações pertinentes, de forma a dar nitidez às premissas utilizadas e prevenir eventuais distorções de interpretação.

Este texto não faz qualquer crítica ou restrição ao direito à tutela jurisdicional, equívoco que, eventualmente, pode emergir do tom porventura pejorativo do termo judicializar. Também não faz apologia a qualquer restrição do acesso efetivo a justiça, “direito social básico nas modernas sociedades” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 06).

É indiscutível que a primeira das garantias constitucionais da ação é o acesso à Justiça, ou seja, a própria “judicialização” enquanto exercício do direito à tutela jurisdicional. Trata-se de uma prerrogativa inafastável, própria e basilar do Estado democrático de Direito, caminho que conduz à ordem jurídica justa, pavimentado pelo devido processo

legal que tramita perante a autoridade competente – Estado-Juiz – chegando a termo com a pacificação da pretensão resistida, mediante sentença. A jurisdição é um elemento de inclusão social, conforme escreve De Paula (2002, p. 87).

Na doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 131), a jurisdição é exercício de substituição dos titulares dos interesses em conflito pelo Estado, na busca da pacificação das desavenças que os separam, e

essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Não se concebe um Estado democrático sem a noção jurisdicional contemplada como um direito individual e social ilimitados, porque o sistema “deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 1997, pág. 154). Na lição de Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 05), “quanto mais se consolida a idéia do Estado Democrático de Direito mais se manifesta a consciência de que o centro nervoso do sistema se fixa na tutela jurisdicional, onde a cidadania se alicerça para construir a sociedade solidária, livre, justa e respeitada”.

O Estado democrático de direito, portanto, erigiu a idéia que a via judicial não pode ser suprimida, transferindo ao Poder Judiciário todos os conflitos e todas as pendências, de forma ilimitada. Esse sentimento integra a Constituição de 1988, quando estabelece, dentre os direitos e garantias fundamentais, ou seja, dentre aquelas cláusulas pétreas não suprimíveis, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5.o, inciso XXXV).

### 3.2 Da judicialização

O vocábulo “judicialização” é utilizado para exprimir as relações que, obrigatória ou facultativamente, são levadas ao Estado-Juiz, com objetivo de alcançar, mediante um processo regular, a pacificação de um litígio, o reconhecimento de um direito ou a constituição de uma obrigação. É o direito a tutela jurisdicional posto em movimento na máxima amplitude, ativismo judicial que desloca para a resolução do órgão judicante a solução dos desencontros humanos, dos conflitos sociais e de uma gama infinita de circunstâncias e sofrimentos da vida civil.

Judicializar carrega consigo os pressupostos da demanda e do processo, sendo cada vez mais comum a utilização do expediente de ingressar com uma ação, justificada a iniciativa pelo mito da solução perfeita ainda que tardia (*a justiça tarda mas não falha*), ou

pela absoluta concentração da exequibilidade nas mãos do Estado.

A conseqüência desta corrida ao Judiciário foi tornar o jurisdicionado refém de sua própria justiça. O volume de processos acompanhou, óbvia e naturalmente, o interesse em litigar, resultando na constante necessidade de aumento do quadro de juízes e de estrutura, a fim de atender a procura sempre geometricamente progressiva. O Conselho Nacional de Justiça contou 57.475.882 (cinquenta e sete milhões, quatrocentos e setenta e cinco mil, oitocentos e oitenta e dois) processos que estavam nos vários tribunais e juizados da Justiça brasileira no dia 31 de dezembro de 2004. Trata-se de uma média de um processo em tramitação para cada três habitantes do Brasil. É evidente que a máquina Estatal não suporta uma demanda tão intensa e sem perspectiva de redução, fazendo surgir o paradoxo da Justiça injusta.

A versão *online* do jornal *Estado de São Paulo* no site da *Revista Consultor Jurídico*, 23 de fevereiro de 2006, traz a lamentável estatística dos processos que não progredem ou têm o passo coxo e, portanto, são processos absolutamente inúteis para o fim pacificador que lhes é destinado. Diz a nota que

No ano de 2003, para cada cem processos novos recebidos na Justiça Estadual de primeiro grau, 75 passaram para 2004 sem julgamento. De 2004 para 2005, esse número aumentou para 80. Na Justiça Federal, a situação é parecida. De cada cem processos, em 2003, 81 passaram ao ano judiciário seguinte sem julgamento. No ano seguinte, o número subiu para 84. Apenas na Justiça do Trabalho houve uma queda na chamada taxa de congestionamento. Por lá, na primeira instância, no ano de 2003, o número de processos novos que não foram julgados era de 62, para cada cem recebidos, e de 53 (cinquenta e três) no ano seguinte. (Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42230,1>>).

O relatório do Conselho Nacional de Justiça, denominado “Justiça em Números”, disponível em: <<http://www.cnj.gov.br/downloads/JN2.pdf>>, revela dados concretos dessa situação de fato dramática, com milhares de processos parados, somando-se com milhares de novos processos que, diariamente, são protocolizados nos fóruns do País. É incontroverso que a Judiciário responde mal à demanda massificada.

O enorme desequilíbrio existente entre o ânimo de litigar do jurisdicionado e a (in)capacidade de processo e julgamento pelo judiciário, resulta na negação da própria tutela jurisdicional, porque, conforma Dinamarco (2005, p. 80),

o sistema político-constitucional de oferta do serviço jurisdicional resolve-se no equilíbrio entre uma fundamental promessa de absorção de pretensões de pessoas em busca de satisfação e uma série de limitações ao exercício do poder de recebê-las, processá-las e acolhê-las. A promessa fundamental reside na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que em outros tempos metodológicos era interpretada como mera garantia da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV). Ela constitui o eixo fundamenta em torno do qual outras promessas gravitam, no contexto do zelo político-constitucional pela efetividade dos direitos e conseqüente exaltação da condição humana.

Da mesma forma que o acesso à justiça é garantia constitucional, o direito a uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação estão sob a proteção da Constituição, nos termos do disposto no inciso LXXVIII, inserido por força da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, do art. 5.º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Pondere-se que a aplicação dos princípios da celeridade e da duração razoável do processo, em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não devem comprometer o direito de ampla defesa, pelo que a crítica não busca eventual redução de prazos ou atropelamento de procedimentos, mas incide sobre o completo esgotamento da capacidade de prestação jurisdicional, independente da elasticidade de prazos legais.

A fé na eficiência do Estado, expectativa do jurisdicionado, cai por terra diante da falta de agilidade na resolução dos conflitos, o que, por si só, eterniza lides, retira efetividade e desumaniza a justiça. A morosidade não é a razão única da ineficiência do Poder Judiciário mas, de todas, as que se pode imaginar, a pachorra é certamente a que tem mais visibilidade.

### 3.3 Da desjudicialização

Desjudicializar, obviamente, tem o sentido inverso de judicializar, servindo o termo para exprimir a redução ou mesmo abandono da importância do Estado-Juiz na composição de conflitos e, principalmente, na solução alternativa de pendências sem conteúdo contencioso. A idéia parte do pressuposto que no mundo moderno não há mais espaço para centros absolutos, de forma que a concepção de uma justiça monopolizadora e concentradora soa dissonante e ultrapassada. A jurisdição como função fundamental do Estado é apreensível e indeclinável, mas o monopólio que subordina a solução de conflitos somente através do processo judicial não mais resiste às evidências contemporâneas.

Importante observar que a desjudicialização não é fator de restrição, mas de ampliação. Não se trata de reduzir o direito de acesso à justiça, mas, ao contrário, de ampliá-lo, na medida em que são criadas novas alternativas de resolução de conflitos com a legitimação de instâncias não judiciais, permitindo que os interessados possam resolver seus desencontros sem a dependência compulsória do Estado-Juiz.

Oportuno lembrar que, embora sustentado acadêmica e teoricamente, **a finalidade** do processo ultrapassa o academicismo e a teoria: seu fim é irresistivelmente material e prático. E, mais, a garantia constitucional do acesso à justiça garante também uma atuação eficaz e positiva do Estado, porque “a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). Sempre que o processo não exaspera da teoria, perdendo sua finalidade prática, ou o Estado não garante sua efetividade, perdendo-se na teoria, a tutela jurisdicional perde substância e significado.

Na ótica da desjudicialização, o direito não se prende mais à restritiva solução conceitual de conflitos, para o qual desinteressa o tempo da demanda. Preocupa-se, ao contrário, em criar condições para efetividade material da solução, o que exige grau máximo de eficiência. A desjudicialização aponta para soluções que primam pela rapidez e eficácia, através de procedimentos com utilidade e aptidão para realizar a justiça, o que é imprescindível para o litigante.

Para o Poder Judiciário é via certa para diminuição de processos, permitindo uma melhoria na prestação jurisdicional que se concentrará especialmente em setores ou funções graves e vitais para a sociedade, o que é bom para o Estado e para o jurisdicionado.

A judicialização sem limites submeteu ao Estado todo tipo de demanda, com ou sem conteúdo contencioso, como os procedimentos gratuitos, meros protocolos administrativos para formalização de interesses privados. A desjudicialização retira do Estado, dentre outros, estes procedimentos que compreendem funções atípicas do Poder Judiciário, situados que estão na esfera de interesses exclusivamente privados.

### **3.4 Casos normatizados de desjudicialização**

A desjudicialização, por óbvio, não se aplica a todas as questões ou litígios, encontrando sua vocação nos processos de jurisdição voluntária, ou nos conflitos que podem ser resolvidos contratualmente, por partes maiores e capazes. Não cabe, portanto, em questões que tenham por objeto direitos indisponíveis. Ocupa-se em criar substitutivos para aquelas chamadas funções de mera administração pública de interesses privados – preocupações atípicas do Judiciário – cuja coisa julgada é processual e não material.

De qualquer forma, independente da qualificação das partes ou do interesse jurídico, a desjudicialização não tem, como valor absoluto, a proscrição da tutela jurisdicional do Estado, se ela se fizer necessária, ou se as partes assim o desejarem.<sup>1</sup>

O processo da desjudicialização decorre necessariamente do direito positivo, pelo que somente a norma por criar tais vias jurisdicionais extrajudiciais. São casos exemplificativos de desjudicialização todos os surgidos no sistema jurídico brasileiro como iniciativas pontuais da reforma do judiciário: a retificação de área nos termos da Lei 10.931, de 10.08.2004, que alterou os arts. 212 e 213 da Lei 6.015, de 31.12.1973; o procedimento extrajudicial para recuperação do falido, nos termos da Lei 11.101, de 09.02.2005; a consignação em pagamento feita extrajudicialmente, nos termos do art. 890 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 8.951, de 13.12.1994; a mediação e arbitragem, nos termos da Lei

---

<sup>1</sup> No entanto, já se começa a pensar nas vias de desjudicialização como substitutivos definitivos da jurisdição estatal: a título de exemplo, é causa de extinção do processo, sem julgamento de mérito, a existência de convenção de arbitragem (art. 267, inc. VII do CPC – redação dada ao inciso pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996). Um prognóstico sem novidade sugere que, em um futuro próximo, incorporado ao cotidiano, os meios de composição e resolução poderão vir a ser os únicos capazes de suscitar determinadas providências, em completa substituição da jurisdição.

9.307, de 23.09.1996; a atuação da justiça desportiva, nos termos da Lei 9.615 de 24.03.1998; e, a atuação das Juntas de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, nos termos da Lei 9.958, de 12.01.2000.

### 3.4.1 O inventário, a separação e o divórcio por escritura pública

Recentemente, a Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, alterou o Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, através de **escritura pública lavrada por tabelião de notas**, desjudicializando tais procedimentos, nos seguintes termos:

#### Texto Primitivo

Art. 982. Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes.(os parágrafos já haviam sido suprimidos pela Lei 5.925/1973).

#### Texto alterado pela Lei 11.441

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

O dispositivo contempla a inteireza da desjudicialização dos procedimentos de inventário e partilha, estabelecendo seus limites, hipóteses e requisitos gerais.

#### Texto Primitivo

Art. 983. O inventário e a partilha devem ser requeridos dentro de 30 (trinta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 6 (seis) meses subseqüentes. Parágrafo único. O juiz poderá, a requerimento do inventariante, dilatar este último prazo por motivo justo.

#### Texto alterado pela Lei 11.441

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.Parágrafo único. (Revogado).

O dispositivo dobrou o prazo para abertura e encerramento de inventário ou arrolamento, quando procedidos pela via judicial. O descumprimento de tais prazos não acarreta prejuízo processual às partes, nem indeferimento da petição inicial. A única sanção é de natureza fiscal, quando ocorre a abertura do inventário a destempo.

A regra não alcança o inventário por escritura pública que pode ser realizado, independentemente do prazo de abertura ou de prorrogação deste pelo juiz. O prazo de 12 meses para encerramento também não se aplica, porque a escritura pública não se traduz na seqüência de atos próprios do processo judicial. O inventário extrajudicial é concentrado – início e conclusão – em um mesmo ato ou instrumento. Não obstante, o espólio continua sujeito às mesmas penalidades fiscais.

#### **Texto Primitivo**

Art. 1031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do artigo 1.773 do Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos artigos 1.032 a 1.035 desta lei. (Caput com redação determinada na Lei nº 7.019, de 31.8.1982, DOU 1.9.1982)§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único. (Com a renumeração determinada na Lei nº 9.280, de 30.5.1996, DOU 31.5.1996, o parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982, DOU 1.9.1982, passou a constar como § 1º)§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Parágrafo acrescentado conforme determinado na Lei nº 9.280, de 30.5.1996, DOU 31.5.1996).

#### **Texto alterado pela Lei 11.441**

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

Esse dispositivo apenas corrigiu as remissões equivocadas da redação primitiva do art. 1.031 do CPC, sem outra modificação de fundo. Trata-se de partilha lavrada por escritura pública, já admitida no sistema anterior, mas para ser integrada a inventário ou arrolamento judiciais.



### Texto Primitivo

Inexistente.

### Texto alterado pela Lei 11.441

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, **poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.** § 1º - **A escritura não depende de homologação judicial** e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem **assistidos por advogado** comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

O dispositivo inserido não tem similar no Código de Processo Civil, e contempla a inteireza da desjudicialização dos procedimentos de separação e divórcio consensuais, estabelecendo seus limites, hipóteses e requisitos.

O Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, ao submeter o projeto à aprovação traz ponderações que, em síntese, refletem todo o espírito da norma:

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro, com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto de Direito Processual Brasileiro, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei de Juizados Especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

[...]

5. Entendo não existir nenhum motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática que indique a necessidade de que atos de disposição de bens, realizados entre pesso-

as capazes – tais como os supracitados – devam ser necessariamente processados em juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses.<sup>2</sup>

A desjudicialização destes procedimentos repercute direta e imensamente na redução do número de processos dessa natureza que tramitam desnecessariamente sob a presidência de um Juiz, para ao fim, depois de despender tempo e dinheiro, receberem sentenças meramente homologatórias.

O resultado prático trará benefícios para todos os sujeitos destes tipos de processo: as partes formalizarão o que já decidiram entre elas, e o Judiciário obterá uma redução real de número de feitos.

Para as hipóteses contempladas, havendo conflito entre os interessados, a tutela jurisdicional do Estado será restabelecida, para preservação da ampla defesa ou dos interesses de incapazes.

### **3.5 O papel do direito notarial na desjudicialização**

De altíssimo relevo, diante do fenômeno da desjudicialização, trazer à baila algumas considerações sobre a atividade secular dos notários, cuja vocação primitiva voltada para a garantia da segurança jurídica, os coloca como autênticos sucedâneos da jurisdição, naquelas intervenções que não exorbitem a administração pública dos interesses privados.

O direito notarial compreende o conjunto de normas que disciplinam a organização, funcionamento e atribuições do Tabelião, os atos e contratos que estes participam, cuja atividade prima pela publicidade, autenticidade, segurança e eficácia. No conceito de Mengual e Mengual *apud* Leonardo Brandelli (1998, p. 78), “é o ramo científico do Direito Público que, constituindo um todo orgânico, saciona com a Fé Pública as relações jurídicas voluntárias e extrajudiciais mediante a intervenção de um funcionário que atua por delegação do Poder Público”.

Tabelião é a pessoa natural, profissional do direito que, após aprovação em concurso público de provas e títulos, recebe delegação para o exercício da atividade notarial, com fé pública. Cabe-lhe, principalmente, colher e instrumentalizar a vontade das partes em atos e contratos, garantindo perfeição formal e autenticidade; intervir em atos e negócios a que for chamado a participar, inclusive mediando e aconselhando as partes; autenticar documentos; reconhecer assinaturas, lavrar atas notariais e testamentos.

A função notarial é de natureza pública, mas exercida privativamente de maneira independente, o que permite ao Tabelião cumpri-la com imparcialidade, aconselhando as par-

---

<sup>2</sup> (Extraído da página da subchefia de assuntos parlamentares da Presidência da República, no endereço eletrônico <[www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/183.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/183.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2006).

tes, equilibrando a relação e nivelando os contratantes. O caráter privado da atividade se evidencia na participação em atos e documentos de interesse privado, sob a égide do direito civil, sem atribuição específica para o direito público.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a atividade notarial, em seu art. 236, norma regulamentada pela Lei Federal número 8.935, de 18.11.1994.

A atividade notarial sempre esteve ligada à mediação, prevenção e resolução de interesses privados e seus conflitos, sendo-lhe familiar a atividade de administração pública dos interesses privados, cuja vocação e *know-how* nesta seara vem sendo desenvolvidos ao longo dos séculos.

Os atos notariais possuem valor e força executivos, obrigando as partes contratantes, trazendo *concretitude* e efetividade às relações contratuais; possuem presunção de veracidade, protegidos pela fé pública do Tabelião, guardando consigo a materialidade de um interesse protegido juridicamente.

Os atos solenes e formais elaborados pelo Tabelião produzem certeza jurídica e paz social, portando força probante, autenticidade, correção e adequação.

Tudo quanto estiver inserto no instrumento público está protegido pela fé pública, sejam declarações das partes ou do próprio notário, porque “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”, nos termos do disposto no art. 364 do Código de Processo Civil, Lei número 5.869/1973. Também, a escritura pública tem força executiva das obrigações assumidas pelas partes signatárias.

A função de mediador, sempre exercida pelo Tabelião, é realçada pelo conhecimento do direito material, pela credibilidade e fé que seus documentos emanam, e pela neutralidade que o caracteriza, trazendo segurança jurídica, exercendo verdadeira substituição da prestação jurisdicional nos atos de jurisdição voluntária.

A responsabilidade civil e criminal pelo ato que pratica protege as partes de eventuais equívocos ou exageros do Tabelião, tornando a atividade extremamente confiável.

Em um resumo das vantagens da intervenção notarial encontram-se: A) orientação imparcial e neutra das partes, aconselhando e prevenindo resultados; B) elaboração técnica de documentos de modo a evitar nulidades; C) fiscalização da identidade e capacidade das partes e exame de documentos, de modo a afastar falsidades, o que favorece a presunção de boa fé; D) formalização de documento público com irrecusável valor probante; E) exequibilidade intrínseca do documento público; F) guarda e conservação de originais de documentos; G) publicidade, autenticidade e eficácia dos atos que pratica; e, H) proteção das partes contra eventuais equívocos do Tabelião, mediante a responsabilização civil e criminal deste pelos atos que pratica.

## 4 O ensino jurídico

### 4.1 O ensino jurídico e sua crise plural

A expressão “ensino jurídico”, modernamente, também atrai o vocábulo “crise”, traduzindo um sentimento comum a quem se dispenha a refletir sobre o tema e seus desdobramentos de que o modelo de ensino contemporâneo perdeu sua excelência. A crise espelha um estado de tensão, incerteza, conflito, perda de identidade e outros fenômenos próprios de momentos históricos que precedem importantes mudanças paradigmáticas. Não é, todavia, uma crise específica do ensino jurídico ou do ensino superior: a **crise é do ensino** como conceito geral, até porque a formação do homem não ocorre na universidade, mas principia no ensino fundamental.

Uma crise, necessariamente, não traz consigo o estigma da nocividade intrínseca. Antes de ser um mal, pode ser o espelho de uma resistência à petrificação, uma busca pelo movimento ou um exercício de aprimoramento. Outros momentos críticos já sucederam no ensino superior desde o amanhecer das primeiras faculdades de direito do Brasil, cujas precursoras nasceram em 11 de agosto de 1827, nas cidades de São Paulo e Olinda.<sup>3</sup>

Entre outros estímulos, a crise se alimenta da crescente deficiência formativa dos profissionais do direito, da perda de infra-estrutura das instituições públicas de ensino superior e da desmotivação dos professores mal remunerados. A mercantilização do ensino jurídico entregue a empresas que não têm vocação para o magistério, a proliferação irresponsável de cursos jurídicos inadequados oferecidos por instituições desestruturadas, sublinham o triunfo da quantidade sobre a qualidade dos profissionais.

Este conjunto de fatores redonda em cursos de direito ruins, que formam profissionais ruins, sujeitando a sociedade a uma proteção jurídica ruim.

É público e notório o altíssimo índice de reprovação nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil. Em São Paulo, a primeira fase do Exame de Ordem 128, realizada no dia 22 de janeiro de 2006, rejeitou 80,8% dos candidatos, com apenas 19,2% de aprovados, conforme divulgado pela assessoria de imprensa da Ordem dos Advogados de São Paulo (OAB/SP).<sup>4</sup>

Este resultado não é uma novidade exclusiva do ano de 2006. Em resultados finais anteriores foram aprovados finais 18,32% no exame de agosto de 2005, 7,16% em maio de 2005, 20,65% em janeiro de 2005, e, 8,57% em setembro de 2004. Estatística lamentável e alarmante.

<sup>3</sup> A criação se deu pela Lei de 11 de agosto de 1827, cujo artigo 9º estabelecia que “Os que freqüentarem os cinco anos de qualquer dos Cursos, com aprovação, conseguirão o grau de Bacharéis formados.”

<sup>4</sup> <[http://www.oabsp.org.br/main3.asp?pg=3.2&pgv=a&id\\_noticias=3433](http://www.oabsp.org.br/main3.asp?pg=3.2&pgv=a&id_noticias=3433)>.

## 4.2 As instituições de ensino jurídico e a evolução da ciência

O comportamento-padrão das instituições de ensino superior, oprimidas pela crise múltipla, tem sido o de tratar o ensino do direito como mera experiência transitiva, banalizando o magistério jurídico com a insossa transmissão de conteúdo em um viés mais dogmático que teleológico. O obsoleto modelo de aula-conferência, por exemplo, prioriza **informar o direito positivo**, mais que **formar o profissional para pensar o direito**. Não será exagero concluir que o ensino jurídico, na forma como é posto, petrifica e aprisiona o espírito livre e inquieto da própria ciência.

A crise mais grave, no entanto, talvez reflexiva das demais crises, repousa no risco de estagnação do ensino diante das transformações contemporâneas.

Enquanto a sociedade mutante avança na eterna reforma, metamorfoseando a ciência do direito, o ensino jurídico mantém-se em um acanhado nível de evolução metodológica e epistemológica, ou, pior, em uma posição de neutralidade irresponsável diante das transformações a que assiste.

Mas defeitos ensejam reparos; não a destruição do corpo defeituoso. E apesar das perspectivas incertas, não parece razoável a posição extrema defendida pelo Professor Horácio Wanderlei Rodrigues (1993), que argumenta ser necessário implodir a estrutura existente e construir uma nova.

A admissão da novidade, mesmo a que se mostra ostensiva e ao largo de negação, é exercício que possui certo conteúdo de risco; mesmo risco que se apresenta na preservação do que está em evidente processo de superação. Outrossim, assumir riscos é fundamental para o desenvolvimento da criticidade institucional, entendida como a capacidade de volver os olhos para a realidade concreta muito além do currículo mínimo ou do padrão adotado.

Visitando os endereços eletrônicos de diversas universidades e faculdades de direito<sup>5</sup>, dentre elas a Universidade Federal de Minas Gerais, a Universidade de São Paulo, a

---

<sup>5</sup> <<http://www.ufmt.br/fd/Texto/Graduacao/Grade-Curricular.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2006>. <<http://www.direito.ufmg.br/faculdade.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <[http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso\\_posse\\_ministro\\_americo\\_luz.asp](http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso_posse_ministro_americo_luz.asp)>. Acesso em: 16 mar. 2006>. <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/187.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/187.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <[http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso\\_posse\\_ministro\\_americo\\_luz.asp](http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso_posse_ministro_americo_luz.asp)>. Acesso em: 16 mar. 2006>. <<http://www.cnj.gov.br/downloads/JN2.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2006>. <<http://www.unimontes.br/noticias.php?id=22>>. Acesso em: 10 mar. 2006>. <<http://urano.cecom.ufmg.br/scg/cursos/grade.jsp?idCurso=56&caminhos=719>>. Acessado em: 10 abr. 2006, às 18:00 h>. <[http://www.oabmg.org.br/exame\\_oab/res\\_2etp.asp?exame=122005#](http://www.oabmg.org.br/exame_oab/res_2etp.asp?exame=122005#)>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <<http://www.serverweb.unb.br/matriculaweb/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <<http://cgi.ufmt.br/fd/Texto/Graduacao/Grade-Curricular.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <<http://www.unimontes.br/noticias.php?id=22>>. Acesso em: 10 mar. 2006>. <<http://www.ufpa.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006>. <<https://urano.cecom.ufmg.br/scg/cursos/grade.jsp?idCurso=56&caminhos=719>>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <[http://www.pucminas.br/cursos/index\\_graduacao.php?tipo=1&pai=37&menu=3&cabecalho=1&lateral=1&curso=124&mos-tra=disciplinas](http://www.pucminas.br/cursos/index_graduacao.php?tipo=1&pai=37&menu=3&cabecalho=1&lateral=1&curso=124&mos-tra=disciplinas)>. Acesso em: 10 abr. 2006>. <<http://sistemas1.usp.br:8080/jupiterweb/jupDisciplinaLista?codecg=2&tipo=D>>. Acesso em: 10 abr. 2006>.

Universidade Estadual de Montes Claros, a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pode-se constatar, em perfunctório exame das grades curriculares e disciplinas que são ministradas que, em nenhuma delas, consta disciplina especificamente voltada para formação de um advogado que milite bem no foro judicial e no extrajudicial. Ao contrário, a preocupação que se infere dos currículos, se não exclusiva pelos menos precípua, é com a formação do advogado demandista e formalista.

A título de exemplo, em uma analogia grotesca, a extrema preocupação estética que a monografia jurídica exige, muitas vezes em detrimento do conteúdo, é evidência do apelo formalista em seu grau superlativo. Reflete bem o tipo de profissional desejado: alguém capaz de construir uma peça com métrica e precisão estética, espaçamentos, margens superiores e laterais demarcadas, sem possibilidade de transação ou de criatividade. Não há espaços para novidades.

Daí se vê que exigir o abandono, ainda que ocasional, da formação tradicionalmente formalista e demandista do operador do direito, ligado ao conceito de litigância processual, que dirige suas razões a um Juiz que lhe dará uma Sentença da qual poderá recorrer, não é visto como razoável.

Não é só ao discente que pretende advogar que a perspectiva de um ensino jurídico voltado para a desjudicialização interessa. Dentro do Ministério Público existe uma corrente que propõe que o promotor de justiça deve ser mais resolutivo que demandista. Marcelo Goulart (1992, pág. 22), assevera que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade civil planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Na *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, v. 1, n. 1, jan. jun. 2001, p. 11, Marcelo Goulart, em artigo intitulado “Missão Institucional do Ministério Público”, aduz que a ação da promotoria deve ser mais resolutiva que demandista, “[...] Para essa mudança de paradigma, entendemos que seriam imprescindíveis, dentre outras medidas, as que seguem a seguir: a) Iniciar trabalho para fomentar a mudança do paradigma cultural dos Membros da Instituição e seus servidores, com a valorização do trabalho e destaque do compromisso com a mudança social e com a atuação preventiva; b) Aperfeiçoamento do diálogo com a sociedade política e com a sociedade civil, através da realização de audiências públicas de forma sistematizada, orientando a sociedade e suas instituições quanto à proteção preventiva dos direitos sociais; c) Criação de grupos de estudos entre membros e servidores do Ministério Público para debates sobre formas de atuação preventiva; d) Criação de núcleo de estudos, pesquisas, estatísticas e de eficácia funcional, a fim de que a Instituição possa direcionar o seu caminho e atender às exigências do Estado Democrático de Direito, especialmente no plano da atuação preventiva; e) Criação de manuais de atuação preventiva, jurisdicional e extrajurisdicional; f) Priorização do controle abstrato da constitucionalidade, com a utilização inclusive da recomendação antes do ajuizamento, por exemplo, das ações diretas, de forma a provocar o autocontrole de constitucionalidade

### **4.3 As diretrizes curriculares do Ministério da Educação como facilitadoras do processo de modernização do ensino jurídico**

Poder-se-ia aduzir que o currículo mínimo é instrumento justificador da timidez das IES em ampliar sua grade para agregar reflexos da mudança paradigmática em andamento, dado o engessamento que produz.

No entanto, a Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004, que instituiu as diretrizes curriculares do curso de graduação em direito, suprimiu o modelo que fixava currículo mínimo para a graduação. O regramento anterior, a bem da verdade, mostrava-se instrumento de aprisionamento do aluno a conteúdo previamente detalhado, limitado, obrigatoriamente dogmático e compulsoriamente incompatível com a dinâmica da ciência objeto de estudo.

Com o advento das diretrizes curriculares, cujo princípio estimula a flexibilização, as IES ganharam liberdade para ser criativas e modernas, na medida em que desamarram os currículos mínimos e permitem domar o conteúdo. Além disso, a iniciativa favoreceu a capacidade institucional de elaborar projetos pedagógicos, inclusive agregando nuances regionais, e concebem a formação superior como um processo contínuo, autônomo e permanente.

As diretrizes curriculares permitem que o ensino jurídico acompanhe a ciência que é sua razão de existir, eliminando ou rareando a perspectiva restritiva ou diminuidora.

Com as diretrizes pode-se efetivamente dizer que o ensino do direito retorna ao seu potencial formativo, porque combate o caráter transitivo do ensino, contribuindo para despertar no estudante a capacidade de pensar o direito.

Se existe liberdade curricular deve-se exercê-la em sua plenitude, sob pena de negar sua preciosidade e finalidade. O potencial criativo das instituições de ensino superior deve ser explorado diante da liberdade que as normas lhe concedem na organização de seus currículos, inclusive inovando com disciplinas que mais se amoldam à realidade, e visem atender a dinâmica das demandas sociais. Isso significa, no mínimo, acompanhar o viés da ciência jurídica.

---

perante o poder elaborador da norma inconstitucional. g) Elaboração de modelo de regimento interno (com a finalidade de possibilitar a atuação homogênea da Instituição, especialmente quanto à defesa da tutela preventiva) para as Promotorias de Justiça, Procuradorias de Justiça e Procuradorias da República, com a possibilidade de sua adoção pelo Promotor de Justiça e pelo Procurador da República, já que, pelo princípio da simetria com o modelo da Magistratura (Tribunais), aos componentes ou componente do órgão incumbe a elaboração do regimento interno. h) Mudança de paradigma na atuação da área cível: exigência de presença de interesse social ou de situação concreta de risco a direito individual puro indisponível, o que diminuirá a atuação na área cível com a possibilidade de priorização da atuação preventiva em outras áreas de atribuição da Instituição, especialmente quanto à defesa dos interesses ou direitos massificados. i) Implementação nas Escolas do Ministério Público de projetos pedagógicos próprios que venham conferir especial atenção à formação humanista e à valorização da atuação preventiva dos membros do Ministério Público.

Dentre as competências e habilidades a serem despertadas nos alunos, nos termos da Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004, encontra-se a capacidade de adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, inclusive administrativas, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos.

Segundo as diretrizes curriculares, o curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu projeto pedagógico e organização curricular, conteúdos e atividade que atendam aos três eixos essenciais: a) eixo de formação fundamental; b) eixo de formação profissional; e, c) eixo de formação prática. O eixo de formação profissional permite o estudo de disciplinas de forma sistemática e contextualizada segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais.

Falta nas diretrizes curriculares uma atenção ao exercício da profissão jurídica voltada para a prevenção de litígios. Contudo, criar disciplinas adequadas ao paradigma da desjudicialização, ou adaptar disciplinas já existentes a este processo, contribui para despertar no discente a capacidade de atuação técnico-jurídica em diferentes instâncias, inclusive e especificamente instâncias não judiciais. Também se harmoniza com os princípios do eixo de formação profissional. Numa visão pragmática, é preciso que o discente saiba que prevenir litígios é melhor que protagonizá-los; que não é necessário abrir um processo para promover a constituição em mora do devedor, ou para preservar interesses, ou ainda para resguardar direitos, sendo possível alcançar este objetivo mediante notificação extrajudicial junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos; que a preservação de uma prova oral, sua coleta, ou ainda, a vistoria ou constatação de um fato, não depende de uma medida cautelar, podendo ser feita por intermédio do Tabelião de Notas que lavrará uma Ata Notarial para tais fins; que a consignação em pagamento, a retificação de área, o inventário e partilha, a separação e o divórcio podem, ou poderão, ser resolvidos sem a intervenção judicial.

São inúmeras as possibilidades de utilização de recursos subsidiários à jurisdição alcançando objetivos semelhantes com o menos dispêndio de tempo e dinheiro.

#### **4.4 Da sugestão da disciplina**

Considerando a relevância da desjudicialização e seus desdobramentos práticos, principalmente para o discente que se forma com a intenção de exercer a advocacia, é oportuno que as Instituições de Ensino Jurídico incluam em sua grade curricular disciplina voltada para preparar o futuro profissional para a advocacia preventiva e/ou não judicial.

A disciplina trataria justamente do “Direito Extrajudicial” e condensaria o estudo sobre as múltiplas alternativas à jurisdição, da prevenção de conflitos, de sua solução pacífica e desjudicializada, com ênfase na utilidade do direito notarial.



Um esboço parcial do plano de ensino de tal disciplina contemplaria os seguintes elementos:

#### **4.4.1 Ementa**

Noções Introdutórias sobre Jurisdição. Noções conceituais sobre judicialização e desjudicialização. Tutela Jurisdicional e Tutela Alternativa. Advocacia litigiosa. Advocacia preventiva. Procedimentos administrativos e extrajudiciais. Direito Notarial e Registral.

#### **4.4.2 Objetivos Gerais**

Propiciar uma assimilação de conteúdo centrado no paradigma da desjudicialização, com base na inter-relação entre professor e alunos, de maneira sistêmica, crítica, criativa e sensível.

#### **4.4.3 Objetivos Específicos**

Estimular, instigar e orientar reflexões e discussões nos moldes do diálogo ordenado professor-aluno, aluno-aluno e aluno-professor; orientar bibliografia específica sobre os assuntos propostos, instigar sua leitura e pesquisa, cobrando sua aprendizagem e compreensão; propiciar a correção, a autocorreção, a orientação e a auto-orientação dos estudos da disciplina; evidenciar todo o processo da construção do conhecimento em todo o seu contexto, sem visões absolutas, com visão interdisciplinar, não expressamente dogmáticas, mas acima de tudo, avançadas; refletir, discutir e escrever crítica e criativamente sobre problemas atuais propostos pela desjudicialização; e, confrontar e contrastar a perspectiva tradicional do Processo com a perspectiva do novo paradigma.

#### **4.4.4 Conteúdo Programático:**

- 1: Introdução histórica e noções conceituais sobre jurisdição e tutela jurisdicional;
- 2: noções conceituais sobre judicialização e desjudicialização;
- 3: procedimentos e instrumentalidade na esfera extrajudicial;
- 4: teoria geral dos contratos;
- 5: procedimentos desjudicializados;
- 6: noções de direito notarial e registral.

### **5 Conclusões**

Do exposto, se extrai o seguinte.

5.1 A desjudicialização é uma revolução paradigmática em andamento, com normas

desjudicializantes presentes no ordenamento jurídico, redesenhando o conceito de monopólio da jurisdição, bem como modernizando a idéia que se tem sobre Justiça, jurisdição e Estado-Juiz.

5.2 O modelo de ensino jurídico atual não assimilou a mudança de paradigma, concentrando a substância de sua estrutura curricular na formação de profissionais demandistas e dependentes do Estado-Juiz, que certamente encontrarão dificuldades para sorver e bem utilizar os instrumentos do novo paradigma.

5.3 É urgente e inadiável que as instituições de ensino jurídico promovam a incorporação, em sua estrutura curricular, de disciplina específica que contemple o direito extrajudicial e preventivo.

5.4 É imperioso, ainda, que as disciplinas lecionadas sob o paradigma do monopólio da jurisdição recebam os influxos do paradigma da desjudicialização, de forma a propiciar a assimilação do conteúdo adequado às exigências dos novos tempos.

### **Referências consultadas e citadas**

- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edupro, 2003. p. 62.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do Direito Notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 78.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 131.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do processo civil brasileiro, In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saber necessário a prática educativa*. 33. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 47.

GENRO, Tarso. *O ensino do Direito em tempo de mudança. O sino de Samuel*. [s. n.] Belo Horizonte. 2004. p. 16.

GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

HABERMAS, Junger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 154. v. 1.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 89.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1998.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Manole. 2002. p. 87.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 02, p. 05, nov. dez. /1999. Bimestral.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 129.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v. 2. Brasília: Editora UnB, 1999.

### **Sites Consultados:**

01)<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u17523.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2006.

02)<[http://www.oabsp.org.br/main3.asp?pg=3.2&pgv=a&id\\_noticias=3433](http://www.oabsp.org.br/main3.asp?pg=3.2&pgv=a&id_noticias=3433)>. Acesso em: 20 mar. 2006.

03)<<http://www.oabmg.org.br/pesquisa/pesquisa.asp#>>. Acesso em 19 mar. 2006.

04)<<http://www.ufmt.br/fd/Texto/Graduacao/Grade-Curricular.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

- 05) <<http://www.direito.ufmg.br/faculdade.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 06) <[http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso\\_posse\\_ministro\\_americo\\_luz.asp](http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso_posse_ministro_americo_luz.asp)>. Acesso em: 16 mar. 2006.
- 07) <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/187.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/187.htm)> Acesso em: 10 mar. 2006.
- 08) <[http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso\\_posse\\_ministro\\_americo\\_luz.asp](http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Discurso/discurso_posse_ministro_americo_luz.asp)>. Acesso em: 16 mar. 2006.
- 09) <<http://www.cnj.gov.br/downloads/JN2.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2006.
- 10) <<http://www.unimontes.br/noticias.php?id=22>>. Acesso em: 10 mar. 2006.
- 11) <<http://urano.cecom.ufmg.br/scg/cursos/grade.jsp?idCurso=56&caminhos=719>>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 12) <[http://www.oabmg.org.br/exame\\_oab/res\\_2etp.asp?exame=122005#](http://www.oabmg.org.br/exame_oab/res_2etp.asp?exame=122005#)>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 13) <<http://www.serverweb.unb.br/matriculaweb/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 14) <<http://cgi.ufmt.br/fd/Texto/Graduacao/Grade-Curricular.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 15) <<http://www.unimontes.br/noticias.php?id=22>>. Acesso em: 10 mar. 2006.
- 16) <<http://www.ufpa.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006.
- 17) <<http://urano.cecom.ufmg.br/scg/cursos/grade.jsp?idCurso=56&caminhos=719>>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 18) <[http://www.pucminas.br/cursos/index\\_graduacao.php?tipo=1&pai=37&menu=3&cabecalho=1&lateral=1&curso=124&mostra=disciplinas](http://www.pucminas.br/cursos/index_graduacao.php?tipo=1&pai=37&menu=3&cabecalho=1&lateral=1&curso=124&mostra=disciplinas)>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- 19) <<http://sistemas1.usp.br:8080/jupiterweb/jupDisciplinaLista?codcg=2&tipo=D>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

**A R G U M E N T O J U R Í D I C O**  
**Direito, Vida e Saúde**



# Considerações Acerca da Tutela Legal da Doação de Órgão de Anencéfalo – Resolução CFM nº 1.752/04

EDNA RAQUEL R. S. HOGEMANN  
Universidade Estácio de Sá/RJ

**Resumo:** O presente ensaio tem por objetivo apresentar uma breve análise dos aspectos bioéticos e biojurídicos conflitantes que envolvem a questão decorrente dos tremendos avanços no campo da medicina, que ensejaram não somente a possibilidade dos transplantes de órgãos, como também o diagnóstico pré-natal de anomalias no feto e, sobretudo, os transplantes de órgãos dos recém-nascidos anencéfalos, mormente com o advento da Resolução n. 1752/04 do Conselho Federal de Medicina e as atuais perspectivas sobre a polêmica matéria.

**Palavras-chave:** Bioética e biodireito, doação de órgãos, anencefalia.

**Abstract:** This essay has the objective to present one brief analysis of conflicting biolegal and bioethics aspects that involves the current question of the tremendous advances in medicine, which not only makes the possibility of transplants of organs, as well as the prenatal diagnosis of anomalies in the embryo and, over all the transplants of organs of the anencephalic new-born babies, mainly with the publication of Resolution no. 1752/04 by the Conselho Federal de Medicina (Federal Medical Council) and current perspectives on the controversial subject.

**Keywords:** Bioethics and biolaw, organ donation, anencephalia.

## **1 Introdução**

O progresso que a medicina vem experimentando nos últimos cinquenta anos permitiu que a qualidade da vida humana, mormente para os países mais desenvolvidos e para as classes mais abastadas, tivesse um incremento impensável. Essa continuada evolução tecnológica vem modificando a prática da medicina, seja por meio de inovações na área dos métodos de diagnosticar e tratar das doenças ou na criação de novos remédios e equipamentos médicos.

Além disso, o incremento biotecnológico permitiu um nível de sofisticação tanto nos diagnósticos quanto nos tratamentos para diversas moléstias dantes tidas como incuráveis, e que hoje já não ceifam mais tantas vidas nem as limitam em qualidade.

Dentre os inúmeros benefícios vislumbrados, é de salientar-se, além do avanço das técnicas relacionadas aos transplantes de órgãos e tecidos, o combate da infertilidade, do desenvolvimento de novos métodos contraceptivos, das perspectivas do diagnóstico tanto em nível pré-implantatório, quanto pré-natal, que entre outras, permitiram com maior precisão o diagnóstico de fetos acometidos por anomalias constituídas pela má-formação anencefálica.

## **2 Situando a polêmica**

O problema do recém-nascido anencéfalo assumiu, nestes últimos anos, uma importância cada vez maior sob vários aspectos: médico, técnico, jurídico, mas principalmente ético<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A estatística mundial mostra que uma em cada 1 mil mulheres dá a luz a um anencéfalo: 'No Brasil, esse número é maior ainda, maior do que o número de crianças que nascem com síndrome de Down'. (Débora Diniz, *Jornal da Ciência*, SBPC, JC e-mail 2568, de 21 de julho de 2004).



Isso significa que, junto com o crescente interesse científico relativo aos transplantes, suscitado pelo feto anencéfalo, acirrou-se, também, uma reflexão ética bastante extensa que estava faltando no momento em que o problema se apresentou.

Um primeiro conjunto de problemas se refere à ausência de dispositivo legal que autorize a realização do aborto do feto anencéfalo, a despeito de, nos últimos dez anos, terem sido registrados mais de 3.000 mil casos de abortos de anencéfalos realizados no Brasil<sup>2</sup>; ao tratamento médico do anencéfalo após o nascimento: este aspecto se tornou mais evidente com a disponibilidade cada vez maior de meios de terapia intensiva e com os questionamentos que tal disponibilidade suscita neste caso particular, em contrapartida à possibilidade da disposição dos órgãos do anencéfalo para transplantes. Este último aspecto adquiriu grande importância devido aos progressos das técnicas dos transplantes nestes últimos anos; que tornaram possíveis os transplantes também em idade neonatal e tornaram mais visível a escassez de órgãos para essa específica faixa etária.

As regras para o transplante de órgãos do bebê com anencefalia, anomalia que impede o crescimento total do cérebro em nosso país, estão previstas na Resolução nº 1.752/04 que hoje permite ao médico fazer transplantes de órgãos do bebê anencéfalo logo ao nascer, com autorização dos pais.

A Resolução nº 1.752/04 dispõe que, por não possuírem os hemisférios cerebrais, os anencéfalos são natimortos cerebrais que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia e se tornam inviáveis para transplantes. Além do que, para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, “são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica” (D.O.U. 13.09.04)<sup>3</sup>.

Os critérios da morte encefálica estão regulados pela Resolução CFM nº 1.480/97 que, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo certo que o bebê anencéfalo é o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro. Desse modo, estariam atendidos os pressupostos fundamentais para o diagnóstico da morte encefálica autorizador para o procedimento do transplante dos órgãos, restando tão somente a autorização dos pais do bebê.

---

<sup>2</sup> Há mais de 10 anos, em uma conferência que proferiu no Auditório Petrônio Portela, do Senado Federal, o Prof. Jérôme Lejeune informava que existe um tratamento preventivo para a anencefalia e outras deformações fetais. “Laurence e Smithells descobriram que as mães que colocavam no mundo crianças portadoras de anencefalia (sem cérebro) ou com espinha bífida tinham uma taxa muito baixa de ácido fólico na sua corrente sanguínea. Propuseram, então, fazer um tratamento com as mães que já tivessem tido filho com esse mal, aconselhando-as a tomar ácido fólico antes de engravidar. Isso é feito hoje em todos os países no norte da Europa e a incidência da espinha bífida e da anencefalia se reduziu a 1/3 (um terço)”, disse Lejeune. (Humberto VIEIRA, Dignidade do feto anencéfalo e o porquê do não-aborto, retirado do site: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 16 maio 2006).

<sup>3</sup> DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Resolução CFM nº 1.752, de 13.09.04, seção I, p. 140.

No entanto, as regras para o transplante de órgãos de bebês anencéfalos parecem estar com seus dias contados. O Ministério da Saúde, por meio do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), pretende enviar ao Conselho Federal de Medicina (CFM) um pedido formal de revisão da Resolução nº 1.752/04 que hoje autoriza a realização dos transplantes de órgãos do bebê anencéfalo logo ao nascer, com a permissão expressa dos pais.

Depois de inúmeras reuniões em que foi discutida a matéria, centros como a Sociedade Brasileira de Pediatria, Academia Brasileira de Neurologia, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e até mesmo representantes do Conselho Federal de Medicina chegaram, unanimemente, à mesma opinião defendida por representantes do governo federal, de que o bebê anencéfalo em razão desta anomalia em si não nasce morto, ou seja, no sentido de considerar que, apesar da anomalia, o bebê nasce com a capacidade de respirar. Isso significa que ele tem vida. Assim, a polêmica estaria situada em determinar-se em que medida o diagnóstico de morte encefálica se aplica ou não aos bebês anencéfalos.

### **3 A morte em discussão**

Ambos os conceitos morte ou vida refletem a compreensão social dos limites possíveis da vida e baseiam-se na experiência vivida. Relacionam-se, por seu turno, de forma complexa com o conhecimento científico.

Os critérios para o estabelecimento do diagnóstico morte refletem o que se julga necessário acontecer – à luz do conhecimento fisiopatológico – para que aquilo que se estabelece como morte possa ocorrer.

Os testes utilizados são os procedimentos práticos que ajudam a determinar quando os critérios são satisfeitos, ou seja, quando ocorre a morte.

Nos últimos cinquenta anos os avanços técnico – científicos na área da medicina introduziram na prática da medicina clínica novos conceitos de morte, cujo diagnóstico implica a execução de uma elaborada lista de provas. A coexistência desses vários critérios de morte tem sido assunto controverso e sujeito a permanente debate.

#### **3.1 Critérios para um diagnóstico de morte**

Há não muito tempo considerava-se que o corpo e a mente deixavam de funcionar ao mesmo tempo. Morria-se quando se exalava “o último suspiro” e quando o coração deixava de bater. Os testes utilizados no diagnóstico de morte, assim, não levantavam problemas de ordem prática: palpar o pulso e auscultar o coração e os pulmões, ou tão somente segurar um espelho junto ao nariz para confirmar a ausência de respiração através da falta de condensação no espelho.

A morte, tal como a própria vida, não é um evento, mas sim um processo. O conceito

jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. O sentido jurídico de morte não é simplesmente o término da existência terrena do homem, mas a situação, determinada por lei, em que a pessoa humana é vista como não tendo mais existência. Entretanto, a norma não estabelece o critério para caracterizar a morte, deixando a questão em aberto para ser respondida pela medicina. Cabe ao médico determinar o momento da morte, pois é isso que interessa do ponto de vista jurídico.

O diagnóstico da morte tem variado ao longo dos tempos. Até três ou quatro séculos atrás, a constatação da morte ocorria com a putrefação cadavérica. Posteriormente, foi estabelecido critério respiratório como definidor de morte: estava morto todo aquele que não mais respirasse. Nessa época, eram utilizados espelhos e penas para a aferição da respiração. Se o espelho ficasse molhado pelo vapor dos pulmões ou se a pena se movesse era sinal que a vida ainda não havia cessado e que o indivíduo ainda existia, para todos os fins de direito (ALBERNAZ, 2006, p.1).

Esse critério, no entanto, mostrava-se altamente falho, pois casos havia em que a respiração era muitíssimo fraca, imperceptível, incapaz de mover a pena ou marcar o espelho. E findava por ocorrer casos em que, mesmo respirando e, portanto, vivas, pessoas ditas como mortas deixavam de receber auxílio médico adequado que lhes poderia evitar o fim trágico.

A criação dos aparelhos de ventilação mecânica, aliado à falibilidade do método, foram decisivos para que este critério fosse abandonado, cedendo espaço à aferição da existência ou não de vida através dos batimentos cardíacos. Com base neste critério, estaria morto todo aquele que deixasse de ter seu sangue circulando pelo corpo, todo aquele cujo coração parasse de bater. Durante muito tempo, adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador do fim da vida. Mas, a evolução da ciência, a aplicação de massagens cardíacas e de desfibriladores fez com que a morte circulatória pudesse ser amplamente revertida.

Só que tais procedimentos provocaram um fenômeno até então impensável pela comunidade médica: o grande número de pacientes que, em razão da falta de oxigenação de seus cérebros decorrente de parada cárdio-respiratória ou de danos cerebrais causados por choques mecânicos, sem consciência e em estado vegetativo por longos anos, sem que apresentasse qualquer tipo de melhora – permanecendo vivos até que o músculo cardíaco finalmente cessasse de bater.

Paralelamente, novas e sofisticadas técnicas médicas foram desenvolvidas e passaram a permitir a realização de transplantes de órgãos (principalmente o coração) com grandes chances de sobrevivida para o transplantado. Mas para que os objetivos dessa nova técnica fossem alcançados era necessário que tais órgãos estivessem em funcionamento nos instantes imediatamente anteriores ao transplante, sob pena de perecimento do órgão. Assim, surgiu a questão de que não era mais possível esperar a parada cardíaca do

indivíduo para que o transplante fosse realizado.

No Brasil, com a aprovação da Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434, de 4.2.97, art. 3º), o ordenamento jurídico passou a adotar a morte encefálica como indicador de fim da vida. Contudo, isto não significa que os demais tecidos e órgãos estejam mortos. A morte encefálica simplesmente atesta a total impossibilidade de vida como indivíduo. Se assim não fosse, não seria lícito retirar um coração pulsante para transplante. E por essa regra se encontram excluídos os casos dos recém-nascidos anencéfalos, cujo diagnóstico da morte estaria prejudicado em razão da inexistência do órgão responsável pela viabilidade da determinação da morte cerebral.

Os critérios fixados pela Resolução CFM nº 1.480/97, previstos na lei acima citada e aplicados em indivíduos com encéfalo, consideram, para que se tenha a efetiva certeza da irreversibilidade, que todo o encéfalo esteja sem vida. Como o anencéfalo não possui cérebro, não há que se falar em possibilidade de vida – visto que a natureza, previamente, inviabilizou qualquer potencialidade.

Embora já se soubesse que a morte, mais do que um momento, é um processo mais ou menos longo, foi o desenvolvimento tecnológico do mundo moderno – ao permitir que, através de diversos aparelhos<sup>4</sup>, muitas pessoas permanecessem vivas embora privadas de algumas funções antes consideradas vitais –, o responsável pelo fim da morte como fenômeno único.

Criou-se um vazio conceitual e as definições foram-se sucedendo, tendo sido a morte definida como: a perda de fluidos vitais; a separação da alma; a perda irreversível da capacidade de integração do corpo; a perda irreversível da capacidade de consciência e integração social; foram considerados critérios de morte o cessar irreversível do funcionamento: de todas as células, tecidos e órgãos; do coração e dos pulmões; de todo o encéfalo; do córtex cerebral; do tronco cerebral; da capacidade corporal da consciência (LIMA, 2005, p. 7).

O conceito de irreversibilidade também só teve necessidade de ser introduzido na definição de morte quando, em cirurgias de coração aberto, os doentes vivos foram colocados em respiração e circulação artificial cumprindo os critérios de morte cardiorrespiratória. Estava estabelecida a confusão entre conceito, critérios e testes de diagnóstico.

Em 1967, na África do Sul, Christian Barnard realiza o primeiro transplante cardíaco. Um mês depois, é criado nos EUA o Comitê Ad Hoc da Faculdade de Medicina de Harvard, que tem como função estabelecer os critérios de morte cerebral. Em agosto de 1968, são

---

<sup>4</sup> Foi na década de 50 que surgiram em larga escala os primeiros aparelhos capazes de executar funções orgânicas, permitindo prolongar artificialmente a vida: os ventiladores, executando a função respiratória e os hemodialisadores substituindo o rim.

publicadas no *Journal of American Medical Association* as decisões normativas desta comissão no sentido de apontar como critério escolhido o da morte encefálica (cérebro e tronco cerebral) e exigia a ausência de atividade elétrica confirmada por eletroencefalograma.

Desde então, apesar da ratificação por quase todos os países, inclusive o Brasil, dos critérios de morte cerebral, há, em relação à matéria, permanente polêmica. Se a definição de morte é eminentemente filosófica, os critérios e os testes são do foro médico, e foram surgindo trabalhos de investigação na comunidade médica que têm posto em causa os critérios e testes utilizados e que provocaram a introdução de modificações ao texto inicial.

Em 1981, foi desenvolvido nos EUA pela President's Commission for the study of Ethical Problems a UDDA (Uniform Determination of Death Act) o estabelecimento de dois critérios para o diagnóstico de morte: Cessação irreversível da função respiratória e circulatória e cessação irreversível de todas as funções de todo o encéfalo incluindo o tronco. A UDDA reconhece que a morte, na grande maioria dos casos, pode ser determinada por critérios cardíco-pulmonares, mas também permite a morte cerebral quando a função cardíco-respiratória é mantida artificialmente (LIMA, 2005, p 6).

### **3.2 O futuro da morte**

O progresso vertiginoso no campo da biotecnologia de ponta e das pesquisas da medicina regenerativa, aliado ao avanço da tecnologia de manutenção e reparo dos pacientes com lesão cerebral está fazendo com que a definição de morte esteja mudando rapidamente.

Os principais teóricos da morte cerebral recentemente concluíram que a iniciativa para definir um padrão final de morte deve ser abandonada em favor de um conjunto de perguntas mais pragmáticas: quando alguém está “suficientemente morto” para interromper o suporte à vida, transplantar órgãos, efetivar testamentos e enterrar o corpo? (HUGHES, 2006, p. 13). O avanço da tecnologia de cuidados essenciais também está desafiando a irreversibilidade. As atuais definições de morte cerebral têm como predicado a suposição de que esses pacientes não podem se manter em vida física, mas hoje está demonstrado que isso não é verdade.

As tecnologias que surgem para tratamento de danos cerebrais aprofundarão o dilema das atuais leis e práticas sobre a declaração de morte cerebral. As condições antes consideradas como morte passarão a ser reversíveis, exigindo a elaboração de novas leis, definições e práticas relativas à morte.

#### **4 Anencéfalo: vivo ou natimorto?**

Quando o CFM autorizou em 13 de setembro de 2004 o uso de órgãos dos anencéfalos para transplante, considerou o bebê portador da anomalia como natimorto cerebral. “A espera pela morte do tronco cerebral para garantir a existência de morte cerebral só pode ser aplicada nos que têm cérebro. Quem não tem cérebro, como é o caso do anencéfalo, não pode sofrer o mesmo critério.” Afirma o Dr. Marco Antônio Becker, primeiro-secretário do CFM e relator da Resolução nº 1.752/04. “Quem não tem cérebro, como é o caso do anencéfalo, não pode sofrer o mesmo critério.” (LOPES, 2006).

Como já dito, a Resolução do CFM considera o anencéfalo como natimorto cerebral. Mas do ponto de vista legal, jurídico e mesmo médico, a questão é muito polêmica. Primeiro, porque se trata de uma Resolução e não de uma lei constante de nosso ordenamento jurídico, o que lhe retira a força coativa; segundo porque, ao realizar-se uma interpretação gramatical da lei, o indivíduo que nasce e respira espontaneamente – e é o caso, porque o anencéfalo tem o tronco cerebral que comanda a respiração – está vivo. Desse modo, instalada se encontra a personalidade civil, que é a disposição genérica de exercer direitos e obrigações, como pessoa juridicamente capaz, adquiridos após o nascimento com vida, independente das condições de viabilidade e da qualidade dessa vida. Então, aí surge a polêmica bioética e biojurídica que ensejam os bebês nascidos com esse tipo de anomalia cerebral, caracterizada por uma situação anômica, em razão dos conflitos das normas. O critério utilizado para estabelecer o nascimento com vida aparentemente não se coaduna com o critério que determina o evento morte.

##### **4.1 Critérios para um diagnóstico de um nascimento com vida**

O vocábulo *docimasia* encontra suas raízes etimológicas no grego, *dokimasia*, e corresponde ao francês *docimasié*, experiência, prova. A *Docimasia Hidrostática* de Galeno é uma medida pericial, de caráter médico-legal, destinada a verificar se uma criança nasceu viva ou morta, vale dizer, se chegou a respirar.

Depois de haver respirado, o recém-nascido tem os pulmões cheios de ar; colocados na água, estes flutuam, o que não ocorre com os pulmões que não respiram. Se não afundarem, portanto, houve respiração, vida. Daí, a denominação *docimasia pulmonar hidrostática* de Galeno.

A *docimasia* apresenta imensa utilidade para o Direito, na determinação do momento da morte, pois a demonstração de que a pessoa tenha vindo à luz já morta ou que tenha nascido viva acarreta conseqüências jurídicas. Se um homem vem a falecer, deixando sua mulher grávida, e a criança vêm à luz morta, o patrimônio do falecido transmitir-se-á aos herdeiros deste, que poderão ser seus genitores; mas se a criança vier à luz viva, morrendo no momento subsequente ao do nascimento, o patrimônio do pai passará aos

herdeiros da criança, no caso, sua mãe.

No caso específico dos bebês anencéfalos, o dilema bioético reside no fato de que não podem ser considerados como natimortos os que efetivamente conseguem manter a função respiratória, visto que, objetivamente, ainda que com ajuda de aparelhos, conseguem respirar. Por outro lado, não possuem as funções cerebrais definidas, o que é essencial para o diagnóstico morte. Estariam vivos ou natimortos?

D'Agostino, ao discorrer sobre a questão, enfatiza que o feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex. Estão ausentes, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Em geral é possível um controle mais ou menos eficaz da função respiratória e circulatória, funções que dependem das estruturas localizadas no tronco encefálico (D'AGOSTINO, 2006, p. 1).

Mesmo com os atuais tratamentos, a sobrevida do bebê anencéfalo é curta. O registro da British Columbia no período 1952-1981 registrou 450 anencéfalos, dos quais 60% nascidos mortos e 40% nascidos vivos. Dos 180 nascidos vivos, 58% não sobreviveram além das 24 horas. A mortalidade até 72 horas foi de 86% e de 98% até uma semana<sup>5</sup>. Por outro lado, apesar de uma expectativa de vida tão reduzida, não é sempre possível definir a iminência do óbito e a duração da vida pode ser influenciada em muito pelos tratamentos intensivos (SHEWMON; CAPRON; WAARWICK, 1989).

## 5 A possibilidade de doação de órgãos dos anencéfalos

A cada 1.600 crianças, uma nasce com anencefalia. Cerca da metade nasce com vida. Dessas, a maior parte morre em horas e apenas 8% sobrevivem a mais de uma semana. “O anencéfalo nasce sem partes vitais do encéfalo, como cérebro, crânio e cerebelo (parte que coordena os movimentos comandados pelo cérebro)”, explica Gherperlli. “O corpo não consegue manter, por exemplo, a pressão arterial adequada. Com isso, os órgãos não são irrigados como devem e vão falindo aos poucos. O anencéfalo nasce com os órgãos preservados. Mas quanto mais rápido for o transplante, melhor.”<sup>6</sup>

No caso de doação de órgãos do anencéfalo, dias podem fazer toda a diferença. “Um anencéfalo só é um bom doador ao nascer”, afirma Miguel Barbero, diretor da Unidade Cirúrgica Pediátrica do Instituto do Coração (Incor). Com o passar do tempo, os órgãos vão se degradando, já que faltam estímulos nervosos para o funcionamento do organismo.

<sup>5</sup> POMERANCE J. J.; MORRISON A.; SCHIFRIN B.S. et al. *Anencephalic infants: life expectancy and organ donation*, J. Perinatol, In press.

<sup>6</sup> Conf. José Dias Gherperlli, do Departamento Científico de Neurologia Infantil da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos e presidente do Departamento de Neurologia da Sociedade Brasileira de Pediatria.

Um dos receptores que mais podem se beneficiar do transplante de órgãos de um anencéfalo são os bebês que nascem com uma doença chamada de síndrome da hipoplasia do ventrículo esquerdo. Trata-se de um dos problemas mais diagnosticados da vida intra-uterina - a incidência é de 0,6 para cada mil bebês nascidos vivos<sup>7</sup>. A hipoplasia é responsável por 22% de todas as mortes cardíacas de bebês na primeira semana de vida.

Os critérios utilizados para o estabelecimento da Resolução CFM nº 1.752/04 que dispõe sobre a possibilidade da doação de órgãos de anencéfalos logo após o nascimento, com a devida autorização dos genitores, estão fundados no pressuposto essencial de que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) e que, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Essa discussão recebeu novos aportes a começar com a negativa do Superior Tribunal de Justiça em conceder prosseguimento ao Mandado de Injunção ajuizado pelo Instituto Ponto de Equilíbrio – Elo Social Brasil para a complementação da Lei de Doação de Órgãos (Lei nº 9.434, de 1997). O instituto pretendia acrescentar à lei um parágrafo único no qual fosse determinado que “a criança que nascer sem cérebro e seus familiares quiserem doar seus órgãos, terra (sic) o laudo que ateste a falta de cérebro como substituto do laudo que atestaria morte cerebral”<sup>8</sup>. Um outro aporte, que está provocando ainda mais polêmica, foi a apresentação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 6599/06, do deputado Marcos Abramo (PP-SP), que autoriza a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo de bebês anencéfalos.

Atualmente, a Lei de Transplantes (Lei 9434/97) só permite que seja doador quem tiver morte encefálica comprovada. Como não possuem cérebro, os anencéfalos não são incluídos entre os doadores. Essa iniciativa do parlamentar foi decorrência do debate em nível nacional provocado pela divulgação pela mídia do caso do bebê que sofria de hipoplasia e morreu em abril de 2006, por falta de doador.

O texto do projeto de lei não modifica outras exigências contidas na norma do CFM. Além da autorização dos familiares para o transplante, mantém a exigência de regulamentação técnica pelo CFM para garantir a segurança no processo de doação de órgãos de anencéfalos. A anencefalia, assim como a morte cerebral, deverá ser constatada e registrada por dois médicos que não participem das equipes de remoção e transplante.

---

<sup>7</sup> No fim de 2005, o transplante de órgãos do anencéfalo veio à tona com o caso do bebê Arthur, que começou no Hospital Pró-Cardíaco, no Rio de Janeiro, e terminou no Incor, em São Paulo. Ele sofria de hipoplasia e morreu em abril, por falta de doador. Rafael Paim, o pai do bebê, bem que tentou. “Na época, apareceram 18 famílias dispostas a doar o coração do filho anencéfalo para o Arthur. Dois eram compatíveis com o peso do meu filho. Cheguei até a entrar na Justiça para ter a garantia de que meu filho pudesse ser operado, mas foi tarde demais”, lembra Paim. O bebê Arthur teria sido o primeiro a se beneficiar da Resolução nº 1.752/04.

<sup>8</sup> Notícias. Disponível em: <[www.biodireito-medica.com.br](http://www.biodireito-medica.com.br)>. Acesso em: 13 jan. 2006.



Ocorre que, recentemente, representantes de várias entidades se reuniram em Brasília para debater a posição do Ministério da Saúde a esse respeito. Após intensos debates, centros como SBP, Academia Brasileira de Neurologia, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e até mesmo representantes do CFM chegaram, unanimemente, à mesma opinião já admitida pelo governo, de que o bebê anencéfalo não nasce morto<sup>9</sup>.

Para Marco Segre, da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas e professor emérito de bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), a atitude do governo federal é “fundamentalista”. “Não permitir o transplante imediato de um bebê que vai ter dias ou semanas de vida é uma atitude fundamentalista. Faz parte da definição de morte encefálica a irreversibilidade da situação. O bebê com anencefalia não vai sobreviver. Isso é irreversível.”<sup>10</sup>

## 6 Conclusão

Embora muito sensível e dividida sobre questões bioéticas, por sinal objetivamente cruciais, como a fecundação assistida, a eutanásia, o estatuto moral do embrião humano, a opinião pública tem bem poucas dúvidas no que se refere à liceidade ética da doação de órgãos e de maneira mais geral dos transplantes. No que diz respeito à questão dos transplantes, essa prática provavelmente ainda suscita sentimentos complexos caracterizados por uma estreitíssima alternância entre admiração e temor, que o digam os casos escabrosos e nunca comprovados de seqüestros de crianças em shoppings para retirada de órgãos e outros tantos que povoam o imaginário urbano nacional, mas que, mesmo assim, parece já ter entrado numa lógica de rotina, de altíssimo nível.

Com relação aos recentes acontecimentos envolvendo casos de fetos portadores de anomalias cerebrais que foram objeto do mórbido interesse da mídia, a saber: os casos de pedido de autorização judiciais para aborto e autorização para retirada de órgãos para transplantes, todos negados pelos tribunais superiores, as questões bioéticas continuam a apresentar-se, embora em formas a envolver e muito a atenção neurótica dos meios de comunicação de massa, em particular, justamente aquele da doação de órgãos na infância a partir do bebê anencéfalo.

Nesse caso, em específico, o que está em discussão são conceitos jurídicos superados diante dos avanços da Medicina e que carecem de uma discussão ampla, por parte da sociedade, que leve em consideração categorias dantes tidas como absolutas e que, em razão dessa nova realidade a partir da conjugação ciência e técnica, se encontram superadas. Não há mais como falar-se em vida sem qualidade de vida e em morte sem a

<sup>9</sup> Governo contesta doação de órgãos de anencéfalo. *Jornal O Estado de São Paulo*, 01 de junho de 2006.

<sup>10</sup> Idem.

apreciação das verdadeiras fronteiras desta, que estão muito longe de ser o que a ficção jurídica pretende.

## Referências

ALBERNAZ, Pedro Luiz Mangabeira. *Judaísmo e temas polêmicos: doar órgãos: mais do que um ato de amor, uma Mitzvá*. Disponível em: <[www.shalom.org.br/temas\\_organos.html](http://www.shalom.org.br/temas_organos.html)>. Acesso em: 03 jun.2006.

D'AGOSTINO, Francesco. O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos, COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA, texto aprovado pelo C.N.B. em 21 de junho de 1996. Disponível em: <<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc48822>>. Acesso em: 31 maio 2006, às 23:37.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Resolução CFM nº 1.752, de 13.09.04, seção I, p. 140.

DINIZ, Débora. *Jornal da ciência*, SBPC, JC e-mail 2568, de 21 de Julho de 2004.

O debate sobre a Bioética. Disponível em: <[https://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=21&id\\_detalhe=2176&tipo\\_detalhe=s](https://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=21&id_detalhe=2176&tipo_detalhe=s)>. Acesso em: 03 jun. 2006.

HUGHES, James J. Death's Future. In: *Journal of Evolution and Technology*. Disponível em: <<http://www.transhumanism.org/index.php/WTA/more/205/>>. Acesso em: 31 maio 2006, às 23:10.

LIMA, Cristina. Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos. In: *Medicina Interna*, revista [da] Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol.12, n. 1, jan/mar 2005, p.7 e ss.

POMERANCE J.J.; MORRISON A.; SCHIFRIN B.S. et al. *Anencephalic infants: life expectancy and organ donation*, J. Perinatol., In press.

SHEWMON D.A.; CAPRON A.M.; WAARWICK J. et al. The use of anencephalic infants as organ sources. *A critique*, JAMA, March 24-31 Vol. 261, n12, 1989.

VIEIRA, Humberto. *Dignidade do feto anencéfalo e o porquê do não-aborto*. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 16 maio 2006.

# Saúde e Liberdade

GENIVAL VELOSO DE FRANÇA  
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

**Resumo:** O autor trata da saúde e da liberdade como valores imprescindíveis nos dias atuais conquistados pelas democracias dentro dos chamados direitos individuais, tendo como fundamento o respeito à liberdades das pessoas. Dentro deste contexto deve-se estabelecer uma relação entre a autonomia do paciente e os direitos consagrados dos profissionais de saúde.

**Palavras-chave:** Autonomia e saúde, saúde e direitos humanos, políticas de saúde e dignidade humana.

**Abstract:** The author deals with health and liberty as fundamental values, both, individual rights, conquered within the Rule of Law in democratic societies. The article shows that these values have its roots in civil liberties. In this context a relation must be established between the patient autonomy and the rights of medical doctors.

**Keywords:** Autonomy and health, health and human rights, health policy and human dignity.

## **1 Introdução**

A vida e a saúde das pessoas têm um relevante significado na manutenção da ordem pública e na segurança do Estado e devem estar inseridas como questão prioritária em todo projeto social. Por isso, a saúde passa a ter um sentido político.

A saúde como fenômeno social exige uma intervenção política. A partir do momento em que foi fácil entender ser a saúde das populações mais dependente de suas necessidades básicas do que da assistência médica propriamente dita e que toda doença tem na sua origem ou nas suas conseqüências uma causa social, impôs-se ocupar outros espaços.

O conceito de assistência à saúde, entendido ainda por alguns como sinônimo de prática médica curativa ou preventiva ou como simples organização dos serviços prestados em atendimento, não pode mais ser aceito. Mas, como um conjunto de políticas sociais complementares que não passa exclusivamente pela prática assistencial. O conceito moderno de saúde transcende a uma dimensão política, fruto de uma composição dos níveis e das condições de vida que vão além da organização sanitária. Resumindo: são as condições objetivas de existência de que necessita uma população ou a forma concreta de vida social, excluída da prática medicalizadora da saúde. É muito mais uma questão de forma de vida.

A própria definição de saúde, adotada pela Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua Constituição, em 26 de julho de 1946, como “um completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” – muito mais um conceito de felicidade - torna-se, nos dias de agora, irreal, utópico, impossível de ser alcançado e de difícil operacionalidade. Pelo menos a OMS reconheceu que a saúde não depende apenas de medicamentos e de leitos hospitalares. Qualquer que seja a metodologia em busca deste estado, não se deve ignorar a necessidade da luta permanente em favor do equilíbrio do homem com o seu meio ambiente. Depende muito mais, portanto, de como as pessoas se

alimentam, se divertem e como moram e trabalham. Em suma: depende de seu nível de vida.

Desta forma, a conquista e a preservação da saúde impõem políticas em favor da vida social e não há como o Estado deixar de ser responsável por este bem da população. A caridade facultativa em favor dos pobres, além de humilhante, é um ato aleatório que não alcança os interesses da coletividade devidos por quem representa juridicamente a sociedade política e compõe um Estado democrático.

Este modelo não deixou de comprometer a área da saúde e da assistência médica, alterando em pouco tempo os padrões da política de saúde e da organização dos serviços. Para reverter todo esse quadro faz-se necessário uma ampla reformulação das relações políticas em nível do Estado e da sociedade, fomentando a descentralização do poder e reabilitando o indivíduo na sua cidadania e na sua personalidade.

Outro conceito que deve ser revisto é o de cidadania. Não pode ele se prender apenas ao aspecto jurídico-civil, senão, também, às garantias dos direitos sociais, corolário de uma efetiva prática democrática.

Espera-se que, passo a passo, a humanidade vá construindo um ideário onde fique evidente a importância da valorização da pessoa e o reconhecimento irrecusável dos direitos humanos. Não adianta todo esse encantamento com o progresso da técnica e da ciência se não for em favor do homem. Senão, esse progresso será uma coisa pobre e pequena.

## **2 Saúde e liberdade**

A saúde e as liberdades individuais representam, num estado democrático de direito, os bens mais fundamentais. A saúde, como um bem irrevogável e indispensável, cabe ao Estado sua garantia e os meios de organização. E a liberdade como um ganho consagrador da cidadania e da luta dos povos.

Tão íntima é esta relação entre a saúde e a liberdade que não se pode admitir qualquer proposta em favor da melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas sem se respeitar a autonomia delas, mesmo quando elas não estão dispostas a se submeterem a certas condutas que venham considerar como de riscos, a exemplos das práticas invasivas da nova tecnologia médica. Assim, não seria exagero admitir-se que ela tanto pode ser uma forma de proposta vantajosa como uma ameaça à liberdade individual.

O ideal será sempre encontrar um modelo em que se conciliem a liberdade do profissional ou do gestor de saúde com o uso individual da liberdade, pois só assim será mais fácil a correção das distorções da natureza para a busca do bem-estar individual e coletivo.

Por isso, o certo é encontrar um caminho onde se procure minimizar o sofrimento e o dano por meios assistenciais à saúde sem o risco dos limites da liberdade individual capaz

de ameaçar nosso sentido crítico através de um paternalismo secular de proteção. Não há como existir ainda a chamada “superioridade de juízo”.

Muitos são os países que vivem hoje protegidos das epidemias e das catástrofes da doenças curáveis e evitáveis face à organização dos serviços de saúde e aos níveis de vida da população. Muitas são as comunidades que hoje estão livres da morte prematura e das patologias incapacitantes. A luta em favor da saúde e do bem-estar é uma obrigação moral que se deve impor ao poder público.

Deve-se isto a uma política que prioriza a saúde como uma preocupação de caráter público e de interesse social, respaldada por recursos substanciais capazes de garantir todo esse projeto. É neste instante que a sociedade livre e organizada pode e deve contribuir. Ou seja, não é apenas com a garantia da autonomia e da exigência do direito ao consentimento livre e esclarecido, pois esse documento por si próprio não é bastante para assegurar uma relação mais respeitosa nem basta para isentar possíveis culpas. Com isso pode-se criar uma “medicina contratual” de bases falsas.

Entender também que consentimento livre e esclarecido, operacionalizado no princípio da autonomia e da beneficência, não diz apenas um fato do interesse médico, mas, antes de tudo, uma questão político-social própria das sociedades organizadas. Todo cidadão tem o direito de saber sua verdade e participar ativamente das decisões que dizem respeito a sua vida social e, portanto, das decisões médicas e sanitárias que afetam sua vida e sua saúde. Ainda: essas informações devem ser passadas ao paciente numa linguagem que lhe permita o devido esclarecimento. Em suma: toda intervenção médica, para ser legítima, necessita do consentimento; o consentimento precisa de clareza na informação.

A fuga dos médicos para a chamada “medicina defensiva” não é apenas um equívoco senão também um maneira de agravar cada vez mais a relação com o paciente, aumentando o mal-estar e as demandas judiciais. Mais: a questão do consentimento livre e esclarecido não pode ficar centrado apenas no médico e no paciente, mas, também, com a própria instituição de saúde, a família do paciente e os demais profissionais de saúde.

Não se pode mais aceitar o modelo paternalista de relação no qual somente cabia dar informação ao paciente e pedir seu consentimento, quando isto representasse um forma imprescindível de se ter um bom resultado através da sua colaboração na realização de um procedimento médico. Está claro que tal conduta não responde mais aos interesses da realidade atual.

Em contrapartida, esta mesma autonomia que permite ao paciente o direito de informação sobre dados, lhe dá a prerrogativa de limitar o conhecimento dessas verdades não permitindo que as demais pessoas delas tenham conhecimento, principalmente quando se tratar de seus dados genéticos. Do mesmo modo, tem o indivíduo o “direito de não saber”, ele próprio, quando ao seu entendimento isso lhe traria perturbações de ordem

psíquica capazes de alterar suas emoções, a exemplo de doenças futuras ou incuráveis, principalmente quando tais exames foram impostos por interesses de terceiros.

Por outro lado, não é demasiado dizer que o Estado tem o direito de conscientizar os indivíduos no sentido de se conduzir de forma moderada e cuidadosa, capaz de ter uma vida saudável, através de estratégias de uma política sanitária. Isto não quer dizer que se reduzam os espaços individuais através de práticas puritanas.

Se não levarmos em conta essa autonomia das pessoas, qualquer conceito que se tenha de saúde é ambíguo e fica difícil para o poder público impor regras sanitárias, simplesmente porque tanto a saúde como a doença exigem explicações.

### **3 Como discutir a saúde**

Eis a pergunta que se impõe: como evitar as forma impositivas de discutir a saúde? Ou melhor, como preservar a liberdade numa proposta democrática e plural em favor da saúde?

É claro que não existem regras prontas e acabadas para se aplicar programas dentro de uma política de saúde. As verdadeiras obrigações do Estado para com os indivíduos, no que diz respeito à saúde, é uma questão muito complexa e está apenas no início de uma longa discussão. Por isso mesmo, não existe uma definição mais precisa, capaz de apontar uma solução mais consensual. Muitas dessas obrigações, portanto, são confusas, tanto pelo caráter íntimo da autonomia individual, como pela inexistência de um instituto jurídico que, nesse particular, defina e proteja tais deveres.

No instante em que a sociedade decidir de vez quais as suas obrigações para proteger cada uma das pessoas, com certeza vai existir uma definição de limites da conduta delas, que não seriam impostos, se ela não estivesse, por exemplo, em situação de risco.

Desse modo, a sociedade pode exigir de cada um de nós uma obrigação a partir de certos cuidados, assim como não temos o direito de prejudicar outras pessoas, temos a obrigação de não nos prejudicar, pelos mesmos princípios éticos devidos a todos.

A tendência atual dos que representam o sistema de saúde é falar sempre dos interesses de saúde da comunidade, sem discriminação, sem limitação de qualquer natureza. A dúvida está num fato só: saber se, nos casos em que a sociedade permite o aborto, os fetos são ou não considerados pacientes.

A posição mais intolerante da sociedade é quando um indivíduo é portador de determinada desordem física ou mental. Muitas vezes o tratamento se dará porque não se tem outra alternativa, a não ser conviver com uma pessoa em situação tão precária. Assim, poderemos fazer a seguinte indagação: a sociedade tem o direito de interferir na assistência de um paciente terminal ou em estado vegetativo permanente, como forma de se evitarem os custos no sentido de beneficiar outras pessoas?

Vejamos o seguinte exemplo: Quais as opções políticas capazes de influenciar o comportamento de uma mulher durante a gravidez, no propósito de favorecer o bem-estar do feto? Pode-se dizer que as políticas variam desde a concordância voluntária através da educação e do acesso aos serviços pré-natais até as sanções e pressões sobre a gestante. Sabemos que a aquiescência espontânea é a mais fundamentada das políticas, porque respeita os direitos das liberdades civis e a privacidade da mulher e, ainda, porque é a mais possível de ser efetivada.

Uma postura que deve estar sempre presente no papel do médico é estimular o tratamento voluntário. No entanto, sempre existirão aqueles que não concordam ou que não alcançam o valor de uma conduta adequada e terminarão por contribuir para os danos que afetarão a saúde.

Deveria o Estado ir além da educação e punir o comportamento maternal irresponsável, impondo sanções civis ou criminais quando venha a ocorrer um dano real ao indivíduo? Deveria o Estado prevenir o dano antes que ele ocorra, punindo obrigando-o ao tratamento? Tudo faz crer que não.

Na verdade quem sofre e adoece é o indivíduo, mas é no coletivo onde se repercutem os conflitos.

Dentre os direitos sociais, a saúde se apresenta como um direito essencial da personalidade, pré-requisito básico de qualquer estado democrático que tem como projeto o alcance da cidadania. Por isso a saúde não pode ficar circunscrita apenas aos seus aspectos psicofísicos, mas que deve se estender aos limites de sua liberdade existencial. Dentro dessa premissa, o chamado “consentimento livre e esclarecido” não deve ficar apenas entendido como regra na relação médico-paciente, mas no respeito à vontade do paciente em que o direito à saúde é um direito fundamental de cada homem e de cada mulher. Esta é uma forma de devolver ao indivíduo sua própria soberania.

Na esteira deste raciocínio cabe a pergunta: se o indivíduo tem assegurada sua plena autonomia como direito fundamental assegurado, pode ele, por exemplo, vender seus próprios órgãos para transplante? É claro que a aceitação desse tipo de comércio deixaria evidente a situação de penúria de alguém que lhe restou como oportunidade o comércio de seus próprios órgãos. Isso não pode ser aplicado aos casos de doação em que prevalecem a solidariedade e o altruísmo, estes sim reconhecidos e aceitos dentro do ideário das liberdades humanas.

Dentro dessas liberdades, constam uma série de direitos que poderiam ser chamados de “biodireitos”, como o direito de procriar ou não procriar, direito de não ver seu patrimônio genético manipulado, a não ser no interesse terapêutico, direito de saber a verdade sobre seus diagnósticos e prognóstico, direito ao ambiente saudável e o direito de morrer com dignidade ante as práticas distanásicas, entre outros. Enfim, todos os direitos que se



concentrem dentro de área que vise o bem-estar e a proteção da saúde.

Em contrapartida, há normas que limitam o exercício profissional inseridas nos direitos do médico e diante da indisponibilidade dos meios recursos, quando é avaliado o pleito do paciente.

No que se refere à proteção da saúde, há uma intrincada rede de implicações entre os direitos e as obrigações do médico ou do gestor de saúde em relação aos potenciais usuários de um sistema sanitário que modula a forma de atuar de cada um dos seus agentes.

Nesse contexto, a liberdade do médico deve ser solidária e compreensiva, dentro de uma compreensão política e social que tenha como objetivo principal a saúde pública e privada, onde se consagre o consentimento livre e esclarecido e, quando possível, a eficácia assistencial.

O primeiro dos direitos dos médicos provém das leis que lhe outorgam o exercer a profissão com liberdade, desde que devidamente habilitado legal e profissionalmente pelos órgãos competentes. Outros direitos estão assegurados no Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil, constantes do seu Capítulo II, intitulado “*Direitos dos Médicos*”.

Esses direitos lhe são conferidos sem nenhuma predisposição corporativista, mas dentro de um projeto de condições necessárias para que ele possa exercer a medicina, na legalidade e na licitude que se fazem imprescindíveis na suas atividades profissionais.

Daí a liberdade de o médico indicar procedimento que julgar mais adequado dentro das normas reconhecidas e aceitas pela comunidade científica; a liberdade para apontar falhas nos regulamentos e normas das instituições em que trabalhe; a liberdade de se recusar exercer sua profissão em instituições públicas ou privadas que não disponham das condições mínimas de trabalho e que possam trazer danos aos pacientes; a liberdade de internar seu paciente em hospitais a que não pertença seu corpo clínico e o direito de realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

#### **4 Intimidade genética**

Um dos grandes desafios do futuro será a capacidade de se conhecer, através da chamada medicina preditiva, certas informações advindas da seqüência do genoma em que a capacidade de prevenir, tratar e curar doenças poderá se transformar numa oportunidade de discriminar pessoas portadoras de certas debilidades. Se essas oportunidades diagnósticas forem no sentido de beneficiar o indivíduo, não há o que censurar. No entanto, essas medidas preditivas podem ser no sentido de excluir ou selecionar qualidades por

meio de dados históricos e familiares, como nos interesses das companhias de seguro e isso pode ter um impacto negativo na vida e nos interesses das pessoas.

Não será nenhuma surpresa se amanhã não se crie uma legislação em que proíba a invasão do código genético com o fim de discriminar o indivíduo, deixando-o, assim, sem nenhuma garantia no que diz respeito a sua constituição genética. Hoje já se sabe que a presença de certo alelo tem uma probabilidade maior de desenvolver a doença de Alzheimer e logo mais teremos, certamente, informações sobre determinados fatores genéticos responsáveis pelas doenças psiquiátricas. Isso terá um impacto médico de maior significação a partir das possibilidades de tratamento e cura. Por outro lado, também poderá trazer conseqüências muito sérias, capazes de promover implicações de ordem psíquicas, sociais e éticas.

O mais grave nisso tudo é que as enfermidades ditas poligenéticas ou multifatoriais podem ou não se desenvolver, ficando o indivíduo discriminado apenas pela ameaça de risco de contraí-las.

O primeiro risco que corremos é o de natureza científica, pois não temos ainda o conhecimento bastante para determinadas posições de natureza genética, o que pode redundar em medidas precipitadas que, no mínimo, trarão ainda mais discriminação, mesmo que isso não passe de um fator de risco.

Outro fato é que existe um conjunto de doenças que poderão ser diagnosticadas num futuro bem próximo, todavia não se contará tão cedo com soluções exatas e eficazes, principalmente no que concerne a um sistema público de saúde. Muitas serão as oportunidades em que o único tratamento será à base de medidas eugênicas através do aborto.

Some-se a isso a possibilidade de conhecimento preditivo de doenças graves e sem tratamento criar no indivíduo condições para as perturbações de ordem psíquicas ou fazer com que ele tome medidas radicais como, por exemplo, a de não ter filhos, desagregar a família e sofrer prejuízos econômicos. Isto não quer dizer, é claro, que se deva abrir mão dos meios que impulsionem a medicina preditiva, mas que se busquem mecanismos que diminuam seus efeitos negativos e discriminatórios.

Fica evidente que, mesmo existindo um futuro promissor advindo dessas conquistas, seria injusto não se apontar relevantes conflitos de interesses, os mais variados que poderiam comprometer os direitos humanos fundamentais. É preciso que se encontre um modelo racional em que as coisas se equilibrem: de um lado o interesse da ciência e de outro o respeito à dignidade humana.

Por fim, é sabido que num estado democrático de direito não existe nenhuma prerrogativa individual que possa ter proteção absoluta, principalmente quando se admite também a proteção dos direitos fundamentais de terceiros. Isso, quando reconhecido, impõe limites ao princípio da autonomia. Assim, por exemplo, quando a vida e a saúde de terceiros

estão seriamente ameaçadas pela negativa de informações individuais, a quebra do direito da intimidade justifica-se baseada no princípio do estado de necessidade de terceiros. Esse dever de solidariedade pública só estaria motivado, quando diante de uma situação excepcional e plenamente justificada.

Sempre que houver um conflito entre um interesse coletivo e um interesse privado, deve-se agir com prudência e ponderação, tendo em conta sempre a possibilidade do uso de medidas menos graves. Deve-se entender também que existem limites na intromissão da intimidade individual.

Acreditamos que a questão não está em se devemos ou não investir na medicina preditiva, pois notáveis serão suas contribuições como forma de prever soluções para as melhorias de vida e de saúde da coletividade. Mas, essa mesma predição pode expor o indivíduo, comprometendo sua confidencialidade e expondo-o a medidas discriminadoras e situações de desigualdades. Dessa forma, cabe ampliar e adequar cada vez mais o sistema de proteção da autonomia e da privacidade, abominando certos modelos cobrados pelos aparelhos de repressão e das empresas seguradoras, a exemplo do chamado banco de dados genéticos.

## **5 Conclusões**

Tem-se consciência de que a vida humana necessita de imperiosa proteção, criando uma série de regras que vai se ajustando mais e mais a cada situação de agressão sofrida.

Não é apenas criando-se dispositivos legais que vamos conseguir nossas metas, mas na forma como podemos estabelecer regras mais fraternas de convivência. Este sim será o melhor caminho.

Toda essa reflexão tem como fundamento a idéia de que a vida de todo ser humano é ornada de especial dignidade e que isso deve ser colocado de forma clara em defesa da proteção das necessidades e da sobrevivência de cada um. Os direitos fundamentais e irrecusáveis da pessoa humana devem ser definidos por um conjunto de normas que possibilite a todo ser humano ter condições de desenvolver suas aptidões e suas possibilidades em paz e liberdade.



## 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](mailto: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:
  - 4.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
  - 4.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
  - 4.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
  - 4.4 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;
  - 4.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
  - 4.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
  - 4.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
  - 4.8 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;

4.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

4.10 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).

4.11 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](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](http://www.abnt.org.br)> referentes à publicação acadêmica.

4.12 – 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;

5. 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

