



REVISTA DO DIREITO 2021

ANO III VOLUME 01
ISSN 2595-5462



Pod. Eng. Fabiano Vaccaro, 1759
Moro Grande
Cachoeiro de Itapemirim - ES
CEP 29330-015



www.fdcibr.com.br
fdcibr@fdcibr.com.br
+55 28 2101 0311

A SOCIEDADE DE RISCO NO INDIVÍDUO

Marcus Vinícius Coutinho Gomes¹

Karina Melo Pessine²

RESUMO:

Este trabalho busca analisar o diagnóstico exposto na teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck promovendo leitura articulada com os esforços para superação da dicotomia entre Indivíduo e Sociedade empreendidos por Norbert Elias e Anthony Giddens. O que se pretende é debater sobre como o reconhecimento da realidade de riscos múltiplos e constantes - dentre os quais serão destacados os riscos ambientais - condiciona tanto a estrutura social quanto repercute nas ações individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Indivíduo e Sociedade; Risco Ambiental; Teoria do Risco.

ABSTRACT:

This work seeks to analyze the diagnosis exposed in Ulrich Beck's Risk Society theory, promoting reading articulated with the efforts to overcome the dichotomy between Individual and Society undertaken by Norbert Elias and Anthony Giddens. The aim is to debate how the recognition of the reality of multiple and constant risks - among which environmental risks will be highlighted - affects both the social structure and the repercussions on individual actions.

KEYWORDS: Individual and Society; Environmental risk; Risk Theory.

¹ Doutor em Sociologia Política pela Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professor de Direito Ambiental e Minerário da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI. Email: marcus.gomes4@gmail.com

² Doutora em Sociologia Política da Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI e professora do Mestrado em Segurança Pública da Universidade Vila Velha – UVV. Email: karinapessine@gmail.com

Introdução:

Na madrugada de 03 de dezembro de 1984 a cidade de Bophal, na Índia, foi atingida por um vazamento de gás tóxico de uma fábrica americana de pesticida ali instalada. Este ainda é o maior desastre industrial já ocorrido em número de vítimas, tendo atingido mais de 500.000 pessoas, sendo que destas, 2.000 morreram em direta consequência da inalação do gás. Outras 10.000 morreram por consequências indiretas. 200.000 pessoas ficaram cegas ou gravemente feridas. Cerca de 150 mil pessoas padecem ainda hoje dos efeitos do vazamento e aproximadamente 50 mil pessoas estão incapacitadas para o trabalho, devido a problemas de saúde. As crianças que nasceram na região, filhas de pessoas afetadas pelos gases tóxicos, de igual forma apresentam problemas de saúde. A área onde ocorreu o vazamento permanece abandonada desde então. Os resíduos perigosos e materiais contaminados ainda estão espalhados pelo local, afetando solo e águas subterrâneas, dentro e no entorno da antiga fábrica (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991).

Esse é apenas um dos muitos exemplos a demonstrar a inescapável necessidade de que indivíduos inseridos na dinâmica da sociedade contemporânea e conhecimento da realidade onde estão inseridas, bem como dos efeitos de seus atos, com objetivo de traçar perspectivas de conduta.

O que se verifica é o quanto se torna indispensável alguma percepção e interiorização da emergência de riscos ambientais, bem como uma superação da visão da sociedade como “objeto” para além do indivíduo. É assim que serão produzidos atores de práticas fomentadoras de qualidade biótica.

Neste sentido, conforme aponta Giddens (2007), certo grau de alarmismo acerca dos riscos é visto até com bons olhos, já que os custos políticos da omissão são mais altos do que os custos de exagerar na precaução (BECK, 2006).

Por esta razão é que ora se pretende abordar as ideias de Ulrich Beck e Anthony Giddens como instrumentos de diagnóstico sociais de riscos aptos a fomentar a ação tendente à qualidade ambiental. Com isso se objetiva demonstrar que a análise da iminência de riscos é apta a atuar sobre o conceito de figuração dos indivíduos exposto por Norbert Elias e poderá produzir efeitos também se inserindo no monitoramento reflexivo de Anthony Giddens.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho é o de dialogar com alguns dos conceitos de Norbert Elias sobre a possibilidade de observar o contexto social de risco exposto por Ulrich Beck e evidenciar que o reconhecimento dos riscos é instrumento capaz de mitigar um dos maiores desafios postos para a tutela da qualidade ambiental: a mudança comportamental arraigada de que a preocupação com os danos ao ambiente, potencializados com a industrialização, só devem se dar quando os resultados nocivos já estão postos e consumados e que os efeitos dos riscos afetam apenas a sociedade numa visão ontológica, não encampando os indivíduos nela albergados.

Para tanto serão fundamentais os conceitos de interdependência e configuração desenvolvidos por Elias em sua crítica a dicotomia indivíduo/sociedade. Neste autor, pensar que a sociedade é constituída por estruturas que são exteriores e que os indivíduos são rodeados pela sociedade de forma antagônica a ela mostra-se construção incompleta. Outra não é a razão para que ele use o conceito de configuração como ponto de encontro destes elementos.

Desde já, para efeitos deste texto, explicita-se o conceito de configuração da

seguinte forma:

Por configuração entendemos o padrão mutável criado pelo conjunto dos jogadores – não só pelos seus intelectos, mas pelo que eles são no seu todo, a totalidade das suas ações as relações que sustentam uns com os outros. Podemos ver que esta configuração forma um entrançado flexível de tensões. A interdependência dos jogadores, que é uma condição prévia para que formem uma configuração, pode ser uma interdependência de aliados ou de adversários. (ELIAS, 1969, p. 142).

Partindo deste conceito e do entrelaçamento dos indivíduos é que ora se pretende produzir uma leitura da Sociedade de Risco proposta por Ulrich Beck e sua influência por e neste cenário.

O que se objetiva propor é que, consoante demonstrado em Elias, a necessidade de cálculo acerca das ações é resultado de múltiplos mecanismos exteriores. Desta forma, uma vez que o sujeito não é integralmente autor das ações - e sim as relações de interdependência é que coordenam o agir - ao indivíduo restará a contingência de lidar em uma formatação social onde os riscos da modernidade são perenes.

1. Ulrich Beck e a Teoria da Sociedade de Risco

O conceito fundamental de Ulrich Beck que ora se pretende analisar é o de Sociedade de Risco. Beck o compreende como sendo o reflexo de realidade na qual a busca por inovações tecnológicas se deu desacompanhada da mensuração sobre dos efeitos de tais descobertas científicas. Ou seja, nas palavras deste autor vivemos em plena situação de risco: momento em que se avigoram as ameaças frutificadas da sociedade industrial (BECK, 2007) numa segunda modernidade.

Beck (2009) aponta que as ameaças e incertezas correntes não são frutificadas por nenhuma falha da modernidade, mas antes pelo seu sucesso. É justamente a perfeição da modernidade que lança a todos no desconhecido acerca do desconhecido (BECK, 2006).

As ameaças apontadas por Beck (2007), como fomentadoras do risco atual, se distanciam de outras épocas sociais por características que ele mesmo se esforça em demarcar, quais sejam a impossibilidade de delimitação social ou temporal; impossibilidade de adstringir causalidade, culpa ou responsabilidade; inviabilidade de compensação ou prestação securitária.

Fica claro portanto, que na visão deste autor a forma com que os novos riscos atingem a sociedade é distinta dos perigos de eras pré-industriais.

Ainda sobre esta distinção, na visão de Beck *apud* Lenzi (2006) existe um ponto que deve ser levantado, vez que nas sociedades industriais a luta ocorria entre capital e trabalho, enquanto que na sociedade de risco o embate se dá entre quem tem o poder de evitar ou fomentar os males frutificados da modernização, sendo que neste contexto as concepções de classe e risco podem não coincidir, criando o que Lenzi (2006) aponta como uma igualdade negativa e democrática.

E o autor aprofunda sua visão distintiva ao dizer que

The historical uniqueness of world risk society, which differentiates this era as much from national industrial society as from earlier civilizations, resides in the decision-dependent possibility of control over life on earth, including the historically unprecedented possibility of self-destruction and the possibility of anthropological self-transformation of human beings (...) (BECK, 2009, p. 7).

Assim, conforme aponta, a possibilidade de autodestruição é a marca desta época e atinge indistintamente a todas as pessoas.

Sobre tal indistinção acerca daqueles que se sujeitam ao risco, considera de outro modo que *“nobody is not a risk - to repeat, everyone poses more or less of a risk for everyone else.”* (BECK, 2009, p.3).

Desta forma, ao mesmo tempo em que é impossível se ver indene de gerar risco, ele apresenta a impossibilidade de se ver descolado da realidade de sofrer com os riscos. Isso se expressa em nível global, gerando o que este autor denomina de cosmopolitismo compulsório - uma “cola” para reunir a pluralidade e a diversidade num mundo onde as fronteiras se tornam cada vez mais porosas (BECK, 2009). É a unidade na diversidade pela ameaça do risco.

Neste sentido cabe considerar a título de exemplo, o fenômeno do aquecimento global que atinge ricos e pobres igualmente (BECK, 2009), nada obstante se reconheça que os efeitos serão sentidos de maneiras diversas conforme também sejam diferentes as exterioridades como classe social ou território.

A mudança climática ocorrida cerca de 45 anos após a descoberta do CFC (clorofluorcarboneto) é também alegórica no que se refere a impossibilidade de mensuração prévia das consequências indistintas dos processos de modernização (BECK, 2006) que não poderiam sequer suspeitar das suas contribuições para o aquecimento global.

O que se percebe na teoria de Beck é que há uma mudança na concepção “do outro” que agora é compreendido como agente capaz de agravar ou amenizar riscos, o que acaba por afetar o agir individual nas interações humanas. Para o autor a negação e/ou desconhecimento sobre os riscos globais acaba por amplificar a magnitude dos mesmos (BECK, 2006).

Neste ponto, desde logo cabe apontar que dialoga com Norbert Elias - que será minudenciando adiante. Na teoria de Elias vigora o conceito de Interdependência, como uma rede de relações formadas por processos nos quais os indivíduos estão em relação de dependência mútua, que parece ser parte do diagnóstico exarado por Beck, quando alerta para os potenciais que todos carregam de produzir efeitos majorantes ou minorantes de riscos sobre os demais.

Beck (2007) aponta que os riscos se autonomizam do lugar onde são produzidos, o que faz com que uma sociedade de risco seja também uma sociedade mundial (LENZI, 2006), transcendendo barreiras políticas e geográficas.

Isso terá impactos também no arcabouço jurídico e político. Assim é que desponta uma radical reconstrução da visão do indivíduo e da existência nacional e internacional. Verifica-se, por exemplo, os interesses de vulneráveis de nação diversa como passíveis de sobreposição aos interesses de co-nacionais sob a base do reconhecimento de desideratos humanos universalmente aceitos como invioláveis

(BECK, 2009).

Sobre o tema, Moreira e Leite (2010) apontam que o agravamento dos problemas evoluem conforme evolui a sociedade em seus arcabouços tecnológicos e em sua busca de acréscimos econômicos, sendo a própria ciência e tecnologia as raízes de geração de riscos.

Por outro lado, se a ciência está na gênese desta ameaça, o reconhecimento dos riscos necessita, em si, da ciência. Essa necessidade repousa no fato de que é ela o agente capaz de evidenciar os riscos e os efeitos destes.

É dessa evidência e reconhecimento que eventualmente emergirão modificações no agir humano. Assim a ciência se torna indispensável no processo de revelar os efeitos de sua evolução, pois os canais sensoriais humanos são limitados para perceber muitas das alterações frutificadas deste desenvolvimento (LENZI, 2007).

É neste quadro que Beck (2007) argumenta que a obsolescência da sociedade industrial lança a sociedade na era do risco e em seu discurso denuncia a tensão com as teorias correntes de possibilidade de desenvolvimento sustentável como parâmetro para promoção de qualidade ambiental por melhor administrativismo (LENZI, 2006).

É, portanto, inegável que ponto nodal da teoria de Beck se sustenta nos riscos surgidos pelo forte engajamento da racionalidade científica - o que poderia lhe conferir tom pessimista acerca da possibilidade de reconhecimento da tecnologia e da ciência como elementos cooperativos para a sustentabilidade futura (LENZI, 2006). No entanto, esta visão negativa não procede na medida em que este autor, como já elucidado, reconhece na ciência o canal de harmonia entre os riscos por ela já criados e a percepção dos mesmos para eventuais soluções.

A anuência sobre a existência dos riscos como peça componente da sociedade se presta a influenciar as formas de figurações dos indivíduos. É portanto a ciência o filtro sensível que faz penetrar no sujeito a medida do risco e a necessidade de adequações em suas ações. A estrutura de risco molda a ação.

Certo é que a capacidade científica e tecnológica de apontar os riscos propiciados pela sua própria evolução não reverbera necessariamente na publicização de tais informações. Muitos outros aspectos permeiam esse quadro, marcado principalmente pela estrutura econômica. Muitas vezes para legitimar o acréscimo dos riscos modernos utiliza-se do véu do desenvolvimento econômico como se esse fosse a solução de todos os problemas sociais.

Aqui novamente nota-se ponto de interface com o conceito de interdependência proposto por Norbert Elias. Para ele os conflitos são inerentes às diversas figurações sociais. A liberdade que guarnecem o indivíduo não o afasta de seus pares e sua ação ocorrerá dentro do que lhe é possível.

Ou seja, com vias a se traduzir a influência na figuração humana não se deve tomar a ciência em sua pureza de indicações causais, mas alocá-la como um dos fios que se entrelaçam numa equação em que também devem ser inseridas as ingerências econômicas, políticas e muitas outras promotoras dos incrementos tecnocientíficos e avanços ou retrocessos na qualidade ambiental.

Nota-se com isso, que a Sociedade de Risco proposta por Beck é, na verdade, uma sociedade em grave crise de suas estruturas (BECK, 2009) enquanto cadeias interdependentes na forma proposta por Norbert Elias, já que os equívocos decisórios de indivíduos na ciência e na tecnologia levam a um *“processo institucional contraditório”* (LENZI, 2006, p. 145). Isso porque os riscos gerados no interior das

GOMES, Marcus Vinícius Coutinho
PESSINE, Karina Melo

instituições científicas (com cooperação de outros elementos decisórios) acabam por retornar para elas, se não apenas como prejuízos, mas para reclamar aceno de solução.

Como dito, as instituições tecnocientíficas criam e identificam os riscos ao sabor de conveniências (econômicas, políticas e outras). E num cenário assim, cabe questionar qual será a instituição responsabilizável, por exemplo, pelo risco da exauriência hídrica atual?

A teoria da Sociedade de Risco parece se confrontar justamente com essa crise de irresponsabilidade organizada (BECK, 2009) e aqui, mais uma vez, a leitura articulada com o que diz Norbert Elias pode trazer alento, já que o mero conhecimento de que se vive numa Sociedade onde pululam os riscos já é instrumento apto a eventualmente produzir indistintamente mudança no agir dos indivíduos produzindo efeitos na tela da sociedade.

Conforme o próprio Beck (2009) aponta, o risco define uma relação social, mesmo no menor microcosmo social, já que se expressa na relação entre, no mínimo, duas pessoas. As ações de um estarão condicionadas às leituras sobre a capacidade do outro de gerar riscos. E isso se reprisa indefinidamente em nível global, pressionando ilimitados atores uns contra os outros mesmo que não tenham, para além do risco, nenhuma outra relação ou afinidade (BECK, 2009).

Assim sendo, cabe pensar sobre quem tem o poder de impor riscos aos outros e constatar que o risco, em si, impõe uma relação de poder.

Conforme menciona Hannigan (2009), os pontos de vista oficiais são fundamentais neste sentido. Ele aponta que muitas vezes o risco é utilizado no discurso para justificar diferentes escolhas de políticas públicas e seu custo relativo/benefícios. Exemplifica que nas audiências públicas a manipulação das informações sobre risco é absolutamente evidente.

Hannigan diz que *“nas apresentações públicas de informação científica (...) está uma retórica de contenção, a qual restringe a discussão, evita perguntas duras e persegue sua própria agenda.”* (HANNIGAN, 2009, p. 173).

Ou seja, quando se trata de risco sempre se esta a tratar de conflito. Por esta razão parece ser adequada a internalização do conceito de risco a fim de eventualmente produzir no íntimo do indivíduo a capacidade tendente a minorar o enfrentamento. E quando se fala de internalização, diz-se acerca do conhecimento possível tanto dos riscos quanto das cadeias econômicas e políticas que atuam concomitantemente.

Para que as ameaças sejam tratáveis, primeiro precisam ser alocadas no cerne do indivíduo.

Com isso não se pretende apontar uma supremacia do indivíduo sobre o social. Nem o oposto. Sobre isso serão valiosas as lições de Norbert Elias, pois quem determina quais posturas são ou não produtoras de riscos ambientais vai depender de todo um arcabouço de ingerências das cadeias interdependentes que vão atuar nesta delimitação.

Assim, conforme afirma Beck (1997), a modernização tem como efeito gerar nos sujeitos a ampliação da capacidade de refletir sobre as condições sociais e modificá-las.

2. A Contribuição de Norbert Elias para o diagnóstico de uma Sociedade em situação de Risco

Importante, para o escopo deste texto, observar a abordagem que Elias faz em seu conceito de configuração, sendo este o modo pelo qual o indivíduo incorpora a noção das cadeias de interdependência (estrutura) e, a partir disso, orienta sua ação por traduzir em si tais cadeias. Por esta razão há no indivíduo a marca de toda a sociedade e a expressão de anseios supraindividuais que vão funcionar como condicionante ao seu agir próprio.

Não se quer dizer com isso que haja algum atributo social coercitivo. Ao contrário. Como notam Hunger, Rossi e Souza Netto, (2011) os conceitos fundamentais deste sociólogo apontam limitações nas perspectivas funcionalistas e estruturalistas, no sentido de que estas tendem a identificar estruturas sociais de forma vinculada a atributos coercitivos que cooptam influência total sobre o comportamento dos indivíduos.

Para Elias, no entanto, "*não são aceitáveis concepções sociais totalizadoras ou mesmo individualistas dos processos sociais.*" (HUNGER, ROSSI E SOUZA NETTO, 2011).

Norbert Elias considera que é preciso substituir a concepção coercitiva pelo efeito das teias traçadas pelas pessoas na "*representação de indivíduos interdependentes*" (ELIAS *apud* HUNGER, ROSSI E SOUZA NETTO, 2011).

Assim é que o indivíduo passa também a calcular, com maior precisão e eficiência, os resultados que advirão na insistência em posturas irresponsáveis e isso reverbera no campo ambiental, uma vez que, na realidade posta de grave escassez da qualidade biótica, o sujeito passa a coordenar seu agir pesando sua forma figurativa.

Ao que parece, a constatação do risco iminente poderia impulsionar o sujeito a buscar maiores informações, inclusive para além do risco em si, adentrando nos campos políticos e econômicos, de forma a melhor compreender o desenrolar do contexto que passa a ameaçar seu conforto, saúde e vida.

A raiz da situação ambiental posta funda-se no fato de que o indivíduo incidiu, por muito tempo, numa figuração sob bases equivocadas e privilegiando ganhos econômicos em detrimento de qualidade biótica.

Os efeitos deletérios que resultaram dessa postura acometem todo o corpo social e passam a reclamar formas de figurar que sejam condicionadas a antecipação de riscos ou que, pelo menos, os levem em consideração. Clareia assim a figuração enquanto o reflexo da sociedade no indivíduo.

Sobre esta assertiva e considerando especificamente a seara ambiental seria possível questionamento acerca de aspectos extra-sociais que também passam a se impor - quais sejam os riscos ambientais que por vezes ocorrem em espaços onde o corpo da coletividade formadora da sociedade não se faz presente.

Porém, uma vez que tais riscos são gerados e repercutem socialmente, recebem desta mesma sociedade alguma observância, mesmo que estes riscos ocorram nos rincões mais afastados da floresta mais obscura. O que parece então importar é o acatamento moral que valida a figuração enquanto legítima.

O que se pode perceber é que em Elias há a tentativa de fazer sucumbir as fronteiras entre indivíduo e sociedade, carreando esta para o íntimo individual. Repercute disso que a assunção da abundância de riscos ambientais e a correlata necessidade por manutenção de qualidade biótica - como aspecto indispensável a

GOMES, Marcus Vinícius Coutinho
PESSINE, Karina Melo

própria manutenção da sociedade - é índice apto a produzir aproximação entre indivíduo e o próprio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto anseio albergado socialmente.

Percebe-se que a teoria de Elias insere o indivíduo num papel histórico de aprendizado das cadeias de influência nas quais ele se aloca e onde atua. Este autor indica que a ação não é antecedente, mas construída sob a sombra de práticas sociais anteriores. Assim, vê-se que as ações de cunho protetivo ambiental amplamente adotadas e reclamadas são fruto de um histórico que compôs certa legitimidade discursiva.

Sobre isso, cabe considerar que a evolução da questão ambiental no mundo embora inaugurada recentemente, produz efeitos marcantes nas consciências individuais.

Importantes marcos são verificados a partir da segunda metade do séc. XX. Em 1972 foi divulgado o informe *The Limits of Growth* pelo Clube de Roma que cuidou de discutir, como já anunciado pelo nome, os limites do crescimento possível sem esgotamento dos recursos ambientais (YASHIDA E FRANCO, 2013). Neste mesmo ano ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (BERNARDES E FERREIRA), que foram sucedidas pelas conferências Rio 92, Rio +10 e Rio +20.

Outro marco importante na formação da história ambiental se deu quando, em 1987, foi publicado o relatório *Brutland*, que enfatiza as consequências da pobreza sobre o ambiente e apresenta, pela primeira vez na história, o conceito de desenvolvimento sustentável (YASHIDA E FRANCO, 2013).

Outras muitas convenções marcaram a história das preocupações ambientais, dentre as quais destaca-se A Convenção sobre Zonas Húmidas de Importância Internacional (1971), Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (1973), Convenção das Nações Unidas sobre Direitos do Mar (1982) e Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio (1985), Convenção sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos (1989), Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1989) (MILARÉ, 2009).

O Relatório *Planeta Vivo 2008* demonstrava que o padrão de consumo de então já superava em 30% a capacidade do planeta de recuperá-los (MILARÉ, 2009).

Todos os eventos citados sempre foram motivados por fatos ou estudos passados, entretanto as regras e acordos entabulados tornaram-se atuantes no presente de cada pessoa. (ELIAS, 1994, p. 21).

Conforme nota Elias, "*as pessoas de uma geração posterior ingressavam no processo civilizador numa fase posterior. Ao crescerem como indivíduos, tinham que se adaptar a um padrão de vergonha e constrangimento (...)*" (ELIAS, 1994, p.8). Ora, após algumas décadas de observação dos resultados das condutas ambientalmente irresponsáveis, adotadas em virtude de políticas que priorizavam o crescimento econômico em detrimento de qualidade socioambiental, há o afloramento de consciência coletiva que abordará a consciência individual de forma a constrange-la a determinadas posturas.

Desta maneira é que, por exemplo, o descuido com gastos excessivos de recursos ambientais que numa época eram irrelevantes, ora podem converter-se em atos vergonhosos. Isso demonstra o quanto cada pessoa é influenciada, em seu desenvolvimento, pela "*posição em que ingressa no fluxo do processo social*" (ELIAS,

1994, p.8).

Elias (1994) aponta a capacidade de qualquer pessoa entender o que seja sociedade enquanto numa conversa com outra, mas exemplifica que a formação social na China é diferente da formação social americana.

Sendo assim também cabe verificar que a Sociedade de Risco terá idiossincrasias próprias que marcaram sua identidade. A mudança de uma forma de vida para outra (ELIAS, 1994), embora não planejada, reclama adequações. De igual forma Beck (2009) diz que os efeitos da modernidade não eram imaginados, mas agora demandam novas posturas na atuação humana.

Em outras palavras, a proposta de Beck se aproxima de Elias - e torna-se mais relevante nele - quando este constata que não há *“um modelo de criação racional e deliberada de uma obra - como um prédio ou uma máquina - por pessoas individuais.”* (ELIAS, 1994, p. 14), mas que é indispensável verificar os limites de possibilidades de ação dentro do cenário emergente.

O risco, nada obstante não ter sido antecipado e almejado, é fruto dessa ausência de racionalidade dos objetivos sociais e impõe novos padrões para a conduta humana.

Importante salientar que não se objetiva com isso dizer que cabe aos indivíduos dobrarem-se a um objetivo social mais elevado do que suas concepções individuais do que lhes é bom. Antes, o que se depreende de Elias é a necessidade de verificar a relação entre indivíduo e sociedade pelo rompimento da antítese cristalizada que opõem estes elementos.

Os indivíduos criadores da Sociedade de Risco não podem se ausentar dela conforme sua vontade. Elias expõe que cada indivíduo está obrigado a certo tipo de ritual no trato com os demais e formas específicas de comportamento, diferentes daquelas expressas nas eras pré-modernas. Essa forma invisível de vida em comum oferece ao indivíduo um rol mais ou menos restrito de funções e modos de comportamento possíveis.

Assim é que o risco e sua correlata noção cerceiam o comportamento dos indivíduos em contextos do que se considera aceitável. Por isso que se vê, por exemplo, o recrudescimento das sanções (sejam no sistema jurídico, sejam no sistema moral) aplicadas sobre aqueles que adotam posturas atentatórias sobre a qualidade ambiental. O homem está inserido num complexo funcional de estrutura bem definida e deve conformar-se e moldar-se a ele, de acordo com ele e desenvolver-se com base nele (ELIAS, 1994).

Desta forma, a associação dos seres humanos para a modernidade (ainda que de maneira impremeditada) gerou uma situação funcional muito específica na qual cada um tem que agir segundo o contexto de risco frutificado do sucesso daquele período.

Cabe aludir que as funções individuais não serão aptas (e nem conseguiriam ser) a promover por si só mudança sensível. A função de um indivíduo existe e opera sempre de maneira relacional e só pode ser entendida em termos de *“estrutura específica e de tensões”* (ELIAS, 1994, p. 22) em determinado contexto. Por isso, o cenário de risco torna-se, enquanto estrutura de sociedade, inerradicável da constituição individual, a partir do conhecimento de sua existência. Conforme exemplifica Elias, uma criança do Séc. XII desenvolverá sua estrutura de consciência de forma bem diferente de outra que viva no século vigente (ELIAS, 1994, p. 28) com seus riscos abundantes.

Por isso que o conhecimento do risco e sua internalização converte-se numa importante ferramenta para sua própria minoração. O risco só é inerradicável do indivíduo enquanto persistir a ameaça. Neste sentido pode-se exemplificar usando a questão da escassez hídrica que acomete o Brasil e reverbera em diversas partes do mundo. O conhecimento do risco da crise hídrica molda as condutas humanas de forma a produzir o consumo racional deste recurso, o que acaba por cooperar para a minoração da crise em si. A crise ajuda a crise. O risco minora o risco uma vez que internalizado pelo sujeito.

E esse processo ocorre inclusive na difusão de informações. Quando o risco se torna presente ao ponto de ser inegável, não há discurso político que continue a justificar o crescimento econômico a qualquer custo. As informações sobre a existência e as razões do risco passam a ocupar os meios de notícia de forma paulatina, plural e ecoam na conduta individual.

Em outras palavras, não se deve dizer que o risco tenha existência de per si (HUNGER, ROSSI E SOUZA NETTO, 2011). Ele existe principalmente quando reconhecido como tal. E isso não se aplica ao risco apenas, mas a todas as demais configurações.

Aceitar que o agente individual resulta das diversas configurações onde esta inserido - dentre as quais se ressalta a configuração do risco corrente na sociedade - é o primeiro passo para percepção de que os indivíduos coordenam seu agir e seu ideário calcados em experiências anteriores dos grupos que compõe (HUNGER, ROSSI E SOUZA NETTO, 2011).

De forma que a concretude dos riscos para indivíduos que nunca serão plenamente autônomos atua como marca indelével nas singularidades individuais. Colocado de outra forma, o indivíduo transporta para si e em si figuras sociais marcadas pelo risco para produzir figuras na sociedade de risco.

Cabe ainda ponderar que o risco é uma força social a compelir os processos humanos, senão de forma condicionante, mas com grande influência. E o que Elias considera é que o indivíduo não deve ser visto apenas como objetos estático, mas como parte de seu ambiente. Assim a sociedade (inclusive o contexto da Sociedade de Risco) não é oposta ao indivíduo, mas formada por ele. A análise destas interações individuais tanto marcará a sociedade como será marcada por ela.

Noronha e Rocha (2008) notam que a experiência individual num contexto de risco ilustra o fato de que as estruturas constroem cotidianamente os indivíduos, mas apenas os indivíduos são capazes de transformar, cotidianamente, as estruturas.

Daí a importância do conceito de figuração numa sociedade de risco. Afinal a assunção dos riscos insere o indivíduo numa pluralidade interdependente, junto com seus iguais em situação de equivalência de condições de riscos.

É desta forma que a sociedade de risco vai impactar diretamente o indivíduo, por ter sido impactada por ele. É a forma de fazer nublada a fronteira entre indivíduo e sociedade, que faz o risco deixar de ser uma coisa exterior ao indivíduo.

Conforme aponta Elias, para cada "eu" há a inserção de um "nós" (ELIAS, 1994) suplantando distinções mútuas, ou seja, tornando impossível pensar o indivíduo como autonomizado da estrutura social e também pensar a sociedade como uma entidade orgânica autônoma e supra individual. É por esta razão que ao pensar em Sociedade de Risco forçosamente se pensa nos indivíduos inseridos, produtos e produtores desta sociedade.

A sociedade de risco foi gerada pelo indivíduo de risco, mas o reconhecimento

desta realidade lançará o indivíduo numa nova forma de figurar em suas relações, principalmente ao entender a sociedade enquanto rede de relações, de interdependências, de configurações formadas por processos nos quais os indivíduos estão em relação de dependência mútua.

Conforme apontado por Beck (2009) o mundo é uma esfera e o ser humano não pode se espalhar indefinidamente sem que se reúna e passe a viver cada vez mais perto de seus pares. Para ele faz sentido falar em todas as pessoas se transformando em vizinhos e se comportando como tais, verificando que os riscos não podem mais ser vistos apenas como efeitos-colaterais, mas devem, de fato, ser examinados em seus potenciais de nocividade.

A liberdade individual estaria inscrita na cadeia dessa interdependência que liga os homens, limitando o que lhe é possível decidir ou fazer, numa rede de dependências recíprocas que fazem com que cada ação individual dependa de toda uma série de outras, que modificam, por seu turno, a própria figura do jogo social.

Para Elias (1994), as configurações, enquanto formações sociais, só serão possíveis a partir da percepção de que os indivíduos estão ligados uns aos outros por um modo muito particular de dependências mútuas, o que implica tanto na ocorrência constante de tensões, como também no esforço em manter alguma harmonia dentro do contexto histórico específico, maquinado por mudanças igualmente específicas.

Indispensável rememorar que o conceito de interdependência é indissociável do conceito de figuração de Elias, que entende as pessoas como mutuamente orientadas e dependentes, sem que com isso seja aniquilada a individualidade de cada um, na particularização do desenvolvimento dos seus hábitos mentais, sem que se perca de vista que este é também um processo iminentemente social.

Assim, o que Elias evoca em suas palavras é o seu entendimento sobre o *habitus* humano: a autoimagem e composição social do indivíduo. Daí a importância da incorporação do risco como elemento do *habitus* na ordem invisível que restringe as funções e modos de comportamento do indivíduo de forma a atuar em risco, restringindo sua liberdade de escolha dentro do escopo do possível neste cenário, passando a carregar esta estrutura social definida, devendo conformar-se ou moldar-se a ela.

3. Risco em Anthony Giddens

Giddens, em consonância com Norbert Elias, busca, conforme suas próprias palavras “*pôr um fim a cada um desses impérios*” (GIDDENS, 2003, p.2) se referindo à predominância do sujeito presente nas teorias interpretativas e ao imperialismo do objeto social, presente no funcionalismo e estruturalismo.

Neste autor vê-se que são as práticas sociais ordenadas no tempo o objeto de observação, em detrimento de uma sobrepujança da totalidade social ou da experiência do ator.

Tais práticas são continuadas e reiteradas, pautadas por reflexividade e esta reflexividade só se torna possível pela própria continuidade das práticas. Aqui está o monitoramento reflexivo proposto por este autor, que incorpora o cenário onde a interação se desenrola (GIDDENS, 2003).

Este condicionamento na conduta, dado pelo conhecimento cada vez mais preciso sobre as consequências das mazelas ambientais repercutem assim na proposta

teórica de Anthony Giddens, que reconhece que os indivíduos passam a monitorar suas próprias ações e aprendem com elas, bem como passam a esperar que outros seres humanos ajam de forma correlata.

Uma vez que o monitoramento é tanto da atividade quanto do meio onde ocorre, o agente será mais ou menos reflexivo de acordo com como as informações atuam sobre sua capacidade de monitorar.

Por esta razão quanto maiores e mais precisas forem as informações difundidas nos meios sociais, melhores serão as condições para que os atores pautem suas condutas. Isso porque o monitoramento reflexivo presente nas ações cotidianas envolve não apenas as próprias condutas, mas as dos demais e os aspectos sociais e físicos dos contextos que os movem.

Entretanto, ainda que haja abundância de informações, a ação do indivíduo sempre terá presente um feixe de resultados impremeditados. Em termos semelhantes aos delineados por Beck, GIDDENS (2007) trata do risco como propriedade de arranjos sociais que buscam aquilo que é novo, mas que não tem a precisão dos perigos que tais novidades acarretarão em sua esteira.

Neste sentido o conceito de agência (GIDDENS, 2003) é útil. Por agência não se procura definir as intenções do sujeito, mas sua capacidade de realizar. Posto desta forma o risco é agência, já que o indivíduo é seu perpetrador em uma determinada fase (onde poderia ter atuado de forma diferente) de uma sequência de condutas equivalentes. A contribuição de um sujeito provoca o risco ou, pelo menos, contribui para sua ocorrência.

O risco é uma consequência de algo que os atores fizeram não intencionalmente. Não teriam acontecido se eles tivessem se comportado de modo diferente, mas sua *“realização não está ao alcance do agente (independente de quais eram suas intenções)”*. (GIDDENS, 2003, p. 8). Os riscos são *“consequências impremeditadas”* (GIDDENS, 2003, p. 9) do processo de modernização e sua superação. É a demonstração clara de como um atos aparentemente triviais e cotidianos podem deflagrar eventos cada vez mais distantes no tempo e espaço. E *“quanto mais as consequências de um ato se distanciam no tempo e no espaço do contexto original desse ato, menos provável é que essas consequências sejam intencionais”*. (GIDDENS, 2003, p. 9).

Interessante notar que neste autor há ainda o questionamento sobre o valor do conceito de risco e em que este difere em relevância de tempos anteriores. Elucida que culturas tradicionais sequer tinham um conceito de risco, pois não precisavam dele, já que o risco não existia.

Não por outra razão é que qualifica o risco como *“infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras”* (GIDDENS, 2007, p.33). Elucida ainda que risco *“pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado”* (GIDDENS, 2007, p.33). E os riscos ganham ainda uma nova dimensão quando se afastam de questões divinas ou metafísicas e se torna indispensável a plena aceitação do risco como fonte de energia que gera a riqueza da economia moderna.

Na forma delineada por Anthony Giddens, o risco não parece ser algo proscrito, mas antes força motriz indispensável na determinação do progresso econômico e tecnológico da sociedade. Desta forma, risco se coloca como algo contínuo e sempre alocado mais adiante, no futuro.

Verifica-se que *“a ideia de risco sempre esteve envolvido na modernidade”*

(GIDDENS, 2007, p.36) ainda que de forma muito difusa. O que ocorre atualmente, conforme Giddens (2007), é que vivemos o fim da natureza, não enquanto espaço físico, mas na conclusão de que são pouquíssimos os lugares onde não haja intervenção da criatividade humana no ambiente natural. Neste cenário novo e incerto se presencia um governo aparvalhado e a sociedade amedrontada. A constatação deste risco real, resultante do processo industrial acaba por ajustar de maneira determinante a figuração dos indivíduos, já que para ele se revela (ainda que não totalmente) as cadeias de interdependência que conduziram a este ponto. A inquietação passa de uma realidade sobre o que a natureza pode fazer com o indivíduo para uma preocupação sobre o que este foi responsável por fazer com a natureza (GIDDENS, 2007).

Nestas circunstâncias, onde o avanço do risco fabricado amplifica o risco no risco, a política, a economia e o direito passam a se envolver num clima moral. Assim é que surgem, por exemplo, os princípios gerais de Prevenção e Prevenção. Tais princípios emergem, pois os riscos, embora frutificados como resultados impremeditados, ensinaram que são consequências inescapáveis dos processos de recrudescimento industrial e guardam em si grande potencial de ameaça.

Os resultados dos riscos na seara ambiental atingiram e atingem as funções dos serviços ecológicos, da vida e da saúde em grau, muitas vezes, irreparável. Neste cenário, onde muitos dos riscos já foram revelados, prevenir significa *“ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido”* (MILARÉ, 2009, p. 1069). Pretende-se com este princípio evitar a recorrência dos efeitos dos riscos implementados principalmente até a década de 90 do séc. XX, não sendo estes mais justificáveis ou aceitáveis.

Desta forma é que se nota que o os atributos da normativa jurídica, em seus imperativos de conduta, irá influenciar os rumos políticos e econômicos passa de uma gestão de danos, nem sempre mitigáveis, para um feixe normativo que objetiva gerir riscos (YOSHIDA & FRANCO, 2013). É de forma semelhante que Luhmann aponta que *“poderíamos evitar todos os danos por meio de nossas decisões levando em conta a noção de risco”* (LUHMANN *apud* Yoshida & Franco, 2013, p.93).

Porém, embora muitos dos riscos sejam conhecidos, uma vez que amparados por experiências já sedimentadas, há uma constante evolução do aparato tecnológico e nos meios de produção que tornam nubladas as consequências futuras. São hipóteses correntes que não encontram na prevenção resposta apta, já que só se previne o que pode ser antevisto.

Em contextos de elevada incerteza científica ante as bases de conhecimento disponíveis para decisão, o que se aplica é o princípio da precaução (YOSHIDA & FRANCO, 2013). São situações onde a proteção se dá meramente pelo estado de risco e indefinição cognitiva.

Em relação aos novos riscos não há o que ser prevenido, vez que não se tem conhecimento de quais eventuais consequências possam ter. O que se tem é exatamente o oposto, ou seja, a ausência de informações - o que justifica que haja uma estrita coordenação dos riscos da atividade.

O que Giddens conclui acerca do risco é que uma postura meramente negativa é indesejada. Na verdade aponta que o risco precisa ser disciplinado, mas a busca do risco é *“elemento essencial numa economia dinâmica e de uma sociedade inovadora”* (GIDDENS, 2007, p. 45).

Neste sentido, é inegável a importância de práticas informativas que municiem os indivíduos do arcabouço de conhecimentos que o aproximem de uma maior precisão reflexiva para o monitoramento e que permite uma melhor gestão dos riscos, a fim de evitar que se tenha que lidar com danos irreparáveis.

Conclusão:

Estes autores indicam que a ação não é antecedente, mas construída sob a sombra de práticas sociais anteriores. Isso, numa leitura articulada com o diagnóstico traçado por Ulrich Beck, traduz que as ações de cunho protetivo ambiental amplamente adotadas e reclamadas são fruto de um histórico que compôs certa legitimidade discursiva.

Sendo a configuração o modo pelo qual o indivíduo incorpora a noção das cadeias de interdependência (estrutura) e, a partir disso, orienta sua ação por traduzir em si tais cadeias, ora defende-se que a correta noção de risco, combinada com as variantes das cadeias nas quais se insere (principalmente econômicas e políticas) irá abalar o indivíduo com a marca de toda a sociedade e a expressão de anseios supraindividuais que vão funcionar como condicionante ao seu agir próprio.

Beck aponta que a ironia dos riscos é que riscos passados nos preparam apenas para riscos já conhecidos. As práticas reiteradas, pautadas por reflexividade que só se torna possível pela própria continuidade das práticas é o que Giddens traduziu por monitoramento reflexivo. Assim, passa a haver pelo indivíduo a incorporação do cenário onde sua interação se desenrola. O indivíduo, tanto na articulação da teoria de Elias, quanto de Giddens passa a trazer em si a noção de risco como elemento de sua ação.

No entanto, cabe apontar que os riscos do passado, caso não tenham se efetivado, são apenas riscos e permanecem sendo riscos para os quais se deve empenhar esforços em debelar. Caso os riscos sejam convertidos em eventos reais, deixam de ser riscos e tornam-se catástrofes. Mas mesmo as catástrofes já anunciam sua possibilidade de repetição e já demandam monitoramento para que não tornem a acontecer.

Ou seja, quando se trata de catástrofes já ocorridas, as ações humanas em sociedade podem tender a evitar que tornem a ocorrer. É o que se poderia chamar de riscos efetivados. Quando se trata de riscos meramente potenciais (sempre futuros e incertos), as ações humanas são tão incertas quanto. No entanto, a mera noção de que há o risco já implica num condicionamento e no monitoramento das ações.

O que é interessante notar é que a antecipação dos riscos, por si só, é o que os corporifica e os torna reais. Conforme Beck aponta, sem técnicas de visualização e mídia de massa, os riscos não seriam capazes de produzir qualquer efeito nos seres humanos, aparecendo apenas para se apresentarem enquanto catástrofes.

Uma vez que os riscos pressupõem decisões humanas, o conhecimento acerca deles é que vai condicionar as figurações humanas sobre tais decisões. É o que Beck denomina uso ativo da dúvida: antes de qualquer ação cabe ao indivíduo pensar sobre o que precisa controlar para domar os riscos.

O que se conclui é que a Sociedade de Risco é fruto de muitas condutas individuais, mas que irá produzir seus próprios efeitos nos indivíduos, moldando suas formas de agir em sociedade. O desconhecimento dos riscos da modernidade foi a sua gênese. Porém, agora cabe indivíduo decidir suas ações inserido numa estrutura de

GOMES, Marcus Vinícius Coutinho
PESSINE, Karina Melo

risco constantes, potenciais e efetivados em catástrofes.

REFERÊNCIAS:

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. *Critical theory of world risk society: a compilation view*. Constellations, volume 16, n. 1. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009.

_____. *Living in the world risk society*. London: Taylor & Francis, 2006.

BERNARDES, Júlia Adão; FERREIRA, Francisco Pontes de Miranda. Sociedade e natureza. In: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (orgs.). **A questão ambiental: diferentes abordagens**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003

ELIAS, Norbert. *Introdução a Sociologia*. São Paulo: Edições 70, 1969.

_____. *Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

_____. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUNGER, Dagmar; ROSSI, Fernanda; SOUZA NETO, Samuel de. A teoria de Norbert Elias: uma análise do ser professor. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 37, n. 4, Dec. 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022011000400002&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Feb. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-97022011000400002>.

HANNIGAN, John. *Sociologia Ambiental*. Vozes: Petrópolis, 2009.

LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia Ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

MOREIRA, D. A. ; LEITE, J. R. M. . Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais (Morais) e a Jurisprudência Brasileira. *Revista OABRJ*, v. 26, p. 107-144, 2010.

NORONHA, Gabriel Vieira. ROCHA, Luiz Guilherme Burlamaqui Soares Porto. Elias e Bourdieu - Para uma sociologia histórica, ou seria uma história sociológica? **Revista Habitus**: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ, Rio

GOMES, Marcus Vinícius Coutinho
PESSINE, Karina Melo

de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 47-58, 30 mar. 2008. Anual. Disponível em: <www.habitus.ifcs.ufrj.br>. Acesso em 04 de fevereiro de 2015.

YASHIDA, consuelo Yatsuda Moromizato; FRANCO, Rita Maria Borges. Prevenção, Precaução e Fato Consumado. Perspectivas da Tutela Ambiental na sociedade de risco. In ROSSI, Fernando F.; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GUETTA, Maurício. *Aspectos controvertidos do Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lara Guio Leal¹

RESUMO:

O artigo se destina a analisar a incorporação ao sistema jurídico brasileiro do instituto *duty to mitigate the loss* ou, em tradução livre para o português, o “dever” de mitigar as perdas. Para isso, abordará, num primeiro momento, a constitucionalização do direito, com enfoque no direito civil, articulando a correlação deste fenômeno com a norma de mitigação. Na sequência, tratará sobre a origem e a conceituação do instituto, tecendo uma breve crítica construtiva à expressão “dever” consigo trazida. Enfatizará que a norma de mitigação está contemplada em importante Convenção internacional e defenderá como fundamentos capazes de sustentar a internalização ora defendida os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito. Por fim, discorrerá acerca de institutos existentes na ordem jurídica pátria que tangenciam o a norma de mitigação, traçando necessárias distinções entre eles.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do direito civil; *Duty to mitigate the loss*; Norma de mitigação; Boa-fé objetiva; Vedação ao abuso do direito.

Introdução

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitos e princípios consigo trazidos - a exemplo da dignidade humana e a solidariedade social - alcançaram tamanha importância a ponto de serem de estrita observância no âmbito das relações jurídicas travadas a partir de então. Este cenário provocou modificações paradigmáticas não somente no direito constitucional, mas também na órbita civilista.

Isso porque a mudança de perspectiva patrimonialista para uma visão humana e coletiva demandou a releitura do direito civil, notadamente no que se refere aos polos contratuais, assunto de relevância neste artigo.

¹ Graduada pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: laraguio20@gmail.com.

Com efeito, não mais se contenta com as funções apartadas e individuadas anteriormente atribuídas ao credor e ao devedor. Deveras, os sujeitos processuais são detentores de direitos e obrigações mútuas, sendo-lhes vedado adotar condutas tencionadas a beneficiar apenas a si e a macular o interesse contratual. Daí se extrai, pois, o princípio da boa-fé objetiva, conceito técnico-jurídico que regula as tratativas privadas.

Nesse contexto é que se pretende tratar sobre o instituto nascido no direito anglo-saxão, denominado *duty to mitigate the loss* ou, em tradução livre para o português, o “dever” do credor de mitigar os seus próprios prejuízos. Por ser desprovido de regulamentação legal específica no Brasil, surge a dúvida se a sua aplicação é, ou não, viável no ordenamento pátrio, discussão sobre a qual se aterá este artigo, propondo uma reflexão à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

1. Constitucionalização do direito civil

A despeito de haver entrado em vigor no ano de 2003, o Código Civil foi elaborado e projetado em meados de 1970, quando as relações por ele regidas eram eminentemente individualistas e marcadas por interesses patrimoniais².

A aludida codificação, seguindo a tendência vigente à época em que concebida, contém em seu bojo algumas normas que, em certa medida, se apresentam ultrapassadas frente ao panorama de personalização trazido pelo constituinte originário de 1988, que optou por conferir nova roupagem às relações jurídicas, primando pela solidariedade social e pelo respeito à dignidade humana nos tratos negociais e processuais.

Surge, nesta perspectiva, a pertinência de se promover a filtragem constitucional dos institutos de direito civil, a fim de despersonalizá-los e atrelá-los aos axiomas protetivos previstos com força normativa na Constituição da República.

Esta ideia está associada ao que se convencionou denominar constitucionalização do direito, formulação que propõe a irradiação das normas constitucionais, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico³.

Nos domínios do direito contratual, a constitucionalização se faz presente para indicar que os sujeitos de uma relação jurídica são, de forma recíproca e simultânea, titulares de direitos e deveres.

Em outras palavras, passa-se a conceber que o devedor possui não somente deveres, mas também direitos, e que ao credor, além dos bônus já antes assegurados, são acrescidos deveres, de modo que a rigidez antes vista entre estas figuras cede espaço para um cenário de transparência e colaboração mútua, visando a alcançar os fins sociais do contrato.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

³ “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (...) em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr-jun/2005, p. 17).

A complexidade das situações subjetivas fica, pois, assente. As ideias de crédito e débito vistas de forma segregada são superadas por uma releitura dos papéis dos sujeitos contratuais, em uma estreita correlação com o princípio da boa-fé objetiva⁴.

O quadro acima retratado evidencia louvável inserção dos preceitos constitucionais, em especial do princípio da solidariedade social, em todas as fases dos contratos privados, causando impactos positivos em diversos institutos, inclusive no *duty to mitigate the loss*, examinado neste artigo.

2. A norma de mitigação dos prejuízos

2.1. Origem

A norma de mitigação, que tem suas raízes vinculadas ao sistema da *common law*, foi desenvolvida no contexto de ações judiciais cujo cerne gravitava em torno da quebra de contrato.

Surgiu a partir de um caso judicial analisado na Inglaterra no fim do século XVII, denominado “Vertue vs. Bird”. Naquela demanda, o requerente narrou haver sido contratado pela parte contrária para transportar algumas mercadorias para outra cidade, trajeto percorrido a cavalo. Asseverou que o demandado somente informou os locais onde os produtos deveriam ser descarregados seis horas após a chegada do autor. Neste lapso temporal, os animais ficaram expostos ao sol e evoluíram a óbito. Esta circunstância fez com que o proprietário dos cavalos acionasse judicialmente o destinatário da carga, a fim de ser reparado pelos danos sofridos.

O tribunal inglês, no entanto, entendeu que Vertue, o requerente, poderia ter se valido de postura tendente a evitar o resultado morte, como, por exemplo, retirar os animais do sol ou colocar as mercadorias em algum local da cidade. Concluiu, assim, ser descabida a indenização pretendida, já que ao credor era possível atuar para impedir os prejuízos sofridos⁵.

2.2. Conceituação

O “dever” de mitigar a perda preconiza que, diante do inadimplemento de um dos polos contratuais, a parte prejudicada se esforce para evitar maiores danos ao objeto contratual, sob pena de não ser ressarcida integralmente por aqueles que poderia, adotando postura razoável, ter repellido.

⁴ “Não se pode distinguir as situações subjetivas – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações, isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *postestàe* interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação debitória contrapõe-se àquela creditória)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 116).

⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2011, p. 22.

O inadimplemento contratual pode, naturalmente, trazer malefícios ao envolvido que não o causou, os quais ele próprio pode abrandar caso opte por trilhar o caminho proposto pela boa-fé objetiva.

Se, contudo, permanecer inerte, não fará jus à indenização correspondente à parcela cuja deterioração poderia ter impedido.

Esta formulação evidencia o privilégio conferido pelo instituto à cooperação e à solidariedade entre as partes, postulados consagrados, em grande medida, a partir da já tratada constitucionalização do direito.

2.3. A razoabilidade que se espera do credor

A conceituação do instituto mencionou o “dever” que recai sobre o credor para que adote as medidas tendentes a minimizar os danos decorrentes do inadimplemento do devedor e da forma razoável por meio da qual tais atos devem ser levados a efeito.

É preciso, então, destacar o que se compreende por razoabilidade dos meios hábeis a evitar maiores danos ao objeto contratual. Na medida em que a razoabilidade encerra um conceito jurídico indeterminado, a tarefa parece um tanto dificultosa.

Propõe-se, para isso, um raciocínio a *contrario sensu*⁶ que se revela viável e promissor. Neste sentido, por exemplo, diz-se que o prejudicado pelo inadimplemento não estará obrigado a agir para mitigar os danos caso precise arriscar a vida ou o patrimônio, ou mesmo colocar em risco desnecessário a sua reputação ou o seu nome. Nestes casos, por certo, a razoabilidade não se fará presente.

O propósito do instituto não gira em torno de exigir do credor atitudes heroicas, nem mesmo atos que o coloquem em posição de vulnerabilidade, sob pena de ser penalizado por uma atitude inadimplente da parte adversa. Por isso, caso esteja impossibilitado de adotar tais condutas, o valor da indenização não sofrerá redução.

Demais disso, não se exige a efetiva evitação do dano, mas apenas que o credor adote as medidas tendentes a evitá-lo. Significa dizer que fará jus à indenização ainda que não obtenha êxito na tentativa.

Neste contexto insere-se a razoabilidade com a qual deve o credor atuar no momento da escolha da conduta a ser adotada para minimizar os danos ao objeto contratual.

⁶ “Mas o que seriam medidas razoáveis? Tradicionalmente, a resposta a essa pergunta, assim como a resposta a todas as perguntas que envolvem a concretização do princípio da boa-fé objetiva, se dá através do exame de casos concretos, o que permite a fixação de critérios que tornam cada vez mais segura a aplicação da regra. Nesse ponto reside a principal dificuldade atinente à aplicação da mitigação dos prejuízos. Na análise da conveniência e possibilidade de se exigir do credor a mitigação dos danos, os ordenamentos estrangeiros e os instrumentos internacionais estudados convergem no recurso a um conceito jurídico indeterminado: a razoabilidade. (...) Talvez o estudo mais criterioso nesse sentido possa ser encontrado na *common law*. De acordo com a doutrina que se dispôs a examinar os julgados, algumas regras podem ser empregadas para determinar ao menos aquilo que o prejudicado não está vinculado a fazer. Nesse sentido, afirma-se que o credor (i) não está obrigado a arriscar demasiadamente seu dinheiro; (ii) não está obrigado a proceder a uma cirurgia excessivamente arriscada; (iii) não está obrigado a prejudicar sua reputação comercial; e (iv) não deve padecer por sua incapacidade financeira em adotar as medidas necessárias à eliminação ou mitigação do dano” (MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 24).

Caso ele disponha de uma opção mais temerosa do que a outra, certamente deverá pautar seu agir com base na segunda; caso contrário, entende-se que não se desvencilhou do seu ônus de mitigação dos prejuízos.

Finalmente, cabe alertar que as circunstâncias de razoabilidade devem ser aferidas no momento da conduta, e não a partir de um juízo valorativo posterior, a fim de preservar ao máximo a realidade vivenciada no momento em que ocorreram os fatos.

2.4. Crítica à expressão “dever”

O instituto em análise é conhecido como o “dever” de o credor mitigar seus próprios prejuízos. A expressão colocada entre aspas, no entanto, sofre críticas dos estudiosos do tema. Isso porque o significado da palavra “dever” não corresponde à exata vocação do instituto, isto é, aos fins a que ele se destina.

A rigor, o que a norma de mitigação propõe é que recaia sobre o credor o ônus de, razoavelmente, minimizar seus próprios danos, gerados pela inadimplência do devedor⁷.

Ora, o cerne do instituto não se relaciona a um dever direcionado ao credor, mesmo porque deveres vinculam ambas as partes contratuais.

Caso a norma de mitigação não seja observada pelo credor, somente este arcará com as consequências de não ser indenizado pelos prejuízos evitáveis, vale dizer, apenas o patrimônio do credor será afetado pela sua inércia.

A palavra “dever” está intimamente ligada a dois sujeitos de uma relação, de modo que um deles deve satisfazer o interesse do outro. Diferentemente, o ônus retrata uma relação do onerado consigo mesmo, sendo a ele franqueado o direito de escolher entre satisfazer ou não seu próprio interesse.

A norma de mitigação, então, se afasta do conceito de dever e se aproxima de um ônus jurídico direcionado ao credor. É nesse sentido que se concebe o instituto, uma vez que caso a parte prejudicada pelo inadimplemento deixe de envidar esforços para relativizar os danos sofridos, agindo em desconformidade com os preceitos de retidão e probidade, a indenização pelas avarias evitáveis não lhe será devida, consequência que repercutirá unicamente no seu patrimônio.

Assim, caso os danos se materializem por inércia do credor, a ordem jurídica imputa unicamente a ele as decorrências de sua omissão, de forma que a parte contrária sequer será considerada devedora da reparação de tais danos, tornando ilegítima qualquer pretensão do credor em recebe-la.

Por isso, considera-se semanticamente adequado fazer referência ao instituto em exame como um ônus jurídico que recai sobre o credor.

2.5. Previsão em Convenção Internacional

⁷ MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

A norma de mitigação está disciplinada no artigo 77 Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁸, mais conhecida como Convenção de Viena.

O dispositivo normativo, além de determinar que a parte não permaneça inerte ao invocar o inadimplemento contratual, prevê consequências para o eventual descumprimento. Dessa forma, uma vez não adotadas as medidas necessárias a minorar os prejuízos frente ao descumprimento do contrato, não haverá falar em indenização dos danos passíveis de terem sido afastados.

Cumpre alertar, todavia, que a redação do artigo 77 conduz a conclusão de que a norma de mitigação é afastada nos casos em que haja requerimento de execução específica da obrigação, de modo que o instituto somente poderá ser aplicado nas hipóteses em que se busca a indenização por perdas e danos⁹.

Muito embora o Brasil não seja signatário do documento, a previsão se reveste de importância e merece ser enaltecida, por corroborar a visão de que a mitigação se apresenta como uma faceta do princípio da boa-fé, evitando ônus excessivos aos sujeitos contratuais e primando pela economia de recursos financeiros.

3. Fundamentos da norma de mitigação no direito contratual brasileiro

3.1. A dilatação do ornamento jurídico a partir de cláusulas gerais

As mais diversas situações fáticas que se verificam e se transmudam diariamente no meio social fazem com que a legislação seja incapaz de abarcar-las e tutela-las por completo. Por essa razão, o sistema jurídico passou a prever cláusulas gerais¹⁰, no intuito de conferir ao julgador, por meio de expressões vagas, maior liberdade de adequação das normas ao caso concreto.

Entre as cláusulas gerais contempladas pela ordem jurídica vigente, guarda pertinência com o instituto trazido neste artigo a relacionada à boa-fé objetiva e à vedação ao abuso do direito.

⁸ “A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada”.

⁹ “Durante a Conferência de Viena, a delegação americana pretendeu inserir, no final da segunda frase, a expressão “ou a modificação correspondente ou um ajuste de qualquer outro remédio”, sugestão esta que foi rejeitada pela votação das delegações prestes. Esse fato, juntamente com a colocação do artigo 77 em uma seção que trata de perdas e danos, leva ao entendimento da doutrina de que o dever de mitigar na CISG aplica-se apenas à indenização por perdas e danos, não afetando os demais remédios nela previstos. Assim, se a parte prejudicada escolher a execução específica da obrigação ou a rescisão contratual, o dever de mitigar não será sequer avaliado pelo tribunal estatal ou arbitral que vier a se pronunciar a respeito do remédio escolhido” (LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011, p. 76).

¹⁰ “(...) verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhada como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais” (MARTINS-CONSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 286).

3.2. Princípio da boa-fé objetiva

Por ser conceitualmente ética, a boa-fé objetiva é voltada para a conduta comportamental do agente que deve, enquanto sujeito de uma relação processual, agir conforme os ditames de lealdade e de retidão¹¹.

À boa-fé objetiva, cláusula geral de direito material que encampa todo o sistema contratual, são imputadas três funções essenciais, a saber: cânon interpretativo, norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos visando evitar o abuso do direito e, finalmente, norma de criação de deveres jurídicos.

É esta última função que pode sustentar a norma de mitigação no direito brasileiro¹². Com a função integrativa emprestada à boa-fé, sobressaem novos deveres de condutas que vinculam as partes contratuais, em especial o dever de cooperação recíproca, sendo de observância necessária ao longo do trajeto do contrato, sob pena de restar configurada a sua violação positiva, em que se cumpre de forma defeituosa a obrigação principal, e se descumpre prestações de cunho secundário.

¹¹ “(...) a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do *pacta sunt servanda*, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato. (...) A boa-fé funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção. Reportando-se a boa-fé a valores e expectativas compartilhados em uma comunidade, necessariamente haverá um balanceamento entre os interesses privados dos contratos e outros objetivos da sociedade, sobremaneira o bem-estar dos indivíduos. Tal equilíbrio é dimensionado pela via da boa-fé, ao equilibrar princípios e contraprincípios, amenizando a tensão entre polos e direções. A boa-fé determina que o direito contratual deva ser controlado, e o exercício do poder limitado, de modo a se atingir em parâmetros de decência” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146).

¹² [...] Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Isto posto, surge a indagação: seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss em matéria contratual*? Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera possibilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. [...] Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual. [...]” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004, p. 110 e 118).

Nesta perspectiva trilhou o Conselho da Justiça Federal ao editar, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 163, cujo verbete diz o seguinte: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Para reforçar e aprofundar o entendimento sobre o tema, foi concebido o Enunciado 629, desta vez na VIII Jornada de Direito Civil: “a indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização”.

3.3. Vedação ao abuso do direito

A teoria do abuso do direito, amplamente aceita e expressamente prevista em diversos sistemas jurídicos romano-germânicos como o Brasil, teve a sua expansão verificada a partir de um caso emblemático na jurisprudência francesa¹³.

No Brasil, o Código Civil previu a vedação ao abuso do direito sob o enfoque objetivo no artigo 187. O aludido dispositivo legal traz em si um conceito dotado de abrangência a fim de conciliar diversos entendimentos doutrinários sobre o assunto, estando arraigado de cânones valorativos e teleológicos¹⁴.

O cotejo entre a teoria do abuso do direito sob sua vertente objetiva e o *duty to mitigate the loss* permite caracterizar como ato abusivo a pretensão do credor em receber, a título de indenização, valores correspondentes aos prejuízos que poderia ter evitado caso agisse nos limites da razoabilidade e em consonância com os preceitos da boa-fé objetiva.

4. Notas sobre institutos que tangenciam a norma de mitigação

Feito um esboço sobre o tema e os fundamentos que legitimam a introdução da norma de mitigação ao ordenamento brasileiro, necessário traçar o que há de distinto entre o *duty to mitigate the loss* e o nexos causal, o princípio da reparação integral do dano e a prescrição. O objetivo, com isso, é de demonstrar que embora existam pontos em comum entre eles, são aplicados em formas e em momentos diversos.

4.1. Norma de mitigação v. nexos causal

¹³ “Tornou-se notório o caso Clément-Bayard, no qual certo proprietário rural, vizinho ao hangar de um fabricante de dirigíveis, edificou em seu terreno, sem qualquer interesse útil, enormes torres de madeira com hastes de ferro pontiagudas, apenas para criar manifesto perigo para a manobra das aeronaves na propriedade contígua. Sobrevindo acidente com um dos dirigíveis, o fabricante das aeronaves pediu perdas e danos e a demolição das construções. O construtor das torres alegou como defesa o caráter absoluto da propriedade sobre seu terreno; o tribunal, porém, deu provimento à pretensão do dono do hangar, com base na teoria do abuso do direito” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13. Rio de Janeiro, abr-jun/2012, p. 43).

¹⁴ LUSTOSA, Paulo Franco. *O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil*. In: *Problemas de responsabilidade civil*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 263.

À norma de mitigação são reservados os casos cuja cadeia de causalidade não pôde solucionar. Esta formulação evidencia que, a rigor, estes institutos não se confundem.

Com efeito, entende-se pornexo de causalidade ou nexocausal o liame jurídico existente entre determinada conduta e o resultado dela decorrente, do qual exsurge a obrigação de indenizar.

Ao examinar a causalidade, o julgador cuida de vislumbrar se o comportamento da vítima pode impactar na responsabilidade do ofensor, atenuando-a ou, em alguns casos, eliminando-a.

Nestas hipóteses de atenuação ou mesmo de interrupção do nexocausal, a vítima, com sua conduta prévia, influi na ocorrência do inadimplemento contratual, o que terá reflexo no âmbito da causalidade, e não da culpabilidade, como inclusive sugerem as nomenclaturas.

Além de não figurar como um pressuposto da responsabilidade civil contratual, a norma de mitigação ganha relevo após já deflagrado o inadimplemento, de modo que o lesado deve agir em momento posterior para evitar ou minimizar os danos.

Não é correto afirmar que a inércia da parte prejudicada possui o poder de interferir na causação do dano. Pelo contrário: este já ocorreria independentemente de alguma postura da vítima, a qual deve agir apenas para evitá-lo por completo ou minimizar suas perdas, não havendo falar em nexocausal entre a sua abstenção e a deflagração do dano.

Dúvidas não restam, portanto, que ambos os institutos se distinguem, mesmo porque de nada serviria a norma de mitigação caso os danos decorrentes da conduta inicial fossem solucionados à luz das excludentes de responsabilidade de culpa exclusiva ou concorrente da vítima¹⁵.

Em resumo, haverá aplicação da norma de mitigação quando, mesmo presente a causalidade entre a conduta do ofensor e o dano experimentado pela vítima, a esta for direcionado o ônus de adoção de medidas razoavelmente hábeis a impedir a propagação do dano, na medida em que este ocorre em momento anterior à aplicação do *duty to mitigate the loss*.

¹⁵ “Não obstante essas distinções nos pareçam absolutamente acertadas, certamente existiriam exemplos de situações em que a indenização poderia ser recusada quer por falha no dever de mitigação de danos, quer por responsabilidade concorrente da própria vítima do dano. Um exemplo seria a situação em que a parte contratante, após o inadimplemento, adota medidas não razoáveis e majora o dano causado: v.g., o comprador de um maquinário que, ciente de um defeito apresentado pelo equipamento, inicia sua utilização e produz mercadorias defeituosas.¹⁸⁸ Sob a perspectiva do dever de mitigar danos, pode-se concluir que o comprador deixou de adotar medidas mitigatórias ou, se imaginava que a produção não seria diretamente afetada pelo defeito do equipamento, deixou de agir razoavelmente ao iniciar a produção sem realização prévia dos testes necessários. A indenização pelo dano causado à produção poderia, portanto, ser excluída. Outra abordagem diferente que permitiria a mesma conclusão seria entender a conduta do comprador como concorrente para o dano causado – ao menos no que tange à produção defeituosa – e afastar a indenização pela ausência de causalidade entre o inadimplemento do contrato e o dano” (CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever” de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 77).

4.2. Norma de mitigação v. reparação integral dos danos

Há que se debruçar, ainda que de forma sucinta, sobre a aparente incompatibilidade entre a norma de mitigação e o princípio da reparação integral dos danos.

Conforme disciplina o artigo 944, cabeça, do Código Civil, a indenização, em regra, é medida pela extensão do dano. Nesse sentido, invoca-se a aplicação do princípio da reparação integral dos danos, utilizado com frequência pelos tribunais brasileiros.

À luz do referido dispositivo legal, o grau de culpa do devedor, a princípio, se mostraria irrelevante, já que o protagonismo é assumido pelo dano e sua extensão.

Ocorre que o parágrafo único do mesmo artigo excepciona a regra ao dispor que a indenização poderá ter o seu montante diminuído caso haja desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, acarretando a divisão de prejuízos entre as partes, o que, por si só, já demonstra que a disposição do *caput* não é absoluta, havendo um raciocínio de regra-exceção, o qual somente foi possível, nas palavras de Monteiro Filho (2008, p. 73) apud Gomes (1989, p. 291), com o “giro conceitual” a que se submeteu a antiga regra de indenização das perdas e danos, cedendo espaço à preferência pela execução específica do contrato, como já tratado acima.

O magnetismo dessa exceção trazida pelo artigo 944, parágrafo único, do diploma civil, torna necessário um breve relato das suas peculiaridades.

Como dito, o valor da indenização pode ser abrandado caso preenchidos os requisitos do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Inicialmente, destaca-se que o grau de culpa do agente há de ser excessivamente desproporcional à extensão do dano verificado, ou seja, não se admite uma desproporção qualquer. Exige-se, pois, que ela seja expressiva para que se possa aventar a possibilidade de redução equitativa da indenização. Particularmente quanto ao grau de culpa, para a aferição do valor devido, é preciso atentar-se à conduta do devedor, despreocupando-se em graduar a sua culpa, até mesmo para fins de afastar injustiças casuísticas¹⁶.

Esta exceção é interpretada com muita cautela, e demanda aplicação conjugada com as demais regras e princípios do ordenamento, dentre eles o da boa-fé objetiva, o qual refuta a possibilidade de o credor ser reparado de danos por ele evitáveis quando do inadimplemento causado pela parte contrária. Este cenário pode aparentar que o instituto da mitigação dos prejuízos é incompatível com a reparação integral dos danos.

A reparação integral dos danos, todavia, tem por objetivo possibilitar que o credor seja indenizado pelos danos que efetivamente experimentou, não podendo receber valor menor do que a sua perda, o que não destoa da proposta trazida pelo *duty to mitigate the loss*.

¹⁶ “(...) o fato de o parágrafo único do art. 944 se referir a uma gradação da culpa do ofensor, em sede de quantificação (segundo momento), significa que a dicção legal deve albergar, inclusive, o grau de culpa “zero”. Em outras palavras, a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da “conduta” do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do quantum. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção da unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Revista de Direito da PGE. Rio de Janeiro, nº 63, jul/2007–jul/2008, p. 81).

Ora, se o credor à luz da norma de mitigação não é indenizado pelos próprios prejuízos que poderia ter evitado esforços para amenizar, certamente agiu em desacordo com os ditames da boa-fé. Caso contrário, estaria acobertado pela regra contida no art. 944, *caput*, do Código Civil, não fazendo jus à reparação ilimitada dos danos.

Em outras palavras, num primeiro momento, a parte lesada pelo inadimplemento por ela não ocasionado fará jus à reparação integral dos danos sofridos, por força do que preconiza o artigo 944 do Código Civil. Se, entretanto, essa mesma parte prejudicada deixou de atuar com lealdade e boa-fé, se abstendo de empreender esforços proporcionais e razoáveis para evitar a ocorrência de danos, não será indenizada pela parcela contratual cuja mácula poderia ter impedido.

Como se vê, além de não serem obstáculos uns aos outros, os institutos podem ser aplicados até mesmo de maneira concatenada, embora em momentos diferentes¹⁷.

4.3. Norma de mitigação v. prescrição

A rigor, a norma de mitigação não se aproxima ao exercício tardio de um direito, este último intimamente ligado aos prazos prescricionais.

¹⁷ “Parece evidente que a norma contida no caput do artigo 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada por seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação integral do dano e a boa-fé objetiva. A regra de reparação integral não pode, entretanto, ser tida como princípio absoluto e insuperável do direito brasileiro e, de fato, não é. Além de excepcionada pelo parágrafo único do artigo 944, a reparação integral é limitada pelo artigo 403, que determina que apenas os danos diretos e imediatos podem ser indenizados. (...) Diante de tal quadro, faz-se necessário realizar a ponderação entre essas duas normas, sendo de se concluir que deve prevalecer a limitação da indenização aos danos inevitáveis. A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. Além disso, promove a eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos, tendo como consequência evitar a perda de recursos econômica e socialmente relevantes. Por outro lado, a reparação integral – na faceta indenizabilidade de todo dano, como chamou Pontes de Miranda – tem por fim evitar uma situação de injustiça para a vítima: receber menos do que perdeu. Na aplicação da norma da evitabilidade, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado. O credor não receberá parte dos danos sofridos porque não agiu de boa-fé, não cooperou para que tais prejuízos não ocorressem. Portanto, na ponderação dos valores que informam a aplicação das duas regras – reparação integral do dano e limitação aos danos evitáveis – identifica-se clara prevalência daqueles que servem de sustentáculo à norma de minimização. Por fim, destaca-se que o conflito entre as duas normas é apenas aparente, não apenas porque é facilmente resolvido pela ponderação dos valores que as informam, mas também pela sistemática de aplicação da boa-fé objetiva no presente caso. (...) o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de se aplicar a regra do *caput* do artigo 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por essa parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados. A forma e o momento lógico de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira articulada para definir o *quantum* de indenização a que fará jus o credor” (LOPES, Christian Sahr Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011, p. 171).

A prescrição tem sua razão de existir, dentre outros fundamentos, na segurança jurídica. Tipifica, no Código Civil, os prazos em que um direito não mais pode ser exigido judicialmente, sendo norma de ordem pública.

Surge irrelevante ventilar qualquer questionamento sobre o tempo demorado pela vítima prejudicada pelo inadimplemento para intentar eventual ação judicial, bastando que o faça dentro do prazo prescricional.

Significa dizer que caso a parte exerça o seu direito de ação nos limites do prazo prescricional estipulado pelo diploma civil, não poderá o julgador promover um juízo de valor na demora que considera existente entre a ocorrência do dano e o ajuizamento da demanda, sob pena de sancionar o credor de forma indevida.

Não é esse o propósito da norma de mitigação. O que se visa com a sua internalização no sistema jurídico pátrio é que o credor, mediante o emprego de ações razoáveis e proporcionais, tenda a minimizar os seus próprios danos causados pela inadimplência do devedor. Caso o credor repute necessário acionar o Poder Judiciário para ver reparados os danos que entende haver sofrido, pouco importa o subjetivismo relacionado ao intervalo de tempo verificado entre a ocorrência do prejuízo e o exercício do direito de ação, desde que, por óbvio, a pretensão não esteja fulminada pela prescrição.

5. Conclusão

Este artigo teve a oportunidade de destacar que a Constituição da República foi precursora da transformação havida no sistema jurídico de um viés patrimonialista para uma visão humana e coletiva e que com o direito obrigacional não foi diferente, por ter passado por uma sensível releitura, em especial no que diz respeito aos polos contratuais.

Buscou-se demonstrar que credor e devedor não são mais vistos de maneira apartada como outrora, mas sim concebidos como sujeitos detentores de deveres e direitos recíprocos e solidários entre si, em busca da concretização contratual.

Articulou-se esse novo viés com o instituto nascido no direito anglo-saxão denominado *duty to mitigate the loss*, defendendo a sua internalização no sistema jurídico brasileiro a partir de dois principais pilares: a boa-fé objetiva e o princípio da vedação ao abuso do direito, na esteira do que defendem alguns estudiosos do tema.

Conferiu-se especial destaque ao conceito da palavra “dever” empregado na tradução livre da nomenclatura do instituto, tecendo críticas construtivas ao seu uso e preferindo a sua substituição pela palavra “ônus”.

Por derradeiro, diferenciou-se a norma de mitigação de outros institutos, apontando a inexistência de incompatibilidade entre eles. Tratou-se, então, da distinção entre o nexo de causalidade, o princípio da reparação integral dos danos e a prescrição.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr-jun/2005.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever” de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/0>> Acesso em: 30 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wpcontent/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumoindicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Revista de Direito da PGE. Rio de Janeiro, nº 63, jul/2007–jul/2008.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 250p. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

LEAL, Lara Guio

LUSTOSA, Paulo Franco. *O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil. In: Problemas de responsabilidade civil*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado IV*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13. Rio de Janeiro, abr-jun/2012.

O FEDERALISTA: UMA ANÁLISE DAS BASES INSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Karina Melo Pessine¹

Marcus Vinícius Coutinho Gomes²

Introdução

Trata-se de estudo que possui o objetivo de compreender a contribuição do clássico *O Federalista*, de Hamilton, Madison e Jay, na consolidação das bases institucionais contidas na Constituição dos Estados Unidos, notadamente, na formulação de um novo modelo de Estado: o Estado Federalista.

A obra *O Federalista* é uma série de 85 artigos contendo argumentos favoráveis a ratificação da Constituição dos Estados Unidos como o resultado de reuniões que ocorreram na Filadélfia em 1787, para a elaboração da Constituição Norte-Americana.

A pesquisa foi dividida da seguinte forma: primeiramente, serão analisados os dilemas enfrentados pelos Federalistas no que tange à dimensão segurança, tanto externa como interna, da nação estadunidense, posteriormente serão tecidas considerações sobre o alcance da dimensão democracia na respectiva obra, em seguida abordaremos a dimensão da liberdade enfrentada pelos autores no contexto da época. Por último, são apresentadas as considerações finais.

¹Doutora em Sociologia Política da Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI e professora do Mestrado em Segurança Pública da Universidade Vila Velha – UVV. Email: karinapessine@gmail.com

² Doutor em Sociologia Política pela Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professor de Direito Ambiental e Minerário da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI. Email: marcus.gomes4@gmail.com

1 Os *Federalistas* e as bases institucionais dos Estados Unidos.

As análises de Hamilton, Madison e Jay (2003), partem de um pressuposto central: se os homens são capazes de se dar um bom governo. Ressalta-se que, até então, as experiências relativas ao Estado Moderno eram absolutistas. Desta forma, seriam os homens capazes de escolher seus próprios governantes ou ficariam eternamente a mercê do uso da força ou da obra do acaso? *O Federalista* retoma a necessidade da estabilidade na condução dos governos (questão também abordada por praticamente todos os autores clássicos da política), todavia as análises passam a se desenvolver a partir de três dimensões: a da segurança, da democracia e da liberdade.

No que tange à dimensão da segurança, há de se verificar que a mesma se apresenta de duas formas, o dilema da segurança dos EUA frente às nações estrangeiras e a problemática da segurança interna. No que tange à segurança externa, Hamilton, Madison e Jay (2003) identificam a necessidade/utilidade de um governo central, ou seja, da União.

Após independência dos EUA, as antigas treze colônias passaram a formar uma Confederação de Estados (autônomos e soberanos) unidos por um Tratado Internacional. A Federação, no entanto, previa uma junção de Estados (agora, somente autônomos) submetidos a uma Constituição, que passa a ser suprema e determinar o desenho institucional dos entes federativos e dos Poderes da Federação (Legislativo, Executivo e Judiciário), ou seja, submetidos a um Estado Democrático de Direito.

Pensando na defesa do território Norte-Americano das invasões estrangeiras, em outras palavras, a segurança externa, a prosperidade da nação depende da conformação do pacto federativo, na medida em que a União (junção dos vários Estados da Federação) teria melhores condições de proteger o território. A União passa a ser útil na defesa do território/fronteiras de invasões estrangeiras (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Todavia, para além da segurança externa, *Os Federalistas* se preocuparam também com a segurança interna, na medida em que os Estados-membros poderiam se insurgir. No plano da segurança interna, o primeiro argumento favorável à federação diz respeito ao fato da União eternizar-se, pois o pacto federativo proíbe o direito de secessão quando informa que a federação constitui-se em uma união indissolúvel de estados- membros.

Neste momento, os Federalistas passam a enfrentar barreiras, resistências do movimento antifederalista. Os argumentos antifederalistas permeavam no sentido de que, os Estados, ao abrirem mão de sua soberania em favor da União federal correriam riscos, na medida em que, haveria espaço para o surgimento de autoritarismos advindos do Poder Central.

Os Federalistas, por sua vez, responderam a este questionamento a partir de dois pressupostos básicos: a instituição de uma federação dentro do contexto do Estado Democrático de Direito e, a estipulação do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

PESSINE, Karina Melo
GOMES, Marcus Vinícius Coutinho

Com relação ao primeiro pressuposto, na Federação a repartição de competências tanto dos entes federativos, como dos Poderes, passa ser elencadas na Constituição, que é suprema, o que traz segurança e estabilidade quanto à atuação dos entes federativos e dos Poderes.

No que tange ao segundo pressuposto, a estipulação do sistema de freios e contrapesos, permite o controle de um Poder pelo outro, o que traduz uma maior estabilidade na condução do Estado. A tradicional tripartição de Poderes, adotada por Montesquieu (2000) e utilizada pelos *Federalistas*, dispõe que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, a própria Constituição atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizar essas funções com a exclusividade absoluta. Logo, cada um dos Poderes tem uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional, relativas às parcelas de funções dos outros Poderes. Todavia, há de se ressaltar que os *Federalistas* retomam Montesquieu (2000)³ no que se refere à tripartição de funções estatais e sistema de freios e contrapesos, todavia, inovam ao dispor a República Presidencialista como forma de governo ideal e, para além disso, inovam ao dispor que o poder supremo advém da Constituição.

Hamilton, Madisson e Jay (2003), tentam incorporar o melhor da Monarquia e o melhor da República. O Executivo, em *Os Federalistas* assume o papel de instância de decisão, coordenando funções administrativas. Contudo, este mesmo Executivo, passa a ter suas competências e atuação pré-estabelecidas (enumeradas) na norma constitucional e, a própria norma constitucional passa a ter mecanismos de controle de atuação do Executivo, assim como o Executivo passa a possuir instâncias de controle dos outros Poderes instituídos.

O sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição apresenta o potencial de gerar a tão desejada estabilidade interna e, os menos tempo, permitir o estabelecimento de um Estado construído a partir da vontade popular. Ademais, a própria estrutura do Poder Legislativo (tido como o Poder mais importante da tripartição das funções estatais), com a participação direta dos Estados-membros no Senado Federal, confere aos Estados o poder de participação direta na condução das decisões neste novo Estado.

Com relação à dimensão da democracia estabelecida em *Os Federalistas* podemos mencionar que, o primeiro elemento democrático consiste no fato do debate/votação da constituição (que tinha de ser aprovada em, pelo menos, nove Estados) e do novo pacto a ser realizado. O outro elemento democrático refere-se à formação de um Estado Democrático de Direito, que possui, na sua Constituição, a “lei” suprema.

Outro ponto de extrema importância enfrentado por Hamilton, Madisson e Jay (2003), diz respeito à dimensão da liberdade. Como conjugar a liberdade individual (típica do liberalismo) em um Estado liberal que não deve intervir diretamente nas

³ Para Montesquieu (2000) o Estado, por excelência, é o Monárquico. Somente o Monarca seria capaz de fornecer a estabilidade traduzida em um centro de decisões imediatas..

PESSINE, Karina Melo
GOMES, Marcus Vinícius Coutinho

relações estabelecidas entre os particulares? Seria possível o Estado sobreviver as insurreições dos “homens livres”, cheios de paixões?

Os homens são liderados por paixões. Desta forma, as facções sempre irão existir, por serem intrínsecas à natureza humana. “As causas latentes das facções estão, assim, semeadas na natureza do homem e por toda parte as vemos atuando em diferentes níveis de atividade, de acordo com as variadas circunstâncias da sociedade civil” (MADISON, 2003, p. 263).

Para Madison (2003, p. 263),

Tão forte é esta propensão da humanidade para criar animosidades mútuas que, quando não se apresenta uma razão propícia, as mais frívolas e imaginárias divergências têm sido suficientes para inflamar suas inamistosas paixões e provocar os mais violentos conflitos. Porém, a fonte mais comum e duradoura das facções tem sido a distribuição variada e desigual da propriedade.

Ressalto o conceito de facção estabelecido por Madison (2003, p. 263):

[...] Entendo como facção um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da coletividade.

Portanto, a natureza humana favorece o surgimento de facções. Madison (2003), a partir desta constatação identifica duas possibilidades para a problemática das facções: ou retira-se a liberdade do indivíduo (para conter suas paixões/interesses) ou corrige-se os efeitos do surgimento das facções. A primeira solução (retirar a liberdade do indivíduo), não convém, ou seja, não é possível eliminar as causas do surgimento das facções e, assim eliminar a liberdade, haja vista o debate permeado constituir na construção de República democrática. Logo, a segunda solução torna-se desejada: é preciso criar mecanismos de controle das facções.

O Direito (regra) surge como resposta ao controle das facções. O objetivo principal da legislação moderna deve ser o de identificar certas regras a esta multidão de interesses divergentes (MADISON, 2003). Em uma República do tamanho dos Estados Unidos, imersa em uma enorme variedade de interesses, partidos, entre outras animosidades, a junção de uma maioria da sociedade dificilmente poderia ocorrer caso não fossem os princípios da justiça e do bem comum (LIMONGI, 2002).

A outra resposta consiste em a democracia representativa. A representação faz com que um enorme número de pessoas participe da vida política do Estado, não diretamente, mas representados. A democracia representativa aparece como solução aos dilemas de participação popular. A representação é capaz de aglutinar uma infinidade de demandas. Entretanto, também é capaz de formar maiorias que tendem a se sobrepor às minorias, formando, assim, uma espécie de “tirania da maioria”. Neste ponto, um dos remédios identificado por Madison (2003), está na utilidade da União. A União, em sua grandiosidade irá amortizar/diluir os conflitos gerados. A outra solução

PESSINE, Karina Melo
GOMES, Marcus Vinícius Coutinho

consiste em identificar a democracia como regra que possui o conjunto das definições de poder de um determinado Estado.

Considerações Finais

A obra “*O Federalista*” trouxe importantes inovações na estrutura do Estado Moderno. As modificações institucionais contidas na Constituição Norte-Americana representaram uma verdadeira revolução que influenciou e influencia, até hoje, grande parte do mundo e, inclusive o nosso país.

A investigação aqui proposta nos forneceu instrumentos para a compreensão da formação e estrutura do modelo federalista. Assim, podemos pensar a estrutura institucional da República Federativa do Brasil. Conhecer o desenho institucional contido na Constituição Brasileira de 1988 é de extrema importância para compreender a atuação do Poder Legislativo (e dos atores dele contidos) na divisão das funções estatais e no estabelecimento do sistema de freios e contrapesos, com sua atuação independente e harmônica junto dos Poderes Executivo e Judiciário. O que nos permite agregar conhecimentos que servirão como subsídio para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. – Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*. São Paulo, Editora Ática, 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CIDADE PARA QUEM? ENSAIO DIALÓGICO COM JAN GEHL E HENRY LEFEBVRE PARA UM OLHAR TRANSDISCIPLINAR SOBRE A CIDADE NO CAPITALOCENO.

Marcus Vinícius Coutinho Gomes¹

O propósito deste ensaio (que em alguma medida funciona também como breve resenha das obras) é promover uma convergência relacional entre os pensamentos de Jan Gehl e Henry Lefebvre usando como referenciais teóricos destes autores suas obras *Cidades para Pessoas* (2018) e *Direito à Cidade* (1991) - em interface com aspectos das ciências do Urbanismo e Direito. Este texto é fruto de excerto de palestra proferida em 21 de agosto de 2020, na XI Semana Jurídica da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-ES.

Jan Gehl e Henri Lefebvre, dentre tantos outros teóricos, em algum momento de suas trajetórias de análise científica e/ou filosófica tentaram responder, a questão sobre para quem são as cidades a partir da pós-modernidade ou modernidade radicalizada (GIDDENS, 1991). Neste sentido, cabe localizar a plataforma a partir da qual fala o primeiro dos teóricos que será objeto deste sobrevoo reflexivo.

Jan Gehl é um arquiteto e urbanista dinamarquês que nasceu em Copenhague, sendo atualmente uma referência em projetos de cidades que centralizam nas pessoas seu propósito. Formou-se arquiteto na década de 1960 - período de profundas mudanças culturais e uma sedimentação do que Giddens (1991) chama de modernidade radicalizada. Neste sentido, a tentativa deste arquiteto passa a ser a de analisar e projetar inserções nas cidades de forma a superar os paradigmas de austeridade modernista que olhava a cidade em eixos artificiais (trabalho x transporte x lazer x moradia) (GEHL, 2018). Em 1966 Jan Gehl recebe uma bolsa de pesquisa da instituição onde se graduou (a Academia Real de Belas Artes de Copenhague) e aí passa efetivamente a tencionar questões de forma e função dos espaços públicos - se

¹ Doutor em Sociologia Política pela Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professor de Direito Ambiental e Minerário da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCl. Email: marcus.gomes4@gmail.com

tornando ainda neste período professor. Grande parte de sua vida foi dedicada à pesquisa e aos estudos acadêmicos, sendo que inaugura o escritório Gehl arquitetos apenas no ano 2000 (GEHLPEOPLE.COM, 2020). Em outras palavras, de 1966 até 2000 ele se empenhou em aprofundar-se em estudos eminentemente teóricos.

É assim que o objeto de interesse do Jan Gehl converte-se no habitante, no pedestre e aí está sediada sua crítica contundente ao foco que o modernismo dá ao pensar a cidade sem considerar o habitante nela. Jan Gehl só inicia seu olhar nesta direção ao ser instado por sua esposa Ingrid Mundt, psicóloga que o provoca a promoção de planejamentos urbanos que ajudassem a modular cidades para pessoas e onde a escala humana deveria ser uma prioridade. Ele recebe também influência do antropólogo Eduard T Hall, que escreveu *Silent Language* e *The Hidden Dimension* que têm foco no corpo humano e nas relações que os nossos sentidos têm com o ambiente (GEHLPEOPLE.COM, 2020). Partindo das reflexões de sua interlocução com sua esposa, da leitura antropológica e de reuniões semanais que passou a realizar com outros antropólogos e sociólogos, ele começa a tentar inverter a ordem de como são confeccionadas as cidades, bem como a escala que priorizaria automóveis em detrimento do ser humano.

Assim ele passa a examinar questões que devem ser consideradas para além do construído, olhando então para o habitado. Apesar da preocupação com o comportamento, é no construído que vai buscar resposta para o comportamento é o estudo de como o espaço afeta o homem (numa interessante interseção entre a Arquitetura x Direito x Psicologia).

Ele trás para a análise arquitetônica algumas questões biológicas e psicológicas, que vão desde o campo de visão, até a sensação de segurança e outros aspectos sensoriais e como isso determina ou não zonas de proteção e zonas de estar. Outro aspecto importante que capta a curiosidade de Gehl é sobre a distância para que ocorra o reconhecimento facial e nos identifiquemos como humanos - o que, em período de máscaras e pandemia, se torna um ponto interessante (GEHL, 2018).

Jan Gehl reconhece que existem diferenças entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos, pois o deleite de tomar um café em espaços comuns é diferente do que se vê em países em desenvolvimento, onde o tempo no espaço público é para resolver questões, é para transitar. Não por outra razão ele é o consultor que consegue efetivar o desafio urbanístico que foi fechar a Broadway em Nova York, na altura da Times Square. Qualquer pessoa poderia cogitar da dificuldade de gente pensaria se fechar uma avenida principal que está todo dia engarrafada. No entanto, para isso ele trabalhou, para testes, com mobiliário leve, barato e que, portanto, poderia ser removido ou realocado diariamente (GEHL, 2018).

Ele trabalha ainda com a noção de implicações recíprocas, tratando de como as cidades nos moldam e de como moldamos a cidade, também abordando questões sobre sentidos e o que faz uma cidade ser interessante. Critica questões sobre o modernismo e o tamanho dos prédios e vias (GEHL, 2018). A maior crítica do livro é a de que os planejadores priorizam os automóveis e não as pessoas – crítica, inclusive, expressa no título da própria obra. As pessoas, segundo Gehl, foram esquecidas em decorrência do boom da indústria automotiva, fazendo com que a cidade se tornasse inadequada para as dimensões humanas, pois o ser humano, sem carro, não consegue se locomover na cidade e, assim sendo, a cidade não é mais feita para a dimensão humana. Uma vez que são feitas mais vias para carros, mais carros vão vir e proposição contrária também seria verdade.

Ele menciona ainda a bicicleta que, mesmo em escala, é menor do que o carro. Assim retoma que, quando se projeta a cidade para o pedestre/ciclista, estes sujeitos vão vir, demandando que o design da cidade seja convidativo para que as pessoas fiquem no espaço, apontando a vantagem de que existam eventos em microescala, onde as pessoas fiquem e se apropriem do espaço (GEHL, 2018).

Na sequência disso ele estabelece a cidade como local de encontro e ele pede que se observe e avalie a vivacidade de um lugar pela perspectiva do número de pessoas que estão paradas fazendo alguma coisa e não pela métrica de pessoas que estão caminhando (GEHL, 2018). O espaço vivo é aquele que não é utilizado apenas para o deslocamento. Ele aborda que o espaço público é ainda mais importante quando se está sozinho, onde ele destaca que estar sozinho não é necessariamente não ter interações sociais.

Vê-se que o grande ponto abordado por Gehl (2018) é a questão da escala. Ele aprofunda esta questão ao deitar seu olhar sobre um problema do início do século XX, que é a questão de lotes grandes e cada vez menos pessoas morando nas cidades (espraiamento e suburbanização) (GEHL, 2018) - que é uma questão que o Lefebvre (1991) vai abordar justamente por outro prisma. Gehl diz que quanto menos densa a cidade, menos viva a cidade. Mas, Lefebvre diz que em cidades da periferia do capitalismo, o lugar é denso, porém não vivo por ser um espaço meramente de passagem. Essa questão da densidade é um problema grave em tempos de Covid-19 conforme também apontam os relatórios do Observatório das Metrôpoles (OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES, 2020).

Para além do desenho, a formação do espaço urbano envolve o conhecimento dos direitos e deveres, bem como direitos sociais de acesso à cidade. Isso significa compreender o espaço urbano ultrapassando questões urbanísticas, mas também analisando espectro de direitos sociais de acesso à cidade. Buscar maior justiça social através do espaço urbano é uma ação que envolve mais do que o mero desenho, incidindo na compreensão de direitos e deveres frente e para com o Estado. Bem como

o reconhecimento dos conflitos que existem na formulação das leis que visam garantir ou repelir esses direitos.

Além de pensar “Cidade para quem?” uma outra forma de pensar a questão é pelo prisma sobre o que é Direito à cidade e quem tem Direito à Cidade? Jan Gehl, como dito, aponta que a cidade é para pessoas. Mas quais pessoas? Neste ponto é que cabe inserir em diálogo com o que prescreve Henri Lefebvre (1991). Direito à Cidade é um conceito bastante utilizado e que se origina neste autor (que se inseriu em muitos debates ao longo dos quase 100 anos de sua vida). Filósofo francês passa a desenvolver seu interesse pela cidade enquanto objeto analítico durante a década de 1970. A partir daí é que começa a desenvolver esse debate de como pensar justiça social no espaço pela reivindicação de um direito social pelo recorte marxista. E em que medida ele faz isso? Lefebvre parte de um estudo da cidade a partir do trabalho. Ele vê a França se urbanizando e percebe que o direito à cidade é a nova forma de reivindicação por uma sociedade que vai se urbanizar (LEFEBVRE, 1991). A partir da reflexão sobre o fenômeno de urbanização global ele percebe que o capitalismo vai se organizar a partir da urbanização e, por isso, reivindica a cidade como lugar de crítica social total. O que se pretende dizer com isso é que quando este filósofo vai pensar justiça social a partir da lógica da luta de classes, que o marxismo debate, ele entende que é na cidade que isso vai acontecer.

Na década de 1970 o mundo ainda não era urbano. Lefebvre, sediado nesta década, percebe que a cidade que está se produzindo é uma cidade que afasta seu próprio habitante do seu espaço, ou seja é uma cidade em que as pessoas não se realizam nela mesma (o que acontece um pouco com nosso pensamento sobre o trabalho e o final de semana)(LEFEBVRE, 1991). Ele debate a questão de pessoas pretenderem sair da cidade para ter lazer (no que converge, em outra medida, para o que Jan Gehl trata na questão dos espaços para ficar). Ele entende que quando as pessoas não reconhecem na cidade o lugar de realização, passam então a aspirar o fugir da cidade. É o que ele chamava de ir para a natureza, num movimento de um turismo para respirar a natureza.

Ele propõe então que as cidades não devem ser assim, ou seja, que a cidade não seja apropriada pelo trabalho. Deve-se estar na cidade e se realizar no tempo em que nela se está (LEFEBVRE, 1991). Percebe-se assim relação profunda entre a cidade e o trabalho, pois se se foge da cidade para se ter lazer é porque se fica na cidade enquanto se trabalha e não se tem lazer. Essa é uma relação forte que tratada por este autor, pois indica que o próprio trabalho deve ser um momento de realização. Se as pessoas não se reconhecem no próprio trabalho elas não se reconhecem na própria cidade, razão pela qual “fogem” da cidade. Assim, segundo Lefebvre (1991), o direito à cidade é o direito à um trabalho onde seja possível se nos reconhecer neste espaço e se sentir realizado nele. O trabalho passa a não ter apenas o sentido de emprego, mas de uma atividade

humana plena. Então o direito à cidade é o direito a realização humana no espaço artificial urbano que está se desenvolvendo cada vez mais enfrentando as contradições que o capitalismo aponta. Isso, em alguma medida, lê-se do art. 2º, VIII do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01).

Pode-se usar outras palavras para sintetizar as ideias deste filósofo: é o Direito de habitar. E o habitar no sentido mais amplo e não só o de morar em oposição à herança da forma como a urbanização modernista se deu - que demonstrava um método organizacional que olhava para a cidade em aspectos separados, como se fosse uma linha de montagem. Daí que essa formatação fragmentada acaba por gerar a ideia de questionar se o urbanista não precisa entender Direito? E a resposta é sim, pois existe uma estrutura hierárquica da lei que é fundamental ser apreendida. Assim como cabe também a quem é jurista e lida com questão urbana entender das regras e diretrizes próprias da área, pois um jurista dificilmente vai dar conta de entender todos os dispositivos do Estatuto da Cidade de forma mais intensa, aprofundada e reflexiva, pois são instrumentos organizados de forma espacial. A cidade organizada de forma meramente técnica seguirá sendo fragmentada.

Lefebvre (1991) reivindica a parcelaridade das ciências de forma a tentar captar uma totalidade o que, mais uma vez, é uma ideia muito marxista, pois é do marxismo a tentativa de historicizar a produção de algo para entender como chegou e para onde vai, num objetivo de romper com uma visão pontual do mundo.

Assim, para Lefebvre, a grande crítica possível sobre a cidade é justamente sua captura pelo capital em detrimento das pessoas. Não se trata mais de uma cidade para pessoas (como propõe Jan Gehl), mas para o fazer capitalista. Não por outra razão as pessoas não se realizam mais nas cidades e esperam o “fugir para a natureza”. Mas, como isso opera numa realidade de pandemia onde não se pode nem usar propriamente da cidade e nem tampouco ir para a natureza?

Neste sentido cabe mencionar as constatações que começam a emergir das inferências obtidas pelo observatório das metrópoles em seus dossiês analíticos (OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES, 2020). Os relatórios deste instituto apontam que as consequências da pandemia não atingem os grupos sociais da mesma forma. Em outras palavras é possível dizer que a pandemia tem classe, tem gênero, tem cor. São os mais pobres e, dentre estes a população negra a mais atingida. São diversas razões para que a parcela da população que precisa vender sua força de trabalho seja a que mais sofre no cenário urbano de pandemia, cite-se algumas: a dificuldade de se isolar, a dificuldade de acesso à água e saneamento básico, as moradias pequenas e com muitos habitantes. Essas são condições que caracterizam os territórios empobrecidos na cidade e que também tem a marca de uma condição de habitabilidade – que é também uma condição relacionada ao seu vínculo ao mundo do trabalho, pois se trata de uma população que trabalha mais no setor de serviços, estando mais exposta ao contágio.

Assim, em convergência com Lefbvre (1991) e com Gehl (2018), novamente se percebe a cidade não como espaço de realização humana, mas como espaço capturado pelo capital e capturado ao ponto de que determinadas populações estejam mais vulneráveis ao contágio até para que outra parte populacional possa estar em isolamento.

Por todo o exposto nestas linhas de viés ensaísta e em curta resenha dos textos dos autores, constata-se a convergência entre as ideias de ambos, no sentido de que existem graves problemas no padrão de urbanização desigual e segregado, que se apropria das pessoas como mão de obra e não considera mais a dimensão humana da cidade. O espaço urbano não está mais à serviço das pessoas, mas, ao contrário, instala-se movimento reverso, onde a escala urbana, as distâncias, as formas se instalam em oposição ao humano.

REFERÊNCIAS:

GEHL, J. Cidades para Pessoas. São Paulo: Perspectiva, 2013

GEHLPEOPLE. Gehlpeople Our Story. Disponível em <https://gehlpeople.com>, 2020. Acesso em 05 de julho de 2020.

GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HARAWAY, D. Antropoceno, Capitaloceno, Plantationoceno, Chthuluceno: fazendo parentes. *ClimaCom*, ano 3, n. 5, “Vulnerabilidade”, 2016. Disponível em <climacom.mudancasclimaticas.net.br/?p=5258>. Acesso em 18 ago. 2020.

Lefebvre, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES. As Metrôpoles e a COVID-19: Dossiê Nacional. Disponível em <https://www.observatoriodasmetrololes.net.br/as-metrololes-e-a-covid-19-dossie-nacional/>, 2020. Acesso em 05 de julho de 2020.

OS PSICOPATAS: “PREDADORES HUMANOS”

Sue Hellen Fonseca Vianna¹

De vez em quando assistimos chocados a mortes violentas causadas por certos tipos de assassinos. Após abusarem física ou sexualmente de quantas vítimas eles puderem capturar, uns baleiam, outros esfaqueiam e esquartejam, e outros chegam até a comer as suas vítimas.

Segundo Casoy (2008, p. 25) “os assassinos seriais exibem muitas das características que a psiquiatria associa ao que se chama distúrbio da personalidade anti-social, ou sociopatia”.

Aqui em nosso trabalho usaremos somente o termo psicopata. O psicopata tem problemas legais e criminais, frequentemente manipulam os outros em proveito próprio, dificilmente mantêm um emprego ou um casamento por muito tempo. O psicopata possui um considerável charme pessoal, estabelece relacionamentos com facilidade, principalmente quando é do seu interesse, mas dificilmente é capaz de prolongá-los. Eles têm inteligência normal ou acima do normal, e, em geral, não tem nenhuma ansiedade, depressão, alucinações ou outros sintomas e sinais indicativos de neurose, pensamento irracional ou doença mental. Normalmente são tranquilos, têm presença social considerável e boa fluência verbal. Muitas vezes são líderes em sua família ou grupo social, e se distinguem em algo, podendo ser admirados por isso. A grande maioria das pessoas, em contato com o psicopata, é incapaz de imaginar o seu lado "negro", que alguns conseguem esconder com sucesso a maior parte da vida, através de uma vida dupla (CASOY, 2008).

Os psicopatas são membros "notáveis" da sociedade porque eles exercem um fascínio, pela impossibilidade das pessoas perceberem a frieza e a forma como eles repetidamente manipulam e prejudicam as pessoas. Alguns psicopatas alegam ter um "lado ruim" que os domina de forma incontrolável e os leva a cometer atos violentos (CASOY, 2008).

Mas não sabemos até que ponto eles estão falando a verdade. Em nosso sistema penal atual, a justiça precisa saber com certeza se um assassino serial cometeu crimes devido a um distúrbio mental pelo qual estaria isento de culpa, ou se ele teve livre

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-FDCI. Psicóloga. Professora de Psicologia Jurídica da FDCI. Email: suehellenviana@hotmail.com.

arbítrio e consciência do que estava fazendo e das consequências daqueles atos (CASOY, 2008).

O que há de anormal na personalidade psicopata? Eles são completamente insensíveis aos sentimentos alheios. Apresentam uma atitude aberta de desrespeito por normas e regras e obrigações sociais de forma persistente e irresponsável. Possui baixa tolerância a frustração e facilmente explode em atitudes agressivas e violentas (CASOY, 2008).

O psicopata é um egocêntrico patológico, expressa desprezo completo pelos outros seres humanos. Ele não aprende com a punição, pois tem déficit grande na capacidade de sentir emoções (CASOY, 2008).

A atitude dele, ao reconhecer que seu comportamento não é aceito pela sociedade, é escondê-lo, jamais suprimi-lo. O comportamento antissocial é geralmente de natureza impulsiva, e pode assumir diversas formas, desde a irresponsabilidade, a mentira deliberada e o comportamento objeccionável (como agressividade e mudanças súbitas de temperamento), até a violência gratuita e radical contra outros seres humanos, como a tortura, o estupro e a morte (CASOY, 2008).

1.1 QUAL É A CAUSA DA PSICOPATIA?

Com o uso de aparelhos que permitem visualizar o interior do cérebro, hoje já estamos mais próximos de desvendar o mistério da doença da maldade. Os cientistas encontraram evidências de déficit estrutural cerebral no distúrbio da personalidade antissocial. Verificou-se que no cérebro de antissociais existe uma falha na conexão entre o córtex-pré-frontal, a área responsável pelo planejamento e consciência, e o sistema límbico, onde ocorrem as emoções, como prazer, dor, medo. Mais recentemente verificou-se uma redução no volume da matéria cinzenta pré-central no cérebro dos psicopatas, comparado com indivíduos normais. Essa deficiência pode resultar em impulsividade e perda do julgamento moral (VIANA, 2004).

Até agora não foram identificadas alterações cerebrais significativas nos psicopatas, a não ser algumas mudanças do eletroencefalograma, que indicam um cérebro imaturo. Existem teorias de que a formação familiar na primeira infância é um determinante importante: forte rejeição, falta de amor, mas principalmente falta de disciplina e punição. Muitos filhos de pais com distúrbios antissociais acabam sendo psicopatas.

Segundo Casoy (2008), desde pequenos, os psicopatas manifestam tendências e comportamentos que são altamente indicativos de como serão quando adultos. A criança psicopata, por exemplo, é imune à punição, e não é afetada pela dor. Nada parece funcionar para modificar seu comportamento: repreensão, surras, castigos, etc. Os pais desistem, normalmente, o que agrava a situação. Além disso, a criança psicopata apresenta uma história de torturar ou matar pequenos animais, pequenos furtos,

agressão a coleguinhas de escola ou professores, de desafio aberto à autoridade dos pais e professores, mentiras sistemáticas e irresponsabilidade geral com seus deveres.

O mais assustador é que entre 1 a 4 % da população é psicopata em maior ou menor grau. Praticamente 100% dos assassinos seriais são psicopatas, e nos casos mais severos, a doença pode evoluir para canibalismo, práticas ritualísticas de morte e tortura, e outras formas bizarras e assustadoras. Não existe cura nem tratamento para a psicopatia. Todos os especialistas são unânimes em reconhecer que é praticamente impossível tratar um psicopata, pois ele não tem ansiedade, e é totalmente imune à punição. Os psicopatas violentos precisam ser trancafiados para o resto da vida no manicômio judiciário, para que a sociedade seja preservada de seus atos ou então executados por eles, como acontece em muitos países onde existe a pena de morte para crimes hediondos (CASOY, 2008).

1. 2 AS VÍTIMAS DE UM ASSASSINO SERIAL

Segundo Casoy (2004, p. 22), três elementos conectam os crimes em série: *Modus Operandi*, ritual e assinatura.

O *Modus operandi* assegura o sucesso do criminoso em sua empreitada, protege a sua identidade e garante sua fuga. Mas encontrar o mesmo *modus operandi* em diversos crimes não é suficiente para conectá-los. O modo de agir é dinâmico e vai se sofisticando conforme o aprendizado do criminoso e a experiência adquirida com os crimes anteriores.

O ritual é o comportamento que excede o necessário para a execução do crime. Baseia-se nas necessidades psicosssexuais e é crítico para a satisfação emocional do criminoso. Rituais são enraizados na fantasia e frequentemente envolvem parafilias, como cativo, escravidão, posicionamento do corpo e “*overkill*”, entre outras. Pode ser constante ou não.

A assinatura é uma combinação de comportamentos, identificada pelo *modus operandi* e pelo ritual. Não se trata apenas de comportamentos inusitados. Muitas vezes o assassino se expõe a um alto risco para satisfazer todos os seus desejos, permanecendo muito tempo no local do crime, por exemplo. Outras vezes, usa algum tipo de amarração específica ou um roteiro de ações executadas pela vítima, como no caso de estupradores em série.

Ferimentos específicos também são uma forma de assinar um crime.

As vítimas de um serial killer têm o mesmo perfil, a mesma faixa etária, são escolhidas ao acaso e mortas sem razão aparente. Para criminosos desse tipo, as vítimas são objeto da fantasia do assassino. Infelizmente, eles só param de matar presos ou mortos (CASOY, 2004).

CASOY (2004, p. 23) explicita que:

No Brasil, a polícia tem um grande preconceito em aceitar a possibilidade de um "serial killer" estar em ação. Isto já aconteceu inúmeras vezes no passado, e as consequências são nefastas. Em outros países, com uma análise apurada do motivo ou falta dele, do risco-vítima e risco-assassino, "*modus operandi*", assinatura do crime e a reconstrução da sequência de atos cometidos pelo criminoso, serial killers são caçados antes que cometam tantos crimes. Quanto antes se estabelece que um assassino desse tipo está em ação, mais rápido se pode acionar psiquiatras e psicólogos forenses, "*profilers*" e médicos legistas, que juntos podem fazer um perfil da pessoa procurada. Isto resulta na diminuição do número de suspeitos, no estabelecimento de estratégia de investigação eficiente, na busca de provas, no método de interrogatório do suspeito para adquirir a confissão, além de armar a promotoria com "insight" da motivação do assassino.

O agressor serial sempre tem um importante aspecto comportamental em seus crimes: ele sempre os assina. A assinatura é única, como uma digital, e está ligada à necessidade psicológica do criminoso. Diferente do *modus operandi*, a assinatura de um serial killer nunca muda. Ela pode aparecer através de uma ordem específica dos fatos, tipos de amarração da vítima, tipos de ferimentos, disposição peculiar do corpo, comportamento ritual entre outros. Dois erros aqui podem ser cometidos: livrá-lo da responsabilidade de algum crime que de fato ele cometeu, ou deixar solto outro assassino de crianças.

A Polícia Civil deveria saber tudo isso? Não, deveria poder contar com a ajuda de órgãos especializados em Ciências Forenses, existentes no Brasil, mas pouco incentivados e divulgados.

Quando lidamos com crimes em série, o trabalho integrado de profissionais forenses deveria ser obrigatório.

Parece "hollywodiano"? Não, nós também temos serial killers. Afinal, a mente humana não obedece a fronteiras geográficas.

1.3 PSICOPATIA: SUGERINDO UM NOVO OLHAR

A psicopatia pode ser estudada sob diferentes olhares e sentidos inseridos dentro de um determinado contexto; por exemplo para a psiquiatria, o psicopata se enquadra como patologia dentro de seu Manual Diagnóstico e estatístico de Transtornos mentais (DSM-IV-TR) indicando assim, um perfil transgressor proveniente de disfunção comportamental.

Há divergência entre variados autores sob qual forma a psicopatia deve ser entendida: Como um modelo particular de personalidade, como um modo de ser, como indivíduos que padecem de um transtorno de personalidade ou somente deveríamos

“fechar” essas pessoas como portadores de uma patologia incurável e nos conformarmos com a ideia de que o que é patológico é incomum?

A proposta desse trabalho é sugerir um novo olhar sob a psicopatia, sob o indivíduo que pratica os atos perversos, descritos por Freud, mas que não pode ser visto de uma forma única e enclausurada por uma definição isolada e objetiva.

Se existe uma coisa que não pertence ao campo da psicologia é a objetividade, objetividade no olhar, no pensamento, nos questionamentos e no modo de ver e perceber os indivíduos, suas possíveis patologias e consequentes tratamentos.

De fato, sabemos que o psicopata tem uma estrutura funcional diferente das pessoas ditas “normais”. Destacamos sua habilidade de persuasão muito elevada, sua falta de culpa e remorso, sua frieza e sua cognição que é perfeita e muitas vezes elevada, com desempenho intelectual ótimo, mas o seu desempenho afetivo é deficitário. (CASOY, 2008)

O denominado psicopata pela psiquiatria é o perverso de Freud. Um indivíduo o qual podemos ter diferentes conceituações, mas com sentidos únicos. O de tentar nomear esse mesmo indivíduo que não se encaixa nos padrões sociais aceitáveis.

Como os psicopatas possuem plena noção, plena consciência dos atos que pratica, ele é considerado para o Sistema Judiciário Brasileiro como imputável que segundo TRINDADE (2009, p. 124) a imputabilidade “é o conjunto de atributos inerentes à pessoa dotada de capacidade intelecto-volitiva. [...] Imputável é o sujeito sadio, capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.

É de suma importância ressaltar que existem graus intermediários entre a imputabilidade e a inimputabilidade penal, influenciando, também, na aptidão de entender e de autodeterminar-se da pessoa. Essas gradações não excluem a capacidade de culpabilidade, pois “não afetam a inteligência, a razão, nem alteram a vontade”, apenas diminuem, a reduzem.

Dessa forma Trindade (2009, p.130), nos diz que o indivíduo incluído nessa faixa fronteiriça é:

[...] imputável e responsável por lhe restar alguma consciência da ilicitude da conduta. Contudo, a sanção é reduzida por ter agido com culpabilidade diminuída em consequência de suas condições pessoais. O agente é imputável, mas demanda maior esforço para alcançar o grau de conhecimento sobre a reprovabilidade da conduta e de autodeterminação. A sucumbência ao estímulo criminal leva em conta que sua capacidade de resistência diante dos impulsos passionais é menor do que a de em um sujeito considerado normal, o que origina uma atenuação da reprovabilidade e, portanto, do grau de culpabilidade.

A personalidade psicopática, inserida nessa zona cinzenta, é considerada como transtorno de personalidade e não como doença mental, aplicando-lhe o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sendo assim, para o parágrafo único, do artigo 26, do Código Penal Brasileiro, a psicopatia não retira do sujeito a capacidade volitiva ou intelectual, apenas a diminui, mas nem por isso pode ser considerada doença mental.

Dito isso, a sugestão que gostaria de deixar como forma de um novo olhar para a questão da psicopatia é diferente do que a que comumente se encontra. Uma visão única e fechada, sem associar os diversos elementos que estão inseridos na constituição da estrutura psicopática.

É de se concordar que estudos mostram que o funcionamento do cérebro de um psicopata atua de forma diferenciada das pessoas ditas normais, porém temos que levar em conta outros fatores primordiais como a genética, como o meio social em que essa criança psicopática nasceu e esteve inserida, de que forma essa criança compreendeu ou de que forma ela fez uma leitura dos sentimentos, de seus objetos de amor primeiros para com ela. De forma alguma devemos taxar um psicopata como um transtorno de personalidade isolado, um cérebro de funcionamento diferenciado, sem levarmos em conta um fator importantíssimo, que é a história de vida desse sujeito.

Desta forma jamais poderemos “fechar” um indivíduo, em um rótulo que definirá quem este realmente é sem contar com todos os elementos que possa ter o atravessado ao longo de sua vida.

Desafio maior é pensar hoje o que o ordenamento jurídico pode fazer com esses indivíduos que tem um diagnóstico que não tem cura, que são presos e não podem ser soltos sem uma avaliação de uma equipe multidisciplinar que não poderá nunca dar uma garantia de que esse indivíduo não voltará a cometer crimes. O exemplo mais claro que temos hoje em nosso país é o de Francisco da Rocha Costa, vulgo, “Chico Picadinho” que permanece em cárcere há mais de 40 anos. Tendo em vista que a Legislação Brasileira prevê pena máxima de 40 anos – no caso supracitado 30 anos – e a convicção, segundo profissionais de saúde mental, de que se ele for posto em liberdade não há garantia alguma de que ele não voltará a delinquir. O que fazer no caso em tela?

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Penal**. 44. ed. São Paulo, 2006.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel**. 8. ed. São Paulo: Ediouro, 2008.

VIANNA, Sue Hellen Fonseca

CASOY, Ilana. **Serial killer made in Brasil**. São Paulo: ARX, 2004. TRINDADE, Jorge et al. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIANA, Sue Hellen Fonseca. Monografia redigida por Sue Hellen Fonseca Viana como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito, intitulada: “**Mentes Criminosas**”, no ano de 2004.