

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

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 5, nº 7, 1º semestre de 2013.

Conselho Editorial:

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

Editores Responsáveis:

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

Corpo de Pareceristas:

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

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

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

Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo.

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

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

SUMÁRIO

Editorial

Apresentação

POLÍTICA Y DERECHO - En Un Escenario de poder	2
(César Julián Muñoz Martínez)	
LA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DE LOS VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	10
(Rubén Alberto Duarte Cuadros)	
POR UMA TEORIA DA DECISÃO ENTRE A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA E A HERMENÊUTICA EPISTEMOLÓGICA.....	38
(João Vítor Martins)	
DESSUBLIMAÇÃO E FORMA ESTÉTICA, SEGUNDO DUFRENNE E MARCUSE: convergências e divergências.....	56
(José Carlos Henriques)	
A AURORA DA HISTÓRIA COMO VIDA HUMANA, DEMASIADO HUMANA: Um novo prolegômeno para uma teoria trágica da justiça.....	67
(Ramon Mapa da Silva)	
IMAGINAR A EXISTÊNCIA NA POESIA LITERÁRIA DE MIA COUTO.....	81
(Bernardo G. B. Nogueira)	
DIREITO COLETIVO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A PROPRIEDADE E A TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	90
(Matheus Adolfo Gomes Quirino, Leandro Henrique Simões Goulart)	
DA INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DO TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL.....	114
(Raphael Furtado Carminate)	
A MAGNITUDE DE ALGUNS TÍTULOS DE CRÉDITO “ARCAICOS” NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	134
(Ana Luiza Fortes de Lima, Andreia Teixeira Braga, Argemiro José Ferreira de Souza)	
A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASO DE ÓBITO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO.....	147
(Dimas de Abreu Mello, Dagma Edite de Paula)	

O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO MARXISTA E SEUS REFLEXOS NAS VERTENTES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	169
(Maria Antonieta Rigueira Leal Gurgel)	
O FENÔMENO DO DESEMPREGO SEGUNDO A ÓTICA DE MARX.....	188
(Wallacy Luiz Vargas da Cruz)	
A DEFINITIVIDADE DA DECISÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO.....	212
(Felipe Lobato Carvalho Mitre)	
TRABALHO PRISIONAL: A PROPOSTA DE REABILITAÇÃO PARA O RETORNO AO CONVÍVIO SOCIAL <i>VERSUS</i> A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO FORÇADO.....	235
(Ricardo Augusto de Araújo Teixeira, Juliana Pinheiro Diniz)	
EMBRIAGUÊS COMPLETA NÃO ACIDENTAL: RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AGENTE.....	252
(Rodrigo Ferreira)	
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO: REFLEXÕES E PROVOCAÇÕES.....	283
(Lidiane Malagone Pimenta)	
O TRABALHO DA CRIANÇA NA MÍDIA TELEVISIVA.....	288
(Marina Silva Torquetti Drosghic, Amanda Helena de Azeredo Bonaccorsi)	
CHAMADA DE ARTIGOS PARA A 8ª EDIÇÃO	307

EDITORIAL

Ramon Mapa da Silva¹

Solva et Coagula. Análise e Síntese. Os dois princípios fundamentais da alquimia ainda são norteadores importantes do fazer científico. A ciência ocidental se formou na órbita do desmontar (análise) e do reagrupar (síntese) e aprendemos a raciocinar também dessa forma. Qualquer conclusão sintética deve ser precedida por uma análise meticulosa. Mas algo inerente a esses princípios foi se perdendo ao longo dos séculos e suplantado pelo formalismo científicista. *Solve et Coagula* são também princípios éticos relacionados ao saber. Para a alquimia eles retiram o homem de seu estado de chumbo (identificado com a ignorância) e o levam ao estado de ouro (a sabedoria). Conhecimento e sabedoria eram pensados conjuntamente, diferentemente dos dias atuais.

Um periódico que trate de Direito, Política e Filosofia não pode pensar o conhecimento sem a sabedoria. Ele faz parte da construção de uma nova *práxis* social que se pretende mais justa e humana. E assim deve ser. O conhecimento pelo conhecimento até hoje nos conduziu para longe da vida autêntica, para longe de nós mesmos. Através dele logramos um domínio quase absoluto sobre a natureza. Domínio que logo se converteu em destruição irresponsável. Com ele conseguimos a criação de uma sociedade mais segura e planejada. Mas mais fria e desencantada. O conhecimento sem a sabedoria é *Solva* sem *Coagula*.

O presente número da Revista Diké faz mais do que manter sua periodicidade. Com essa edição avançamos mais um pouco no duro caminho de se produzir ciência crítica e comprometida em um paradigma ainda formalista e formulaico. Os artigos que você lerá trazem reflexões e problematizações que não cabem nos manuais de Direito e Política. Mais do que atender a uma demanda cada vez mais urgente de pensamento crítico, os autores aqui reunidos se propõem, com seus trabalhos, a redimensionar a própria forma de se encarar os problemas da cientificidade jurídica, problema que persegue o Direito pelo menos desde o fim da II Guerra Mundial e que já encontrou diversas tentativas de resposta, da Tópica de Viehweg à nova hermenêutica.

¹ Mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas, Professor do curso de Direito da Unipac – Itabirito, Professor da Faculdade Dinâmica – Ponte Nova.

Portanto, é com renovado orgulho que entregamos mais uma edição da Diké. Uma pequena contribuição coletiva para instigar o refletir sobre questões fundamentais do Direito, da Filosofia e da Política. A missão estará cumprida se em algum leitor a curiosidade e a inquietação perante o que já está instituído for despertada. Se ajudarmos alguém em sua transmutação. De chumbo a ouro.

APRESENTAÇÃO – DIKÉ VOLUME VII

José Carlos Henriques¹

Chegamos ao número VII da Revista Diké. O projeto da revista nasceu com o firme propósito de incentivar a pesquisa, no curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Os frutos vão sendo colhidos. A revista é indexada nos órgãos de controle, tem recebido colaboração internacional, bem como já se iniciam as publicações discentes, a partir de orientações de docentes.

O presente número, em continuidade, demonstra a versatilidade do periódico, símbolo de sua desenganada opção multidisciplinar. Os artigos abrangem as mais variadas temáticas, não somente do direito, mas passam pelos campos da filosofia e da política.

Esperamos que os leitores confirmem nossas expectativas no sentido da qualidade dos textos ora apresentados.

¹ Mestre em filosofia e Mestre em direito, especialista em direito civil e processual civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

POLÍTICA Y DERECHO

En un escenario de poder

César Julián Muñoz Martínez²

... el hombre mismo tiene una invencible tendencia a dejarse engañar y está embelesado de felicidad cuando el rapsoda le narra cuentos épicos como verdaderos o el actor en el teatro representa el papel del rey de modo más auténtico que lo que la realidad le muestra.
(Nietzsche: *Sobre la verdad y mentira en sentido extramoral*).

Resumen

En el presente escrito expondré la posibilidad de cómo decidir a través de lo dialógico sobre el bien común de una sociedad, constituye un escenario de poder en torno a la política y al derecho. Discusiones guiadas por intereses las cuales de ser mal conducidas traen consigo situaciones de violencia e incertidumbre entre los coasociados. Lo anterior, visto desde una reconstrucción integral, constituye el que, a mi parecer, es el intento más acabado de balancear la relación de interdependencia que se suscita entre la política y el derecho desde dos componentes fundamentales: al derecho como generador de jerarquías y a la política como herramienta para lograr las luchas y las reivindicaciones sociales.

Palabras clave: Política, Derecho, Poder.

Resumo

No presente escrito apresentarei a possibilidade de como decidir através do dialógico sobre o bem comum de uma sociedade, constituindo um cenário de poder ao redor da política e do direito. Discussões orientadas pelos interesses, os quais, de serem mal encaminhados, trazem situações de violência e incerteza entre os cidadãos. Isto tudo, desde uma reconstrução integral, constitui o que, desde o meu ponto de vista, é a tentativa mais elaborada de equilibrar a relação de interdependência que se gera entre a política e o direito desde seus componentes fundamentais: o direito como gerador de hierarquias, e a política como ferramenta para conseguir lutas e reivindicações sociais.

Palavras chave: política, direito, poder.

² Abogado y Candidato a Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia. Actualmente es investigador de la teoría platónica en torno a la política y al derecho en punto de un escenario de poder, igualmente investiga el pensamiento crítico de Nietzsche alrededor del comportamiento humano. Posee estudios complementarios en el área de la educación y experiencia como docente de filosofía.

Tradicionalmente desde las universidades se ha manejado un discurso del derecho desde los textos legales y literarios de casuística judicial, esta yuxtaposición al parecer sirve en la medida en que es esquematizado el problema de interpretación legal, empero, paralelamente a este uso pedagógico, tanto las teorías ius-filosóficas como las argumentativas, han venido reabriendo nuevos mecanismos formativos para el análisis de los componentes legales que hacen parte de un Estado-nación³. Sin embargo, la aplicación de posturas ius-filosóficas y argumentativas no son suficientes al albor de una formación estructural del derecho, es necesario pues abogar por que se dé, desde las aulas, un traslape del derecho y la política, pues ésta última entendida como un escenario de poder y analizada desde el punto de vista de discusiones guiadas por intereses, presupone la posibilidad de decidir a través de lo dialógico, sobre el bien común de una sociedad, de tal modo, que una mala conducción de estos elementos (Política y Derecho), que son propios no sólo de los intereses sino del discurso entre coasociados, se ve reflejado en una incertidumbre e inseguridad no sólo jurídica, sino social.

Así, el camino para un estudio del derecho parece haberse bifurcado, pues con frecuencia se tiene que recurrir, ya no a dinámicas meramente lógicas - normativas, sino a la percepción extralegal de la literatura política para solucionar problemas concretos en nuestra propia disciplina, pues estas estructuras permiten, además de ahondar en una relación teórica entre el derecho y el papel que cumple éste en la sociedad, constituir temporalidades que representan corrientes doctrinales bajo un rótulo general de análisis discursivo⁴, donde la emancipación y la lucha social son el punto de partida de la relación con la política.

Esta relación que en gran medida se dilata, y que para algunos puede llegar a ser considerada como un problema de “civilización”, ha sido decantada por las sociedades a través de su historia mediante un principio de ética, recogida en constituciones y leyes,

³ En cuanto se refiere al Estado-nación piénsese que, “...la soberanía territorial supone la existencia de un acuerdo mutuo para el reconocimiento de una democratización espacial de la autoridad política. En este sentido, exige un principio de equivalencia jurídica. Así, el surgimiento del Estado territorial soberano y del consiguiente sistema interestatal constituye un componente clave en el desplazamiento epistémico más amplio y, a su vez, representa un desplazamiento cognitivo”

SASSEN Saskia, Territorio, Autoridad Y Derechos: Buenos Aires, Ediciones Katz. 2010. pág. 121.

⁴ Me refiero aquí a lo dicho por Karl Larenz, en cuanto apunta que, “Ya nadie puede...afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”

Citado por, ALEXY Robert, Teoría De La Argumentación Jurídica: Madrid, Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007 pág. 23.

y que consiste básicamente, en una valoración positiva y tolerante de la diversidad de identidades, y en la posibilidad de que todas ellas accedan en condiciones de igualdad al reconocimiento jurídico, siempre que se incluyan dentro del ámbito de otros principios básicos del sistema político, desembocando constantemente en una dialéctica del disenterir: una acción recíproca ininterrumpida entre las grandes cuestiones de la convivencia y el desacuerdo de las partes⁵.

Lo anterior, lo vemos reflejado no sólo en las dinámicas actuales del derecho, sino incluso en las clásicas, que pese a lo doctas de sus interpretaciones y a la acogida de sus escuchas, terminaban por resaltar lo errado de sus consideraciones, que sin embargo, dado el grado de su complejidad discursiva mostraban cierto tinte de validez dominante en el espacio-tiempo en el cual se movían.

Lo que aquí se pretende, no es cubrir el esquema jurídico de un erudito exhibicionismo político, ni viceversa; más bien, es dar una mirada al paradigma discursivo del derecho en el que se refleje la necesidad de interacción con la política, dejando de lado las decisiones jurídicas tomadas desde las formas y se reconozca que estas decisiones emanan también desde un escenario de poder ofrecido por la política.

Se trata de superar la cimentación mono-lógica del derecho, por medio de una construcción discursiva que proporcione un criterio político emanado de una cimentación dialéctica, en el cual, se evidencie al derecho como un cimentador de jerarquías, y a la política como una herramienta para consolidar la lucha social.

En tratándose de las interacciones producidas entre los coasociados y analizadas desde el punto de vista de la relación política y derecho, se presupone la posibilidad de decidir a través de formas discursivas o dialógicas (como se quiera) sobre el bien común, de tal modo, que una conducción cualquiera –buena o mala- de estos elementos,

⁵ “Al identificar simplemente la autoridad, el poder y la política con una voluntad soberana incuestionable (tanto a nivel político, familiar, religioso...), la autoridad y el poder se ven negados en su condición esencial de ser eminentemente colectiva, plural y de multiplicidad de relaciones de fuerza. Esta supresión crea un espacio de ambigüedad que permite el silencio, la impunidad, la violencia y por consiguiente la muerte. Nos preguntamos por la posibilidad de recuperar lo humano frente a la violencia a través de asumir la fuerza política de la palabra, la capacidad de argumentar es a su vez, la apertura del “espacio público de aparición”, condición prepolítica mínima, escenario en el que se juega el destino de la comunidad humana.”

ZAPATA Guillermo, La Fuerza Política de la Palabra, en Filosofía y Ética: Deliberaciones sobre Política y Globalización: Bogotá D.C.. Ediciones Universidad Libre. 2011. Pág.125

que son propios no sólo de los intereses sino del discurso entre los individuos, se ven reflejados en el marco de un escenario político⁶.

De ahí, que se dejen de lado las formas y los procedimientos –que bien nos enseña el derecho- para reconocer mejor, no la existencia de hechos en sí, sino más bien, de interpretaciones mediadas por la política, o dicho de otro modo por el poder, preocupándonos no sólo por un sustento legal “positivo” cuyo fundamento principal es la aceptación de la “pureza” misma del derecho⁷, sino por un sustento dialógico, aplicable tanto a la teorización como a la práctica de la política y el derecho en el marco de un escenario de poder⁸.

Mírese el grado de complejidad discursiva e torno a los individuos que hacen parte de una sociedad, pues seguramente aquella complejidad a la que me refiero no es tan compleja para estudiosos de la política y el derecho, pero sí para individuos ajenos a esos discursos doctos que se mueven en un escenario de poder, pues unos velaran por atribuir el discurso a un marco meramente legal ajeno a todo pensamiento político, mientras que la política intentara mostrar lo contrario.

Al respecto podría decirse que el concepto de la política sobrepasa la idea de simple actividad. Platón ya lo estructuraba en el Gorgias, se pone en boca de Sócrates la afirmación de que la política es para el alma lo que gimnasia y la medicina para el

⁶En tratándose de posturas ius-filosóficas y argumentativas creo que éstas han sido dadas al hombre sin que el hombre necesariamente sepa de ellas –como seguramente no hará conscientes muchas otras cosas que en el cotidiano manejan, incluso mejor que algunos doctos, ese conocimiento a priori del que no podemos escapar-, les permiten al sujeto desde lo dialógico iniciar un discurso “simple” sobre cualquier discusión que atañe al hombre con él y con los demás, que si bien no se sabe consciente -por así decirlo-, toman cierto tinte jurídico, filosófico, argumentativo y de contera político.

⁷“La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo; [...] En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto al derecho, lo hace porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños.”

KELSEN Hans. Teoría Pura Del Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. pág. 15

⁸“Además de las tareas estratégicas, la política incluye también las tareas tácticas, cuya realización se ve aplicada por la influencia de numerosas circunstancias, por su dependencia no sólo de los factores lógicos sino también de los factores casuales del desarrollo político: acontecimientos políticos inesperados, giros y acciones imprevistos de los que participan en las relaciones políticas.

Sin embargo, esta característica de la vida política no debe crear la impresión de que todo su desarrollo depende sólo de la opinión o arbitrariedad de los políticos, los grupos y las organizaciones. Igual que cualquier otro orden de la vida social, en el orden político el desarrollo se realiza fundamentalmente en correspondencia con las leyes objetivas, que reflejan el sistema de relaciones políticas establecido, su surgimiento, funcionamiento y la tendencia de desarrollo”

KERIMOV Dzhoangir. La Política y el Derecho. Ver en línea <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1014/15.pdf> pág. 1.

cuerpo; a esta corresponden la legislación y la administración de justicia; ideas en las que deben ser aconsejados los reyes y los políticos⁹.

El derecho como estructura y parte de la estructura, constituye un campo extenso que supera la dimensión lógica aleccionada, la cual, en lugar de fortalecer el discurso jurídico lo desnaturaliza y entorpece. Situación que requiere de un redireccionamiento del discurso del derecho desde la perspectiva de conocimientos fundamentales políticos, el cual determinará lo dialógico en la abstracción de un modelo legal dentro de un escenario de poder, porque, la relación de la política y el derecho, hay que decirlo, es negativa: por el lugar antropológico tan fuerte que ocupa el derecho en nuestra sociedad¹⁰.

En el marco del derecho, la sociedad tiene un sin número de técnicas por medio de las cuales se trata de legitimar la toma de decisiones “políticas”, sin que la política sea el elemento más ostensible de esas disposiciones, por cuanto hace parte de la técnica del derecho la neutralización en la toma de medidas, sentencias, laudos, etc., donde, por ejemplo, en los registros dialógicos más liberales se ve como ellos apelan al derecho para argüir que: “no están hablando de política sino que están dando un argumento constitucional”, premisa que llevaría a pensar, que hay un derecho para frenar la participación mediática de los poderes del Estado.

Corolario a ello, la expresión del derecho como forma de negar la política es pasmosa, y se da tanto en movimientos de izquierda como de derecha¹¹, en decisiones que en su contenido muestras palabras como “claramente”, “evidentemente”, “ceñida a

⁹ Ver: BENEYTO Pérez Juan. Historia de las Doctrinas Políticas. Madrid. Ediciones Aguilar S.A. 1964 Pág. 14 y ss.

¹⁰ Mírese la orden de captura por los delitos de “traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones” expedida por la Corte Suprema de Justicia de Honduras en contra de José Manuel Zelaya Rosales, quien fuere presidente de ese país en el 2006. Donde no hay una ilegalidad en el desplazamiento del cargo de presidente del entonces presidente Zelaya, porque simplemente ese ejercicio “de derrocar” se cumple en función de una orden judicial legítima.

O también la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en la cual declaró “inaplicable” –mediante una acción de amparo-, un artículo constitucional que prohíbe la reelección presidencial continua, en un fallo que favoreció los planes reeleccionistas del presidente Daniel Ortega en los comicios de 2011.

¹¹ “En los discursos de aplicación de normas, cuya validez se da por supuesta, se sigue refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados; pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Y en su lugar pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión de que sí y el mundo tienen los autores de la acción de que se trate y los afectados por ella. De estas distintas interpretaciones de la situación tienen que seguir una descripción del estado de cosas, ya normativamente impregnada, que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes. De nuevo se trata de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación no mediatizador.”
HABERMAS Jürgen, Facticidad y Validez: Madrid, Editorial Trota 2000 pág. 300.

la constitución”: ideas que permiten de una lectura rápida deducir que en su contenido no se asoman decisiones políticas, pues son los mismos estudiosos del derecho quienes en una interpretación fastuosa de esas decisiones, apelan a su buen discurso prolijo de lógica, apodíctica, semiótica, etc., negando que en esas, y muchas otros escritos jurídicos, la política y el derecho están mucho más ligadas por cuanto son agentes de poder.

De ahí pues, que se pueda afirmar que a la voz de esas interpretaciones puristas del derecho, parece inminente la separación de éste con la política, y cómo no pensarlo, cuando ponen de manifiesto sin más ni más, ideas tales como: “la corte decidió este tema sobre premisas (o argumentos) estrictamente formales (de procedimiento)”. Sin embargo, si no hay una conexión explícita entre sentencias que deciden la vida de un país cuando se discute en el lenguaje de los procedimientos, sí hay, por vía de esos procedimientos ligado al tema sustantivo del laudo, decisiones políticas fundamentales de un país, donde por capricho de aquellos puristas muestran la entelequia que esos fallos son estrictamente en derecho, donde no se decide nada político.

Ese modo de producción de toma de decisiones fundamentales para un país que sí son políticas, parecen entonces estar cimentadas bajo la premisa de que las normas toman decisiones por sí mismas, son las que deciden que hay que operar y que no, desplazando a la voluntad política que hay detrás: formalización de las decisiones políticas.

Lo anterior, resalta la relación del discurso y la política, en un sentido ideológico jurídico, reproducido éste último en términos de fundamentación axiomática de las representaciones sociales. Tales ideologías generales forman la base de actitudes de grupo más específicas que a su vez pueden influir en las opiniones individuales, definiendo las organizaciones, movimientos y sistemas políticos desde lo dialógico¹².

Los anteriores comentarios bien pueden generar un poco de irritación a los abogados que sustentan su conocimiento en que, por más que la política está cerca al

¹² “La posibilidad de considerar el lenguaje ordinario como medio epistémico común en el cual se produce la interferencia recíproca de a-prioris disciplinares que hace posible a comunicación entre los códigos particulares de cada subsistema y el mundo de la vida, (transformación) [...]”

El recorrido del significado de un acto de comunicación que en sí mismo contiene representaciones de naturaleza moral, ética y jurídica, pone en evidencia la indistinción o por lo menos la hibridación que tiene lugar en esas formas y usos que son reconocidos espontáneamente como reglas en las prácticas regulativas implícitas en las comunidades”

GUAUQUE TORRES César. Las teorías del pluralismo jurídico y sus aporías: alternativas de respuesta desde una concepción discursiva del derecho. En Argumentación, Lógica Y Hermenéutica Jurídica Contemporánea: Bogotá D.C, Ediciones Universidad Libre. 2011. pág. 68.

derecho, la única forma de hacer derecho es a través de unos argumentos por vía de formas y procedimientos, que no tienen nada que ver con los efectos sustantivos de la política, pero sí, con los resultados que se justifican ante la sociedad. Habría entonces que preguntarnos si es aceptable o no, que el derecho decida a través de formas; y seguramente de ser así terminaríamos por separar a la política del derecho.

Sin embargo, otros pensadores juntan al derecho y la política, como por ejemplo lo hace OTFRIED HÖFFE en Justicia Política o JÜRGEN HABERMAS en Facticidad y Validez, vistos por estudiantes de derecho como teoría jurídica y desconocidos por ellos cuando ya llegan a ser abogados. Detrás de todo esto deviene el reconocer la relación política y derecho desde dos componentes fundamentales: al derecho como generador de jerarquías y a la política como herramienta para lograr las luchas sociales y las reivindicaciones. Mensajes que aunque suenen triviales, sí vale la pena decir que la mayoría de los que hoy son abogados no se lo están tomando en serio, y que no se están acordando que en el derecho hay un espacio para la confrontación social, eso sí, sin despojarlo de su acción política.

El llamado es claro, dejar la excesiva confianza en mecanismos jurídicos formales e instituciones jurídicas para solucionar los conflictos en búsqueda de una igualdad social, bajo argumentos donde se invalida la acción política por medio de la aplicación de normas, donde las esperanzas políticas son vertidas en moldes jurídicos, generando una desactivación de las luchas sociales más efectivas en la afirmación de reivindicaciones de derechos, las cuales resultarían más adecuadas para lograr espacios de emancipación.

Así, abriremos una brecha para rencontrar en la política y el derecho, una recomposición de ideas jurídicas donde la política crea un escenario de poder, encaminado a repensar la lucha social y la toma de decisiones jurídicas guiadas por intereses, que presupone la posibilidad de decidir sobre el bien común de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY Robert, Teoría De La Argumentación Jurídica: Madrid, Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007
2. BENEYTO Pérez Juan. Historia de las Doctrinas Políticas. Madrid. Ediciones Aguilar S.A. 1964.
3. GUAUQUE TORRES César. Las teorías del pluralismo jurídico y sus aporías: alternativas de respuesta desde una concepción discursiva del derecho. En Argumentación, Lógica Y Hermenéutica Jurídica Contemporánea: Bogotá D.C, Ediciones Universidad Libre. 2011
4. HABERMAS Jürgen, Facticidad y Validez: Madrid, Editorial Trota 2000.
5. KELSEN Hans. Teoría Pura Del Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982
6. KERIMOV Dzhoangir. La Política y el Derecho. Ver en línea <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1014/15.pdf>
7. SASSEN Saskia, Territorio, Autoridad Y Derechos: Buenos Aires, Ediciones Katz. 2010.
8. ZAPATA Guillermo, La Fuerza Política de la Palabra, en Filosofía y Ética: Deliberaciones sobre Política y Globalización: Bogotá D.C.. Ediciones Universidad Libre. 2011

LA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DE LOS VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Rubén Alberto Duarte Cuadros¹

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente artículo es un avance de investigación que hace parte integral de un proyecto intitulado “*Aportes para la Construcción de una Teoría Pragmática del Derecho*”, que se encuentra incorporado en la línea de investigación sobre “*Teorías Contemporáneas del Derecho*”, y adscrito al Grupo de Investigación de Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, Registro No. Col-004778 de Colciencias – Categoría C-2010.

El referente del problema se encuentra inscrito en lo que podemos entender a rasgos generales como la “*Mutación de las Teorías del Derecho Contemporáneo*”, en el entendido, que una teoría jurídica hoy no es sostenible desde el positivismo jurídico clásico, y menos desde una postura formal del derecho, si ésta teoría no es capaz de incorporar contenidos fácticos o concretos, propios de una tradición que nos ha sido ajena como es el caso del realismo jurídico y menos, si persiste en la eliminación de los contenidos valorativos provenientes del iusnaturalismo, en la perspectiva del concebido en la tradición del iusnaturalismo antropológico y racional. Por lo tanto, la propuesta se centra en la búsqueda de un nuevo camino, que sea capaz de resolver las insuficiencias teóricas propias del iusnaturalismo, del iuspositivismo y del iusrealismo jurídico, y en tal sentido la investigación propone como hipótesis la construcción de una teoría pragmática del derecho, fundamentada en una teoría de la acción y del lenguaje.

¹Conferencia para exponer el día 12 de noviembre, en el I Congreso Internacional de Filosofía, Ética y el Derecho (Brasil).

2. METODOLOGÍA DEL PROYECTO

El proyecto de investigación se encuentra fundamentado metodológicamente en una primera fase: en un proceso de deconstrucción teórica de los presupuestos fundamentales que suponen la construcción de una teoría jurídica, como es el caso del iuspositivismo, por ejemplo; en una segunda fase: se parte de un proceso reconstructivo teórico, que implica el uso del método analítico-comprensivo, que presupone la configuración teórica en un nivel de abstracción de los fundamentos y categorías de lo que implicará una teoría pragmática del derecho, que de suyo es de por sí un método filosófico de pensamiento, e incorporándole al pragmatismo elementos lingüísticos propios de la pragmática del lenguaje y de la acción, que por vía de interpretación o hermenéutica de la realidad construye sentido significativo sobre el mundo de la vida a partir de la praxis lingüística.

3. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el producto de un avance de investigación, cuyo propósito básico es discutir en torno a la significación que tiene hoy “*Hablar de la Constitución*”, “*Hablar de Valores*”, “*Hablar de Principios*”, “*Hablar de Derechos Fundamentales*” y por supuesto “*Hablar de la Justicia Constitucional*”. Palabras que de por sí, poseen una gramática valorativa significativa, en el entendido, que toda teoría, sea ésta de origen filosófica, política e incluso jurídica, debe iniciar por su cuenta, aclarar el contexto de fundamentación desde la cual pretende acotar las instancias de clarificación de aquello que asumirá el contenido de un “*Valor*”, “*Principio*” o “*Derecho Fundamental*”. En tal sentido, este artículo buscará aclarar tales conceptos, desde la perspectiva o visión del pragmatismo iusfilosófico, mostrando los avances epistemológicos que con recursos lingüísticos se han tomado desde el pensamiento kantiano, pasando por Habermas² y Putnam³ para el estudio de la comprensión de lo que

² Profesor emérito en la Universidad de Francfort y profesor visitante en Northwestern University. Como afirma Putnam en el texto citado aquí *Normas y Valores*, es “uno de los gigantes del pensamiento europeo de nuestro tiempo” y un autor cuyos trabajos “sobrepasan los límites de cualquier disciplina académica establecida”. Conocido ya por todos, por los ingentes trabajos desde Teoría de la Acción Comunicativa o Teoría Pragmática de la Comunicación, la Teoría Moral, Política y Jurídica, con su fuerte componente epistemológico que deviene desde el modelo del pragmatismo kantiano, que desarrolla en su obra *Verdad y Justificación* editada por Trotta, 2007.

sea un “*Valor*”, “*Principio*” o “*Derecho Fundamental*”, como realidad mediada en relaciones pragmáticas, y constituida esta realidad de las proposiciones de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer sólo son posibles de ser esclarecidos en el mundo, con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos morales de acción y de lenguaje.

4. RESULTADOS

4.1. HIPÓTESIS

Quiero asumir como hipótesis de trabajo que, los “*Valores*”, los “*Principios*” y “*los Derechos Fundamentales*” son proposiciones lingüísticas constitutivas de acciones pragmáticas, que se producen en procesos intersubjetivos o culturales y en tal sentido, nos corresponde reflexionar en torno a problemas: cómo la realidad en las que habitarían las proposiciones normativas y valorativas, que nos empujan a realizar acciones encaminadas a la construcción de un mundo justo, por ejemplo, y en el que la dignidad humana adquiriera un contenido valorativo significativo, con relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar a modo de un derecho fundamental.

4.2. DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES

La hipótesis propuesta, presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que nos permita señalar la realidad en las que habitarían las proposiciones jurídicas, para tal fin adoptaremos el modelo habermasiano, que mediante el “*uso pragmático universal del lenguaje*”, propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones normativas y valorativas del derecho, Al respecto podemos señalar:

³ Profesor emérito en la Universidad de Harvard, es indiscutiblemente uno de los filósofos contemporáneos más importantes. La riqueza y la profundidad de su obra no sólo destacan por la amplitud de sus discusiones sobre temas en diversas áreas filosóficas (como la filosofía del lenguaje, la filosofía de la ciencia, la epistemología y la filosofía de la mente), sino también por las notables transformaciones de sus posiciones realistas a lo largo de más de cinco décadas. Desde la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX, ha venido elaborando una filosofía moral acorde con sus planteamientos realistas, al tiempo que ofrece una brillante rehabilitación de temas centrales del pragmatismo norteamericano tan lejano a nuestras preocupaciones cotidianas de reflexión filosófica, de allí el interés en esta conferencia de comentarlo en consonancia con la teoría pragmática universal del lenguaje de Habermas.

“La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad “*desnuda*”, sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen “*por sí mismos*”, es decir, ningún “*principio*” indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados”⁴.

Así, en los procesos de mutación en la comprensión del derecho al asumir un conjunto de *Valores y Principios* que se le han incorporado al sistema positivo de derecho, nos exige un proceso de fundamentación en la que se buscaría “*refundir y refundar*” múltiples visiones de mundo en las que habitarían los enunciados jurídicos y en los que su verdad o corrección validada, parece que sólo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados ya aceptados teóricamente, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental, la tradición latinoamericana o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún, se encuentra *refundida* y merece ser *refundada*, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión de lo que sea el derecho o una tradición jurídica determinada, en nuestro caso por ejemplo la colombiana.

En este sentido, es importante señalar que, las distintas visiones en las que habitarían los enunciados jurídicos, que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos, correctos o válidos, exigen ampliar nuestro horizonte comprensivo sobre lo que pueda ser el derecho, y para tal cometido, se hace necesario en el caso concreto hacer un uso extensivo a la realidad jurídica de la mediación lingüística, que es el lugar donde habitan las proposiciones del derecho como tal, máxime cuando estas proposiciones se presentan como enunciados fundados en *Principios y Valores*. Aquí, se hace necesario incorporar el siguiente argumento para ir acotando las instancias de fundamentación, en tanto, nos permita ir esclareciendo lo que pueda ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones a saber:

“los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, y *que las*

⁴ HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

*proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino*⁵

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión del derecho, vista desde una comprensión de *Principios y Valores*, se ha privilegiado por tal motivo, el modelo epistémico de la “*pragmática formal o universal de Habermas*”⁶, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos y valorativos, que no se agotan en la ley, sino que se amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde tiempo atrás por el *pragmatismo*, Habermas la amplía de manera epistémica, mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: “ningún “*principio*” indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones”⁷. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del *pragmatismo* señalada desde Hilary Putnam, en tanto, la realidad se encontraría mediada en una multiplicidad de formas diferentes con el lenguaje y donde la validez o veracidad de una proposición lingüística estaría a la vez, vinculada a la realidad en una multiplicidad de formas diferentes y usos del lenguaje.

⁵ PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.

⁶ “La *pragmática formal* toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo “trascendental” por temor a que los resultados de las ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega a afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de *método, del tipo de enunciados* y de modo de *comprobación* entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurriría si fueran idénticos”. Ver: APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998, pp. 11-12.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

Nos encontramos ya, ante la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam, una salida en la que podamos resolver las contradicciones producidas entre la comprensión del derecho como ley y la comprensión del derecho asumiendo la existencia de *Principios y Valores*, en el sentido de ir perfilando una comprensión “*pragmática del derecho*”, definida en términos lingüísticos, que presuma una realidad fundada en las prácticas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción, que en el mundo y en procesos intersubjetivos o culturales, hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

Al llegar a este punto, podemos decir significativamente, que un *Valor o un Principio*, hace referencia a un modo de ser o una concepción que poseemos de la vida buena, justa o digna, por ejemplo. En la que los sujetos morales poseedores de acción y lenguaje hacen valer de modo racional sus cosmovisiones de mundo en procesos intersubjetivos o pragmáticos, haciendo uso del lenguaje de modo racional, con la expectativa de construir perspectivas de vida compartida o universalmente válida.

En este sentido, un *Valor* por sí mismo no existe como tal, ni posee una estructura de carácter ontológico, ni arrastra una esencia de contenido metafísico como antaño se nos lo hizo pensar, en el sentido que los valores nos eran dados por una divinidad allende al mundo o que una valor posee una esencia inmutable espacio temporal que se prolonga en la eternidad, etc. Al parecer es todo lo contrario, los valores en sí, son creaciones culturales que buscan señalar visiones de mundo o “*los muchos puntos de vista de doctrinas comprensivas de origen ético, moral, filosófico, religioso o político*”⁸, que aunque diferentes pueden ser compartidas de modo lingüístico pragmático por los sujetos en procesos intersubjetivos y racionales, y este es el aporte de discusión que por ejemplo John Rawls desde su texto “*Liberalismo Político*”, ha aceptado como cosmovisiones omnicomprendivas de mundo, que aunque diferentes pueden ser compartidas de modo razonable por los sujetos mediados ya lingüísticamente, y al respecto puede decirse por ejemplo que:

“Los principios de la justicia política son consecuencia de un procedimiento de construcción en que las personas racionales (o sus representantes), sujetas a condiciones razonables, adoptan los principios que regulan la estructura básica de la sociedad. Los principios que se derivan de un apropiado procedimiento de construcción, uno que exprese apropiadamente los principios y concepciones necesarias de la razón práctica, deben ser razonables. Los juicios que se apoyen en esos principios también serán

⁸ RAWLS. John. *Liberalismo Político*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, S.A. 1996. P. 29.

razonables. Cuando los ciudadanos comparten una concepción política razonable de la justicia, disponen de una base sobre la cual las discusiones públicas pueden llevarse a cabo, para decidir razonablemente acerca de las cuestiones políticas fundamentales; por supuesto no en todos los casos, pero, esperamos, en la mayoría de los elementos constitucionales esenciales y en asuntos de justicia básica”⁹.

Así podemos decir, que el estudio de los *Valores y los Principios* se ha constituido siempre en el quehacer de la “razón práctica universal”, tal y como lo ha entendido Kant, y desde la antigua Grecia hasta nuestros días, por cuanto al parecer lo más significativo de los *Valores y los Principios*, es que estos obedecen a nuestra pluralidad de cosmovisiones sobre el mundo, y en tanto esto sea de este modo, nos compromete a todos en el esclarecimiento “de hacer justicia a la idea de que la ética no descansa en un único fin o preocupación humana, ni se identifica con un único conjunto de reglas o sistema de principios, sino con una pluralidad de intereses humanos”¹⁰. Así, cuando pensamos en una “idea o valor” que hemos configurado en *Principio* como la justicia o la dignidad humana, estos principios nos compromete en nuestros ideales de vida y en una pluralidad de intereses culturales, políticos, económicos o sociales que se constituyen en esferas de acción, con un fuerte componente pragmático intersubjetivo que exige ser esclarecido, en tanto incorpora exigencias de índole lingüístico racional, que comporta a la vez, la necesidad de evaluar estas ideas y sobre ponerlas al interés propio y tender a su colectivización o extensión intersubjetiva (cultural).

Aquí, aparece la idea de universalización de nuestras pretensiones de vida buena, justa, equitativa o de vida digna, que implican el transformar estas pretensiones de existencia o intereses humanos en *Valores o Principios*, que a la vez, aspiran o tienen vocación de ser compartidos interculturalmente en relaciones pragmáticas de mundo. En este aspecto podemos tender un puente entre la tradición kantiana, en la que podemos hallar la mejor formulación de la moral universalista e igualitaria y de Aristóteles recuperando la mejor definición de florecimiento humano como perfeccionamiento moral, pero incorporando estas dos tradiciones dentro de un marco de referencia pragmática, tal y como la entendió por ejemplo John Dewey, quien propuso una reconceptualización de la ética como una forma de investigación, a la que le concierne

⁹ Ibidém. P. 15.

¹⁰ PUTNAM, Hilary. Y HABERMAS, Jürgen. Normas y Valores. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008. P. 43.

ante todo la solución de problemas prácticos. Al llegar a este punto, puede decirse en consonancia con Hilary Putnam, que la idea que esta en juego es la del Pluralismo como visión valorativa del mundo, y en tal sentido:

“La propuesta de una ética pluralista sin fundamentos, pero con equilibrios, intenta mediar en el debate contemporáneo entre kantianos y aristotélicos mediante una lectura de Dewey que pretende corregir las unilateralidades de una aplicación de un único principio moral y de una apelación a un catálogo de valores y vínculos comunitarios que resultan constitutivos para la identidad del sujeto moral. Si bien el principio kantiano de universalización es a menudo necesario, no puede ser el único proceder moral ni tiene por qué ser el mejor en todos los contextos. De igual modo, la motivación moral no puede descansar en la “*dignidad de obedecer la ley moral*” y, por tanto, funcionar de manera separada y trascendente a nuestros intereses y valores interrelacionados, sino que descansa en esos intereses y aspiraciones distintivos y plurales, pero moralmente transformados. La idea aristotélica del perfeccionamiento moral es igualmente corregida mediante un enfoque holista de la transformación conjunta de nuestros intereses y aspiraciones, en la que el papel de la prudencia viene a ser sólo una parte dentro de un planteamiento general de la aplicación (experimental y autocorrectiva) de la inteligencia a los problemas morales, entendiendo esa misma aplicación de comprensión de los problemas morales como una obligación moral”.¹¹

Y racional, que se constituye a la vez, en el ethos del pensar y el hacer prácticos, constitutivos del sujeto moral que guía sus acciones a través de la concepción de vida que posea (con el uso del conjunto de valores y principio con los cuales guía su existencia concreta e intersubjetiva).

En el punto previsto de decir, que los valores expresan cosmovisiones de mundo, o intereses humanos o culturales, nos encontramos en la tensión escéptica clásica que señala que los valores son propios y constitutivos del sujeto moral en contextos históricos específicos y comunitarios, y en tanto sea de este modo, se duda por una parte; de la posibilidad de la universalización de un “*Valor o Principio*” tal como lo señalo Kant, y por otra parte; se colocaría en duda la validez o veracidad de los “*Valores y Principios*”. Pero precisamente la tesis pragmática que ya la encontramos en Kant en términos trascendentales, es posible de ser destracendentalizada de modo lingüístico y pragmático con recursos racionales discursivos a la manera como Habermas o Rawls lo han entendido, para salvar la universalidad de las pretensiones valorativas y a la vez su veracidad, corrección o validez epistémica, en tanto, a lo que nos enfrentamos en realidad es a una concepción no relativista de los valores, sino a una

¹¹ PUTNAM, Hilary. Y HABERMAS, Jürgen. Normas y Valores. Madrid: Editorial Trotta. S.A. 2008. P. 43.

concepción pluralista de los “*Principios y Valores*”, a sí, cuando afirma Habermas que su Teoría de la Acción Comunicativa se funda básicamente en:

“Un concepto de entendimiento (Verstandigung) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático-formales de “mundo” y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional”.¹²

Entonces, se presenta un doble problema, toda vez, que se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre el mundo empírico o factico y la intersubjetividad o intramundandad de las relaciones culturales donde habitarían las proposiciones valorativas. Por tanto, se hace necesario introducir una hipótesis de Putnam, en el sentido, que la búsqueda de objetividad en el conocimiento, exige revisar nuestros presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la apuesta de destrascendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, a saber:

“...En Razón, Verdad e Historia, he utilizado el término “argumento trascendental” exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionalista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori; un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera *Crítica*, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verdaderas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprensible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad”¹³.

Desde Kant y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte; se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad y en nuestro caso sobre la realidad de los *Valores y Principios*, y por otra; entender que toda proposición sobre la

¹² HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

¹³ PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente haciendo valer sus cosmovisiones de mundo (valoraciones significativas de la realidad cultural). De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento sobre los “*Principios y Valores*” que informan hoy la comprensión del derecho contemporáneo.

Con lo anterior, no sólo se atajan las objeciones escépticas y las objeciones relativistas en torno a la concepción sobre los “*Principios y Valores*”, sino se controlan las objeciones de aquellos que plantean una tesis aún más extrema, al considerar que todo intento de hablar sobre los “*Valores y Principios*” que informan a un sistema jurídico, es propio de una tesis de corte iusnatural, con la carga que implica aclarar las distintas visiones iusnaturales existentes que devienen desde la antigua Grecia, pasando por la edad media y concluyendo en la modernidad que concibe al iusnaturalismo racionalista y antropológico. Pero atendiendo a este punto, Hart mismo, se interesa por dilucidar la influencia de las visiones iusnaturales y el impacto que éstas ejerce en la configuración teórica del derecho y señala que:

“La pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene muchas variantes de importancia, no todas ellas conspicuas por su claridad. Hay muchas interpretaciones posibles de los términos claves “*necesaria*” y “*moral*” y ellas no siempre han sido distinguidas y consideradas separadamente por los partidarios o críticos. La forma más clara de expresión de este punto de vista, quizás porque es la más extrema, es aquella asociada con la tradición tomista del derecho natural. Ella comprende una tesis doble: primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho valido. “*Lex iniusta non est lex*”. Otras variantes de este punto de vista general ven de modo diferente el *status* de los principios de la moral y las consecuencias de la contradicción entre el derecho y esta última. Algunos conciben a la moral no como principios inmutables de conducta, descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo”¹⁴.

Esta preocupación de Hart, en torno al relativismo de los “*Valores y Principios*” y el impacto que pueda tener una visión del derecho con un fuerte contenido metafísico, lo exhorta a dedicar el Capítulo VIII y IX de su obra “*El Concepto de Derecho*”, escrito en el año de 1961, a plantearse varios interrogantes que son anticipatorios en el tiempo a hipótesis tipo Habermas, Putnam y Rawls, en el sentido del principio de universalidad, razonabilidad, intersubjetividad e interpretación del alcance de los

¹⁴ HART, Herbert. L.A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. PP. 194-195.

contenidos valorativos del derecho, especificados en la aceptabilidad, corrección y validez de principios del tipo por ejemplo la justicia y la equidad de las relaciones sociales y de la configuración de sociedades bien ordenadas, que como lo hemos ya señalado los principios son configuraciones culturales mediadas lingüística y pragmáticamente. En tal sentido presupone:

“que las estructuras de la sociedad, incluida su moral aceptada, tiene que satisfacer dos condiciones formales, una de racionalidad y la otra de generalidad. Así, está implícito en tales críticas, en primer lugar, que las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error puede demostrarse y, en segundo lugar, que las protecciones frente al daño que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse por lo menos a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones. *Así la crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos* (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos, o en nombre de una versión de éstos, refinada y extendida de modo que debe satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad”¹⁵.

Esta precomprensión de Hart aquí expuesta, en cuanto “*sociedades encerradas en lemas morales como libertad, igualdad, fraternidad o la persecución de la felicidad*”, permite construir juicios de familia del tipo visiones comprensivas del mundo o de doctrinas razonables tal y como Rawls las argumenta en “Teoría de la Justicia” o “Liberalismo Político”, o como Habermas lo explicita al señalar que los presupuestos de la intersubjetividad cultural, se presupone en un mundo mediado en relaciones pragmáticas lingüísticas dadoras de sentido y en tanto esto sea de este modo, por ejemplo:

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional. De lo que en definitiva se trata es de “*encontrar*” la solución correcta, elaborándola, en una “*argumentación racional*”.¹⁶

Y agrego, que siempre será tarea del juez, en este caso del juez constitucional como agente racionalizador del derecho, quien lo fundamenta a partir de los “*Principios*”

¹⁵ Ibídem. Pág. 227. La cursiva es mía.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Validez, ed., Trotta S.A., 2001, pág., 317.

y *Valores*” contenidos ya en la Constitución que posee per se, un corpus axiológico dador de sentido para el sistema jurídico en general, que a la vez, se incorpora en la tradición de los derechos fundamentales. Al llegar a este punto podemos acceder ahora a un nuevo momento de configuración de los “*Principios y Valores*”, entendidos estos en el corpus de los “*Derechos Fundamentales*”.

4.3. DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En la tradición jurídica Occidental y como consecuencia de las dos grandes revoluciones emancipatorias de finales del Siglo XVIII, la Norteamericana de 1776 y la Francesa de 1789; estuvieron siempre vinculadas al aseguramiento, por una parte; de los *Derechos Humanos* y por la otra; en la búsqueda de la construcción de un sistema normativo que tuviese un alcance de perennidad, es decir, la posibilidad de la construcción teórica y normativa de un sistema de cláusulas, que tuviesen la fuerza vinculante para todos y de la cual ningún poder pudiese sustraerse.

Tal pretensión fue alcanzada a través del contrato social, en el que todos fuesen reconocidos en sus derechos, nos referimos por supuesto a la constitución, en este caso a la norteamericana y la francesa, las que dan inicio a lo que en nuestras tradiciones jurídicas entendemos como el constitucionalismo moderno. Hoy, no es posible entender a la Constitución y al constitucionalismo, sino como garante de la defensa de los “*Principios*”, los “*Valores*” y los “*Derechos Fundamentales*”; en este sentido, creo que también, así lo entendieron los revolucionarios franceses y norteamericanos. Razón por la cual, fundamentaron un sistema de cláusulas contentivas de las garantías y ejercicio pleno de los derechos; y a la vez, definieron un aparato encargado de la vigilancia, control, promoción y aseguramiento de tales derechos; Esta instancia de control, no es otra que las *Altas Cortes Constitucionales*, encargadas básicamente de asegurar la permanencia de la Constitución y el desarrollo de los Derechos y Principios en ellas contenidos, como garantía suprema del contrato social y de las cláusulas emancipatorias.

Al respecto por ejemplo Gustavo Zagrebelsky, ha redefinido el papel de la constitución y por supuesto la tarea de las *Altas Cortes Constitucionales* en el entendido que: “La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien

la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir. En un momento como éste, habrá que subrayar suficientemente las responsabilidades de la ciencia constitucional – *comprendida en ella esa ciencia en acción que es la jurisprudencia constitucional – en el mantenimiento de un mínimo de caracterización constitucional de la época presente. Es la revolución hermenéutica aplicada a la constitución*”¹⁷.

Veamos ahora, como se han perfilado estas dos grandes tradiciones del Constitucionalismo, en la fundamentación de los Principio, los Valores y los Derechos, por una parte; la Norteamericana y por la otra; la Europea Continental y su impacto en Latinoamérica.

4.3.1. De la Constitución y de los Derechos Fundamentales en la Tradición Norteamericana

Es de importancia señalar, que el Tribunal Constitucional es un aparato del sistema jurídico, inventado de arriba abajo por el Constitucionalismo Norteamericano¹⁸, quien determino el sentido y alcance de las Cláusulas Constitucionales, especificando que la normas constitucionales se constituyen como reglas superiores del sistema jurídico, en tanto encarnan los valores y principios supremos de un ordenamiento jurídico, por determinación del pueblo constituido en asamblea o constituyente básico o primario determinante del telos social y político. De tal supremacía se construye el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema jurídico y judicial. Esta concepción de la constitución entendida como norma superior, que vehiculiza los valores y principios de legitimidad del sistema, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano y su aporte a la historia universal constitucional del derecho¹⁹.

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y Constitución. Madrid: Editorial Trota, S.A. 2005. P. 88. La cursiva es mía.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1991. P. 123.

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 123.

En Estados Unidos y distinto de alguna manera a la tradición Europea Continental, la Constitución Americana de 1787 formulaba ya, en su art. VI, Sección Segunda, “el principio de que la constitución es el supremo derecho de la tierra, y que en este sentido vincula a los jueces, no obstante cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes de los estados miembros; es la *Cláusula Básica Suprema* (Supremacy Clause)”²⁰. Esta cláusula básica de exigirle al juez, que el derecho preferente y supremo es el consagrado en la constitución, es a la vez, la cláusula que lo determino a constituirse en juez constitucional y en consecuencia agente racionalizador de la Justicia Constitucional, que bajo el imperativo del deber-ser de la democracia liberal, deberá privilegiar sobre cualquier discusión jurídica a los Principios, los Valores y los Derechos Fundamentales como mandatos o cláusulas inalterables.

En nuestras tradiciones jurídicas positivas, seguimos discutiendo sobre el privilegio constitucional, pero sobre todo el de la justicia constitucional. Aun, nos escandalizamos cada vez que nuestra Corte Constitucional asume el rol de garante de la constitucionalidad del sistema jurídico; pero aún más, cuando privilegia “*Principios, Valores y Derechos Fundamentales*” y se coloca como el supremo mediador entre el poder y los derechos de los ciudadanos. Al tiempo que la tradición Norte Americana cumplirá 227 años aplicando la Cláusula de Preferencia señalada y colocada a la vez, en cabeza del juez.

Ahora bien, en la tradición norteamericana la constitución, los derechos y la justicia constitucional se funden en una amalgama tal, que las hace inescindibles, en el sentido que *Constitución* en el vocablo más lato implica a la vez, la constitución de “*los Derechos, los Valores y los Principios*”, por esto, sus cláusulas son altamente privilegiadas en todo debate jurídico, pero sobre todo de la legitimidad y validez del sistema, que no se entiende sino como garante de los derechos y libertades del pueblo americano, que encarnan lo mas significativo de la moral o de los valores de la sociedad que se ha constituido en relaciones intersubjetivas y pragmáticas. Esta observación, es, de tanta importancia que por ejemplo en el año de 1789 se incorporo a la constitución, lo que en la tradición jurídica norteamericana se conoce como la “*primera enmienda*”.

²⁰ *Ibidem*. Pág 125.

La primera enmienda a la constitución norteamericana es la señal más nítida, que tenemos de la tradición y vinculación entre “*Constitución, Principios, Valores y Derechos Fundamentales*”. En el entendido que vale la pena decir, que los Derechos, los Principios, los Valores, fundamenta la constitución y a la vez, la constitución funda los derechos en sentido estricto. Esta enmienda y de allí su valor no sólo histórico, sino sobre todo jurídico y político, fue la base de incorporación para establecer el sistema de derechos o los llamados “*Bill of Rights*” que faltaban en el texto originario de la constitución norteamericana, que privilegia anticipatoriamente la democracia constitucional como valor singular del pueblo americano. En este punto, Rawls insistirá al subrayar respecto de los dos principios de la justicia expuestos en su obra “*Teoría de la Justicia y Liberalismo Político*”, a saber:

“Lo primero es que considero estos principios como ejemplos del contenido de una concepción política liberal de la justicia. El contenido de tal concepción lo dan tres características principales: primera, la especificación de ciertos derechos, libertades y oportunidades básicas (de la índole que se conocen en los regímenes democráticos constitucionales); segunda, la asignación de especial prioridad a esos derechos, libertades y oportunidades, especialmente en cuanto a las exigencias del bien general y de los valores perfeccionistas; y tercera, medidas que aseguren a todos los ciudadanos todos los medios apropiados para hacer el uso efectivo de todas sus libertades y oportunidades”²¹

En tal sentido, esta primera enmienda constitucional, es la expresión del pueblo americano, que tiene como fin último y supremo establecer el límite al poder legislativo al decir que: “el congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al gobierno”²². Aquí, la idea de establecer límites al poder del Estado es absolutamente clara, pero a la vez, estos límites son inconcebibles sin el aseguramiento de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales, como fuente de fundamentación de la legitimidad del sistema jurídico y político, y por lo tanto, del sistema constitucional garante de los derechos especificados como visones del mundo de las aspiraciones sociales y culturales del pueblo americano, que se funden en relaciones pragmáticas comprensivas de fines intersubjetivos o

²¹ RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, S.A. 1996. PP. 31-32.

²² GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1991. P. 126.

culturales, previamente configurados por las aspiraciones de los anhelos e intereses humanos, que aunque diferentes pueden ser compartidos a través de la edificación constitucional democrática y consensuada en sus proyectos de existencia compartida o universalizada de modo racional o razonable.

De lo señalado y sobre todo, de la incorporación de la primera enmienda a la constitución norteamericana y de la limitación ejercida al Congreso de producir leyes que disminuyan el ejercicio de los derechos, y conforme al artículo VI, Sección Segunda de la constitución, son los jueces los encargados de hacer cumplir las cláusulas supremas contenidas en la constitución Americana. Hecho éste de singular significación jurídica y política, en el entendido que tal mandato doto de poder al Tribunal Supremo Americano, para que atendiendo básicamente a la gramática de resolución y configuración de casos tipo, que presuponen el uso de Principios y Reglas de argumentación jurídica fundadas en la praxis o existencia pragmática lingüística de proposiciones jurídicas o que a partir de decisiones que adoptan los jueces y la corte de la federación, configuren el derecho apelando irrestrictamente a la fundamentación e integración del sistema a partir de la construcción de precedentes judiciales que inmanentemente incorporan “*Principios*” y “*Valores*”, reservando así, un poder de cierre del sistema a la corte federal, que va más allá del poder legislativo.

En este punto específico, ya Hart aclaraba respecto a lo que ha entendido como: **“La influencia de la moral sobre el derecho”**. A saber:

“El derecho de todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. *Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. Ningún “positivista” podría negar que son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al*

hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida”²³.

Y agrega Hart, respecto a: “**La Interpretación**”. “Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, *se hace patente, como hemos visto en el capítulo VI, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa*. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción “mecánica”, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. *Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto del que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o la de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara*. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten de calificar de “legislativa” a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demostrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto”²⁴

²³ HART, Herbert. L.A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998. Traducción de Genaro R. Carrió. Pp. 251 a 253. La cursiva es mía.

²⁴ HART, Herbert. L.A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998. Traducción de Genaro R. Carrió. Pp. 251 a 253. La cursiva es mía.

Con argumentos como los señalados, en los que se hace patente el procedimiento de configuración del derecho en general y de la protección del sistema de “*Principios*”, “*Valores*” y “*Derechos Fundamentales*” en particular que realiza la corte federal norteamericana por ejemplo, a través del precedente judicial o el así llamado derecho de los jueces en el propósito del presente artículo de investigación, y en tanto ilustra un mecanismo de acceso a la comprensión de configuración pragmática del derecho, que hace un uso extensivo de los recursos lingüísticos y racionales, mediante el recurso de la hermenéutica comprensiva que debe poder ponderar o ajustar las proposiciones de sentido que portan los Principios, los Valores y los Derechos Humanos, constata el proceder del juez que debe ser capaz de propiciar la maximización de la existencia de tales principios y derechos sin los cuales se tomaría en inexistente la supervalorada democracia constitucional que de suyo arrastra una consideración igualmente valorativa, en tanto, expresa una visión comprensiva de la realidad pragmática compartida intersubjetivamente por todos los miembros de una sociedad determinada, como lugar esclarecedor del contenido de las visiones de mundo, de los intereses y por supuesto de las visiones comprensivas de las realidades socioculturales ya existentes.

Así, se torna en importante insistir, que el criterio de constitución como norma suprema o cláusula superior y a la vez, la creación del Tribunal Constitucional, son la Invención del Constitucionalismo Norteamericano. Hecho éste que desde finales del siglo XX y principios del XXI, ha impactado a la tradición jurídica Europea Continental y Latinoamericana constituyéndose de gran importancia, para la construcción de la así llamada “*justicia constitucional*” que gira entorno precisamente a la defensa de la democracia, los derechos fundamentales, los principios y los valores como horizontes de sentido significativo, en tanto, expresan una visión de mundo compartido que involucra sentimientos morales, proyectos de vida y aspiraciones de justicia y dignificación de la condición de la persona humana. En estas consideraciones Habermas tiene razón al señalar que: “*La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados*”²⁵, y tal aceptación, puede ser probada de modo pragmático, en el entendido de la extensión racional y teórica que asumimos a la hora de hacer un uso del lenguaje con sentido significativo para tomar decisiones frente al mundo de la vida, que al oponernos

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

resistencias nos obliga a tener en cuenta las múltiples visiones de la realidad que se nos transforma en plural y por lo tanto, nos exige hacer un uso pragmático del lenguaje para ponernos de acuerdo razonablemente en el mundo frente a nuestras expectativas sociales, política y morales.

En este punto creo que también así lo entiende Zagrebelsky, quien enfáticamente expresa que:

“La interpretación de la constitución no es por tanto un acto puntual, ahistórico, que se agota en la búsqueda de la norma que subjetivamente parece, *hic et nunc*, la más conforme a nuestras expectativas. *En una constitución basada en principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad.* El futuro (también el inmediato futuro representado por el caso al que se debe dar una respuesta de derecho constitucional) se nos aparece entonces a la luz de una precomprensión, a la luz de los principios constitucionales. Pero esta precomprensión no puede ser más que una post-comprensión a la luz de nuevo de los principios que nos permiten alcanzar la conciencia histórico – cultural del acontecimiento constitucional del que somos partícipes, en el transcurrir de las épocas políticas y sociales. Y toda precomprensión se transforma inmediatamente en un enriquecimiento de la post-comprensión, alimentando *la historia de los principios constitucionales, una historia hecha por una continua referencia “circular” a su alcance inicial pero continuamente revitalizada y alimentada a la luz de los casos siempre nuevos e imprevisibles que el tiempo incesantemente aporta*”²⁶.

Así, la consolidación de la idea de la “*justicia constitucional*”, fue el producto del famoso e histórico caso *Marbury Vs. Madison de 1803*, obra del mítico juez *Marschall*, quién por primera vez en tan famosa sentencia, produce la nulidad de una ley federal partiendo de la observación elemental pero trascendental, que hace el juez *Marschall*, “de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la constitución, la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la constitución, o se aplica la constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución”²⁷. Constituyéndose la solución del juez *Marschal* en el Precedente Judicial, que a la vez, fue constituido como un principio capital del Derecho Público Norteamericano, en el entendido, que se transforma como la obligación y la vinculación más fuerte del juez a la Constitución y a la vez, en el Principio de Control Constitucional de todo el Sistema Jurídico y Judicial.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trota, S.A. 2005. P. 90. La cursiva es mía.

²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Poder Judicial*. Madrid: 1981. P. 10.

Puede decirse, que desde entonces, esta capital sentencia de 1803, este Precedente Judicial, ha sido entendido como el *Principio del Control Judicial Sobre la Constitucionalidad de las Leyes*. Principio que desde entonces, no ha dejado de desarrollarse, constituyéndose en una pieza fundamental del sistema jurídico e incluso de la Sociedad Americana en su integridad, como condición básica de existencia, en tanto, mantiene a la sociedad pragmática y racionalmente unida a las visiones de mundo compartidas intersubjetivamente por el conjunto de principios morales que la atan a ella. Al respecto y desde la perspectiva de Dworkin y como ya es reconocido por todos, puede decirse que en muchos casos y en muchos niveles de la administración de justicia, entran en juego principios que hacen necesario una interpretación constructiva del caso particular y es precisamente el Tribunal y los jueces quienes al tomar decisiones, lo hacen a partir de principios y cláusulas contenidas a nivel de la constitución, advirtiéndose siempre la preferencia de ésta sobre la ley, y a la vez, observar como se constituye el precedente judicial construido por el juez, en fuente de fundamentación de los *Principios, Valores y Derechos Fundamentales*.

En este punto, Habermas tomando como ejemplo una resolución del 14 de febrero de 1973, emitida por el Tribunal Constitucional Alemán, afirmará que:

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional. De lo que en definitiva se trata es de “encontrar” la solución correcta, elaborándola, en una “argumentación racional”.²⁸

Y podemos agregar, que siempre será tarea del juez, en este caso del juez constitucional como agente racionalizador del derecho, quien lo fundamenta a partir de los Principios y Valores contenidos ya en la Constitución y los Derechos Fundamentales que comportan un corpus axiológico dador de sentido para la vida en general y para el sistema jurídico en particular.

Desde esta perspectiva y pasando de la tradición norteamericana, veamos lo que ha aconteció en la tradición jurídica europea continental y latinoamericana inscritas en sistemas jurídicos positivos.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001. P. 317.

4.3.2. De la Constitución y de los Derechos Fundamentales en la Tradición Europea Continental y Latinoamericana.

Luego de acceder a la búsqueda de fundamentación de los “*Principios*”, “*Valores*” y “*Derechos Fundamentales*” en la tradición jurídica norteamericana, nos corresponde también pensar como esta fundamentación ha sido posible en la tradición jurídica del positivismo en Europa y América Latina. En principio hay que señalar el rechazo en toda la Europa Continental de la Justicia Constitucional y de la prevalencia que debían tener “*los Principios y los Valores*”, sobre la ley.

Valga decir, sorprende que la concepción del juez Marschall, declarada en su sentencia que era el principio que debía suponerse esencial en todas las Constituciones escritas, en el entendido que una ley que contradice “*los Valores o Principios*” e incluso a la Constitución debe ser declarada nula, no penetrase en la Europa de los Siglos XVIII y XIX, donde tanto influyó la revolución americana.

Pero, parece ser, que la idea de Constitución que tuvieron los revolucionarios franceses, no es muy distinta de la que tuvieron los constituyentes norteamericanos, y así por ejemplo, encontramos en el texto básico de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en el Preámbulo de la declaración se establece que la constitución se hace “a fin de que los actos del *poder legislativo* y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados”, y “con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas a partir de ahora sobre principios simples e indiscutibles, conduzcan siempre al mantenimiento de la Constitución”²⁹.

A la vez, la misma declaración señala en su “artículo 2, que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, lo que afecta de modo inmediato al poder legislativo; el artículo 5." formula expresamente límites a la Ley. “*La Ley no tiene derecho a prohibir* más que las acciones perjudiciales a la sociedad”, y el artículo 6, enfáticamente prohíbe leyes singulares y discriminatorias, el artículo 8, expresa de modo taxativo, “*la ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias*”, finalmente, el artículo 16 establece como un contenido esencial de la Constitución asegurar “la garantía de los

²⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

derechos”³⁰, y por tanto, también de los que se formulan contra la Ley o imponen a ésta límites. En este sentido, la Constitución Francesa de 1791, en su título I, establecía que el poder legislativo no podría hacer ninguna ley “que atentase y pusiese obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la vía de la Constitución”.

Con base a lo anterior, podemos decir, que en el espíritu de los revolucionarios franceses y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de su Constitución de 1791, encontramos la fundamentación de los “*Principios, Valores y Derechos*”, íntimamente vinculados a la constitución; y al parecer también a su inescindibilidad entre Derechos Fundamentales y Constitución. Lo que no es claro, es el sistema de aseguramiento de los Derechos y de la Constitución. Al parecer, la recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes, será por tanto, tardía, concretamente se gestara ésta opción hasta la primera posguerra del Siglo XX, y concretamente entre los años de 1919-1920 con la obra de Hans Kelsen.

Es Hans Kelsen, quien introduce con su teoría del Derecho un cambio básico, consistente en crear la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal. El proyecto de Constitución Austriaca de 1920, introduce en Europa un nuevo tipo de justicia constitucional, que será opuesto al modelo americano genuino, en el que todos los tribunales lo ejercen, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordena sobre el principio *stare decisis*, que vincula a todos los Tribunales con la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de “jurisdicción concentrada” frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo americano.

El profesor francés de derecho constitucional Louis Favoreu, señalaba en 1992 que: “En el sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico:

³⁰ *Ibidem*.

a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional, como tampoco existe un contencioso administrativo o judicial, pues no hay razón alguna para distinguir entre los asuntos presentados ante un mismo juez. El modelo europeo es enteramente distinto. Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con este fin, el cual puede resolver, sin que pueda hablarse con propiedad de litigios, por recurso directo de autoridades políticas o jurisdiccionales, o, incluso, de particulares, y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada”.³¹

Observemos que el Profesor Favoreu, como buen francés positivista, sigue pensando todavía en 1992 en la inconveniencia que tienen los Tribunales Constitucionales, cuando estos se inmiscuyen en las decisiones del legislador, este prejuicio es propio de los ilustrados del Siglo XVIII y XIX, quienes consideraban el ejercicio del juez creador de derecho, como atentatorio de la actividad del legislador, razón por la cual, lo ataron al imperium de la ley, el fundamento básico es evitar la valoración de la ley y con ello la discrecionalidad judicial. “Por ejemplo: Beccaria habrá de decir: *“No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley”* para él la interpretación judicial es un atentado a la certidumbre que debe ofrecer el derecho, y en otro sentido es un dique o compuerta a las opiniones, intereses y predilecciones de los jueces. Montesquieu afirmara, *“es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley”*. Y de un modo más radical Max Wolf dirá: *“preferimos la ley del más estúpido de los legisladores, que la del más sabio de los jueces; es preferible una mala ley de la mano del legislador, que una buena de la mano del juez”*. Con lo anterior, se muestra la exigencia de un positivismo a ultranza o formalismo radical, en el sentido que la ley obliga al juez a su aplicabilidad y se le exige su estricto cumplimiento, en cuanto no le es permitido hacer consideraciones de índole axiológica o predicamentos éticos y filosóficos”.³²

Por lo tanto, el hecho que Hans Kelsen hubiese construido un modelo concentrado de control de constitucionalidad de la ley, en una y exclusiva Corte o Sala de Constitucionalidad, tal hipótesis en modo alguno puede ser confundida con el activismo judicial del juez americano, quien en verdad construye una justicia constitucional en sentido estricto. En Europa es sólo después de la segunda

³¹ FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales, Madrid: Editorial Ariel, S.A. 1994. PP. 15 y 16.

³² DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La Discrecionalidad en Sede Judicial. Bogotá, D.C. Revista Nueva Época. No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre. P. 115.

potsguerra y concretamente en Alemania hacia el año de 1951, que se constituye un Tribunal Constitucional que procurara dispensar una justicia constitucional, que básicamente girará entorno a la defensa de la misma Constitución, de los Derechos Fundamentales, de sus Principios y Valores.

Puede decirse, que sólo hasta este momento era inexistente una Corte Constitucional capaz de construir precedente judicial, que en materia de “Principios”, “Valores y “Derechos”, obligará a los poderes públicos y al juez simultáneamente a su acatamiento. En este punto, es oportuno el comentario de Robert Alexy, quien a propósito ha expresado enfáticamente:

“que hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los Derechos Fundamentales son lo que son, sobre todo a través de la Interpretación”.³³

Podemos hacer extensiva esta tesis de Robert Alexy a una Teoría de los Principios y Valores, contruidos por vía de interpretación y argumentación comprensiva de las distintas visiones pragmáticas de mundo, en tanto, posibilidades de ampliación hermenéutica comprensiva de la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas en una visión pluralista de un mundo compartido ya lingüísticamente. Al acceder a una comprensión pluralista de un mundo compartido por visiones omnicomprendivas, entonces una constitución debe ser capaz de enfrentarse a lo que Gustavo Zagrebelsky, ha entendido como:

“Lo esencial es justamente esto: que en las constituciones pluralista, como regla, se insertan principios universales, uno junto al otro según las pretensiones avanzadas por las “partes”, pero falta la regulación de la compatibilidad, la solución de las “colisiones” y la fijación de los puntos de equilibrio” (...) y la consecuencia es ésta: ha caído la presunción absoluta de legitimidad de la constitución. Su valor ya no es un *a priori* de la vida política y social. Se ha operado un derribo que no condena necesariamente a la constitución, *pero que le impone una conversión: ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución*. No interesa ya, entonces, cual es la voluntad constituyente que las formulas escritas expresan, porque se ha hecho dudosa la existencia de un deber de fidelidad que nos ligue a esa voluntad; *interesa más bien si, en esas formulas, podemos encontrar la respuesta o al menos un inicio de respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo*”³⁴.

³³ ALEXY, Robert. 2003, P. 35.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y Constitución. Madrid: Editorial Trota, S.A. 2005. Pp.87-88. La cursiva es mía.

Hasta aquí podemos decir, que la tradición americana de la justicia constitucional, llega a Europa sólo después de mediados del siglo XX, y en América Latina la experiencia de las Cortes Constitucionales defensoras de Derechos, Principios y Valores fundadora de la justicia social, es una experiencia de finales del siglo XX, y en Colombia es una experiencia ganada hasta 1991, de buscar acercarnos a la defensa, promoción y fundamentación constitucional de los Derechos, Principios y Valores.

Pero, con estas ideas y reconfiguración conceptual, aparece en el escenario académico y en la formación del abogado, un nuevo reto de carácter iusteórico, que se encuentra íntimamente vinculado a la fundamentación de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales, que cobra un inusitado interés de carácter iusfilosófico, ético y moral. Tales circunstancias mutan el estudio del derecho, al tiempo que debe transformar la cultura jurídica, en el entendido, que no es posible hoy, concebir el derecho como un sistema de reglas o normas previstas positivamente en el ejercicio del poder del Estado, sino que a la vez, se deben incorporar un conjunto de principios o iusfundamentos que superan el marco legal, y en tal sentido, la fundamentación del sistema jurídico y su hermenéutica se traslada hacia la constitucionalización del derecho en general y con ello, hacia la construcción de una justicia constitucional, que forja un nuevo telos hermenéutico fundado en principios y valores, que en el marco de esta investigación se construye con presupuestos lingüísticos pragmáticos y racionales del tipo Kant, Habermas, Rawls, Putnam, Dworkin, Hart, Robert Alexy, Zagrebelsky, etc., y crea un corpus comprensivo de la cultura jurídica contemporánea. En tal sentido propongo las siguientes conclusiones provisionales de este trabajo de investigación que he presentado a modo de artículo para este volumen que representa un esfuerzo conjunto de cada uno de los colaboradores que participaron en el “*II Congreso Internacional y V Nacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política*”, celebrado en agosto del año 2010 en la Universidad Libre y realizado por la Facultad de Filosofía.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

A modo de conclusiones, puede decirse que la búsqueda de Fundamentación de los Derechos Fundamentales, de los Principios y Valores y el advenimiento de la Justicia Constitucional desde finales del siglo XX y principios del XXI, y sobre todo del reconocimiento del privilegio constitucional sobre la ley, ha producido cierta perplejidad dentro de la cultura del operador judicial, en tanto, la defensa gira entorno de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales, que a la vez, sólo pueden ser entendidos como cláusulas preferentes por sus altos contenidos valorativos, en tanto se fundan en principios. Esta circunstancia “presenta tres características que a veces han sido consideradas de algún modo incompatibles entre sí: los derechos fundamentales, los principios y valores son derecho positivo, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente”³⁵

En el primer caso, cuando advertimos que los derechos fundamentales son derechos positivos, acertadamente podría decirse, como lo advierte Gustavo Zagrebelsky, quien es un autor no precisamente positivista que: “a pesar de la filiación iusnatural de los derechos humanos, la constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo”.³⁶ Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción positivista del derecho.

En el segundo caso, cuando decimos que los derechos fundamentales son derechos naturales o derechos ético - morales en el más genuino de los sentidos. Queremos significar que por su contenido y no por su forma, los derechos fundamentales suelen ser considerados como la plasmación jurídico-positiva de derechos de contenido ético - moral, derechos humanos de origen iusnatural de corte racionalista, tal y como los asumió Kant. “Esta incorporación presupone que se trata precisamente de exigencias de la moral crítica, que han sido asumidas por el constituyente. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción iusnaturalista del derecho”³⁷. Al respecto el filósofo del derecho Gregorio Peces Barba, escribe en tal sentido: “Todo derecho es un punto

³⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. P. 236.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. 1995, p. 116.

³⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. P. 236.

sobre la justicia, (...), pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo derecho que pretenda ser justo, como en este campo del derecho de los derechos fundamentales”³⁸

En el tercer caso, y tal como lo asumimos antes, respecto a la cláusula de preferencia de la Constitución y de los Principios, los Valores y los Derechos Fundamentales, como lo ha concebido la tradición Americana y a la vez, como lo aceptan Habermas, Rawls, Putnam, Dworkin y Robert Alexy, en el entendido, que los Principios, los Valores y los Derechos Fundamentales se concretan jurisprudencialmente, por tal afirmación, en modo alguno podrá acusarse a Alexy de ser realista, como tampoco podrá acusarse a Peces-barba de ser iusnaturalista. Desde este punto de vista y para terminar las tentativas conclusiones, podría decirse, que los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción del derecho realista, pues el “*contenido*” del derecho viene a depender de lo que órganos jurisdiccionales (ordinarios y constitucionales) determinen en sus decisiones, reforzando la importancia de la aplicación del derecho, de allí la magnitud de la justicia constitucional y del precedente judicial, como elemento integrador del sistema jurídico en general y de la garantía de los principios, valores y derechos fundamentales en particular, y en tal sentido una visión pluralista y pragmática de la realidad con la que nos enfrentamos en nuestro mundo sociocultural y político presente.

Valga decir por último, que en principio parece sorprendente, que la explicitación de los Principios, los Valores y de los Derechos Fundamentales, en términos de una teoría pragmática del derecho, cuando hace un uso extensivo de los recursos lingüísticos racionales, sirvan para confirmar tres teorías contradictorias entre sí, como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo jurídico, pero en realidad esto significa dos cosas: primero, que ninguna de estas teorías es suficiente para poder explicar y fundamentar las diversas dimensiones comprensivas de los derechos fundamentales, y segundo: que todas ellas son necesarias en su específica dimensión, para poder comprender y fundamentar adecuadamente los derechos, valores y principios, de allí su importancia para todos nosotros, en cuanto que, en nuestra condición de operadores jurídicos y judiciales, nos convoca nuestra propia condición de

³⁸ PECES-BARBA, Gregorio. 1980. P. 78.

defensores de la justicia y de los principios morales que nos comprometen a todos en nuestras visiones de mundo que por sí mismas ya son compartidas culturalmente en procesos intersubjetivos que nos vinculan en las pretensiones de maximización de nuestra dignidad humana, cómo personas solidarias y reconocedoras de las diferencias plurales y universalmente compartidas.

BIBLIOGRAFIA

APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

DUARTE CUADROS, Rubén Alberto. La Discrecionalidad en Sede Judicial, Revista Nueva Época, Bogotá, D.C.: No. 24, año XI, junio 2005, Universidad Libre
FAVOREU, Louis, los Tribunales Constitucionales, Madrid: Editorial Ariel, S.A., 1994

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Poder Judicial. Madrid – España: Editorial Civitas, S.A., 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid – España: Editorial Civitas S.A., 1991.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1997.

HART, L.A., Herbert. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998. Traducción de Genaro R. Carrió.

HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2002

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Validez, Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2001

PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary, y HABERMAS. Jürgen. Normas y Valores. Madrid. Editorial Trotta, S.A., 2008.

RAWLS, John. Liberalismo Político. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y Constitución. Madrid: Editorial Trota, S.A. 2005.

POR UMA TEORIA DA DECISÃO ENTRE A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA E A HERMENÊUTICA EPISTEMOLÓGICA

FOR A JUDICIAL DECISION THEORY BETWEEN ONTOLOGICAL HERMENEUTIC AND EPISTEMOLOGICAL HERMENEUTIC

João Vítor Martins¹

RESUMO

No presente artigo, pretende-se abrir um espaço para o debate acerca dos fundamentos para uma teoria da decisão judicial. Para tanto, o trabalho aborda duas frentes distintas, procurando destacar suas contradições, mas também a possibilidade de sua coexistência e eventual complementaridade: a primeira fomentada por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, fundada em uma filosofia analítica e em uma hermenêutica epistemológica; e a segunda levada a cabo por Ronald Dworkin em *O Império do direito*, embasada na hermenêutica ontológica de Gadamer.

PALAVRAS CHAVE: Teoria da decisão judicial; hermenêutica ontológica; hermenêutica epistemológica.

ABSTRACT

In this article, we intend to open a space for debate about the foundations for a theory of judicial decision. To this end, the paper discusses two different fronts, seeking to highlight their contradictions, but also the possibility of their coexistence and eventual complementarity: the first fomented by Robert Alexy in his *Theory of fundamental rights*, founded on a analytic philosophy and epistemological hermeneutics; and the second conducted by Ronald Dworkin in *Law's Empire*, based on the ontological hermeneutics of Gadamer.

KEYWORDS: Theory of judicial decision; ontological hermeneutics; epistemological hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Robert Alexy propõe, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, uma teoria da decisão judicial. Sua obra, marcadamente fundada na filosofia analítica, pretende, na verdade, uma sistematização das diferentes concepções e dos modos de aplicação dos direitos fundamentais. Entretanto, para a conclusão da referida tarefa, Alexy lança mão de uma diferenciação conceitual necessária entre as duas espécies de normas jurídicas existentes: as

¹ Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Direito – UFMG (Bolsista CAPES/DEMANDA SOCIAL). Professor Adjunto – UNIPAC. Advogado. E-mail: joao_victormartins@hotmail.com

regras e os princípios (ALEXY, 2008, p. 90). Para tornar clara a diferenciação entre essas espécies de normas, Alexy demonstra, então, como elas devem ser diferentemente aplicadas nas decisões prolatadas pelos juízes. Para tanto, o autor lança mão de sua teoria da decisão judicial.

Em uma breve síntese, pode-se afirmar que a teoria de Robert Alexy visa à sistematização dos métodos judiciais. Seu foco central está em uma busca por uma maior racionalidade das decisões judiciais, tendo em vista todo o aparato formado em sua teoria da argumentação jurídica. Assim, através de técnicas de sistematização e de normatização, Alexy busca atribuir a maior racionalidade possível a uma decisão judicial, levando sempre em consideração ainda a sua legalidade, a sua efetividade e a sua correção. Alexy visa, portanto, a uma institucionalização da razão, ou seja, a fundamentação e aplicação do direito através da racionalidade discursiva (ALEXY, 2011, p. 19).

Ocorre que a teoria alexyana, apesar de ser vastamente adotada em julgamentos dos mais variados sistemas jurídicos ocidentais, vem sendo criticada por diversos autores. As críticas se fundam em diversos argumentos de suas obras, mas este trabalho pretende analisar apenas um ponto levantado pelos críticos. Esse ponto está fundamentado, segundo os críticos, na teoria da decisão de Ronald Dworkin.

A teoria de Dworkin, apresentada principalmente em sua obra *O império do direito*, escora-se, sobretudo, na hermenêutica filosófica de Gadamer (DWORKIN, 2010a, p. 62-63). Segundo Gadamer, as ciências do espírito (ou ciências humanas) são ciências interpretativas e, portanto, são fruto da construção normativa dos intérpretes. Dworkin, vislumbrando bem a obra de Gadamer, procura aplicá-la ao direito. Assim, Dworkin constrói uma teoria da decisão embasada em uma hermenêutica ontológica, segundo a qual o juiz, enquanto intérprete, estaria necessariamente influenciado por suas pré-compreensões e pelo contexto histórico no qual se encontra. Dessa forma, todos os métodos criados pelo positivismo jurídico que buscavam assegurar a segurança jurídica através de uma objetividade estariam falidos, tendo em vista que eles são inevitavelmente viciados pelas pré-compreensões do próprio intérprete.

Dentro do contexto exposto, é inevitável o questionamento sobre se as críticas impostas por Dworkin – através da hermenêutica filosófica de Gadamer – ao positivismo filosófico e, sobretudo, ao positivismo jurídico afetam também a teoria pós-positivista de Alexy. E ainda, se afetam, isso faria com que os métodos criados pela argumentação jurídica e pelas teorias pós-positivistas do direito sejam de todo inaplicáveis ou irrelevantes?

Este trabalho pretende, então, realizar uma breve exposição sobre as teorias da decisão de Alexy e Dworkin, suscitando o debate sobre os seus fundamentos encontrados em

diferentes perspectivas hermenêuticas – a ontológica e a epistemológica –, buscando, ainda, discutir a possibilidade de sua coexistência e complementaridade.

2. A TEORIA DE ROBERT ALEXY E OS SEUS FUNDAMENTOS: DA FILOSOFIA ANALÍTICA À HERMENÊUTICA EPISTEMOLÓGICA

A proposta do professor Robert Alexy ao escrever a sua *Teoria dos direitos fundamentais* era construir uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Ao dizer que o seu intento era construir uma teoria jurídica, Alexy fala sobre a formulação de uma teoria dogmática, ou seja, uma ciência jurídica que tenha como objeto de estudo aquilo que é praticado como direito e aquilo que deve ser praticado como direito (ALEXY, 2008, p. 32). Tendo esse objeto de estudo, a teoria apresenta três diferentes dimensões: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

A teoria alexyana, portanto, se funda primariamente, na filosofia analítica,² através da qual Alexy procura construir uma concepção dos direitos fundamentais através da análise dos conceitos jurídicos, ou seja, construir uma teoria, *a priori*, estrutural do direito. Por outro lado, Alexy também se preocupa com o caráter prático da ciência do direito (ALEXY, 2008, p. 34), motivo pelo qual ele se debruça também sobre as perspectivas empírica e normativa do direito. Tendo em vista que a ciência do direito é construída através da perspectiva do juiz enquanto intérprete, Alexy também se fundamenta em uma teoria da argumentação jurídica para construir a sua teoria da decisão. Essa teoria da argumentação jurídica está fortemente embasada na hermenêutica epistemológica e nos seus métodos de interpretação. Trata-se da busca pela maior racionalização dos métodos de interpretação.

Esboçada, portanto, a intenção do autor alemão ao formular a sua teoria dos direitos fundamentais, há que se entender, inicialmente, que Alexy propõe uma diferenciação necessária entre regras e princípios. Essa distinção é uma base para a teoria dos direitos fundamentais. Sem essa diferenciação, não haveria a possibilidade de discussão sobre as colisões entre princípios. Segundo Alexy, regras e princípios são normas, tendo em vista que ambos dizem o que deve ser (ou seja, são formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição). A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre espécies de normas (ALEXY, 2008, p. 88).

Em regra, o critério da generalidade é utilizado para realizar a distinção entre regras e princípios. Também são considerados a determinabilidade dos casos de aplicação das normas,

² Nessa linha, destacam-se, sobretudo, as influências de Wittgenstein, Perelman, Apel e Austin.

a forma de seu surgimento, a forma de criação ou desenvolvimento, o conteúdo axiológico, dentre outros. Esses critérios, apesar de importantes, não são isoladamente suficientes para traçar uma diferenciação significativa entre regras e princípios. Surgem, então, três possíveis teses sobre a classificação das normas: *a)* que toda classificação é fadada ao insucesso, tendo em vista que a diferenciação não conseguiria abarcar todas as diferenças e semelhanças entre as normas; *b)* existe apenas uma diferença de grau entre regras e princípios; e *c)* é possível destacar uma diferença qualitativa entre regras e princípios. De acordo com Alexy, esta tese está correta e ele procura demonstrar isso.

A principal característica da diferenciação das normas é que:

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 90).

As regras, por sua vez, são normas que apresentam determinações dentro do que é jurídica e faticamente possível. Ou seja, são normas que determinam que se deve fazer exatamente aquilo que ela prescreve. Portanto, elas podem ser satisfeitas ou não. A diferença entre regras e princípios é, portanto, qualitativa. Essa diferenciação é bastante parecida com a que Dworkin propõe em sua obra *Levando os direitos a sério*, mas difere no ponto da caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.

Uma forma de se explicar melhor a diferenciação se dá através dos casos nos quais há conflito entre regras e colisões entre princípios. Neste momento, entra em discussão a teoria da decisão de Robert Alexy. Quando duas regras entram em conflito, ou uma delas é considerada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Isso porque o conceito de validade jurídica não é graduável. Uma norma jurídica ou é válida ou inválida, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam inválidos” (ALEXY, 2008, p. 92).

A colisão entre princípios se dá de forma diferente. Quando dois princípios colidem, a decisão acerca da aplicação de um ou de outro não se dá no âmbito da discussão acerca de sua validade, mas será determinado qual princípio tem precedência em face do outro naquelas determinadas condições fáticas e jurídicas. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir

– ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94). Dworkin trabalha bem essa questão da dimensão do peso em *Levando os direitos a sério*.

A colisão entre princípios gera, portanto, uma necessidade de sopesamento, na forma da lei de colisão. Para Alexy, isso gera uma concepção do resultado do sopesamento enquanto uma norma de direito fundamental atribuída. A solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. A questão central, portanto, é determinar sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Alexy busca, com a lei de colisão, sistematizar a técnica utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal para julgar casos em que há a discussão sobre pesos dos princípios. O problema é que os princípios não têm “pesos” atribuídos e, portanto, esse peso deve ser construído na análise do caso. Dessa forma, a lei de colisão pode ser apresentada na seguinte formulação: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 99). A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria alexyana dos princípios. Ela reflete, acima de tudo, a natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização (normas que não têm relação absoluta de precedência uma sobre a outra).

A lei de colisão, portanto, trata do caso em que duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma das duas é inválida e nenhuma delas tem precedência absoluta sobre a outra. A precedência será decidida no caso concreto. O resultado desse sopesamento é o que Alexy vai denominar de uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra, tendo em vista que determina, em um caso concreto, o que deve ser feito. Com isso, pode-se perceber que as normas de direitos fundamentais não são necessariamente somente princípios.

Para Alexy, portanto, as normas de direitos fundamentais são tanto princípios como regras. A exemplo de Dworkin, Alexy defende que essas regras e esses princípios têm diferentes caracteres *prima facie*. As regras contêm mandamentos definitivos, ou seja, determinam que seja realizado exatamente aquilo que elas ordenam. Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível considerando as condições fáticas e jurídicas. Regras são, portanto, razões definitivas, enquanto os princípios são razões *prima facie*.

Decisões sobre os direitos fundamentais pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse caso concreto (ALEXY, 2008, p. 108).

Princípios são, assim, geralmente mais genéricos do que as regras, tendo em vista que ainda não estão em relação com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normas ‘criadas’ deve-se à *desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positividade detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito* (ALEXY, 2008, p.109, grifos acrescidos).

Alexy aborda, posteriormente, a relação entre os princípios e a dita máxima (ou regra) da proporcionalidade. Segundo ele, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A máxima da proporcionalidade é a forma utilizada para realizar a análise do caso em que uma medida estatal que pretende fomentar um determinado princípio entra em rota de colisão com outro princípio, ou seja, dois princípios colidem e são sopesados na forma da lei de colisão. Os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. O exame da proporcionalidade possibilita exatamente a averiguação das condições fáticas e jurídicas do caso.

No exame da adequação, deve-se observar se a medida que está se propondo para realizar ou fomentar um princípio consegue fazê-lo. Ou seja, trata-se uma análise da capacidade da medida em fomentar aquele princípio desejado. Em um segundo momento, faz-se o exame da necessidade daquela medida, ou seja, observa-se se aquela medida adotada para

fomentar um determinado princípio consegue fazê-lo com a mesma eficiência que outra medida, agredindo de forma menor o princípio colidente. Os exames da adequação e da necessidade são análises acerca das possibilidades fáticas para aplicação de um princípio.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é uma análise acerca das possibilidades jurídicas da aplicação de um princípio em um determinado caso. Nessa fase, é realizado o sopesamento propriamente dito. “Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2008, p. 117).

Todo este processo de decisão formulado por Alexy está respaldado em sua teoria da argumentação jurídica. Tanto a análise da necessidade, quanto da adequação e ainda da proporcionalidade em sentido estrito somente são cumpridas se respeitadas as regras impostas pela teoria da argumentação jurídica. Isso porque a busca pela racionalização da prática jurídica exige a aplicação dos métodos interpretativos, de modo a restringir, ao máximo, a possibilidade de existência de arbitrariedades por parte dos juízes.

Essa teoria da argumentação jurídica, por sua vez, se funda, conforme anteriormente suscitado, também na tradição da hermenêutica epistemológica, já que tem em vista a construção científica de métodos e critérios para a interpretação. A hermenêutica epistemológica surgiu logo no momento inicial da ciência hermenêutica. Apesar de ter suas origens em tempos remotos, a hermenêutica ganhou o seu caráter científico, sobretudo, através dos estudos de Schleiermacher e Dilthey. Essa ciência tinha como mote o estudo da interpretação e foi levada a cabo inicialmente nos campos da filologia, teologia e das artes. A hermenêutica, naquele momento, tinha um caráter científico por se demonstrar um empreendimento metodológico, ou seja, por fazer um estudo dos métodos da interpretação nas ciências humanas.

A hermenêutica epistemológica tinha como objetivo, então, a criação de uma metodologia interpretativa para as ciências humanas, tendo em vista que os seus adeptos repudiavam a possibilidade da importação dos métodos das ciências naturais para o campo das ciências humanas. Para Schleiermacher e Dilthey, a proposta do positivismo filosófico era inevitavelmente fracassada, tendo em vista que o centro do estudo nas ciências humanas está na compreensão da individualidade do autor, ou seja, não somente em uma interpretação gramatical, mas em uma interpretação psicológica. Os métodos das ciências naturais visavam, sobretudo, à generalidade e à padronização, algo que, segundo a hermenêutica

epistemológica, é inaplicável às ciências humanas. As ciências humanas partem do ponto de vista de um indivíduo, seja ele autor ou intérprete (RICOEUR, 1988).

Para Dilthey, o conhecimento se dá de formas diferentes no campo das ciências naturais e no campo das ciências humanas. Naquele, o conhecimento se dá de maneira externa, objetiva, através da observação e comparação de fenômenos. Nas ciências humanas, por outro lado, o conhecimento se dá através da busca pela compreensão do indivíduo. Essa compreensão se torna mais difícil pelo fato de abranger as escolhas do indivíduo, sua história e o seu contexto social. Assim, segundo Dilthey, os diferentes ramos das ciências humanas são necessariamente interdependentes e todo o seu estudo está vinculado às influências do contexto histórico-social (DILTHEY, 2010).

Essa hermenêutica de viés epistemológico desenvolvida por Dilthey obteve grande repercussão, tendo em vista que firmou as bases para a separação metodológica entre os estudos das ciências naturais e das ciências humanas, estabelecendo uma metodologia interpretativa própria das ciências humanas. Metodologia esta que influenciou diversos autores, a exemplo da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy aqui debatida.

O viés epistemológico da hermenêutica, entretanto, perdeu espaço para os estudos da hermenêutica de cariz ontológico, posteriormente desenvolvida por Gadamer a partir dos estudos de Heidegger. Apesar de Gadamer utilizar muitos dos conceitos criados por Dilthey e partir dos seus estudos para construir *Verdade e Método*, são contundentes as suas críticas à busca pela objetividade de Dilthey.

3. A TEORIA DE RONALD DWORKIN E A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA DE GADAMER

A hermenêutica ontológica ganhou expressão inicialmente através das obras de Heidegger. A partir desta nova perspectiva, a hermenêutica encerra a busca por métodos e instrumentos de interpretação, abandona a sua pretensão científica e finca as suas raízes na filosofia. O interesse da hermenêutica ontológica se foca no ser que interpreta. “A hermenêutica torna-se ontologia fundamental, e sua função é ‘fazer aparecer a estrutura que aflora no plano metodológico’, designada por Heidegger como estrutura de ‘pré-compreensão’ (Ruedell *apud* Ricoeur, 2008, p. 81).

A compreensão, dentro da perspectiva da hermenêutica ontológica, entretanto, ganha um novo sentido. O compreender passa a significar o constante desvelamento das possibilidades construídas por um ser e não mais a descoberta de um significado inerente a

um texto. Assim, a compreensão deixa de ser focada tanto em uma relação entre dois seres (o autor e o intérprete), quanto na relação entre sujeito e objeto (intérprete e obra), mas no ser enquanto um ser vivente no mundo, que Heidegger vai alcunhar de *Dasein*.

A hermenêutica ontológica, assim, traz à tona o estudo da compreensão enquanto um fenômeno e não enquanto o fruto de um procedimento alcançado à força, através da utilização de métodos. O estudo se foca, portanto, na compreensão do ser e na necessidade da percepção de que a compreensão não é um processo que pode ser descrito através de processos racionalizados, mas sim um fenômeno que ocorre com um ser, tendo em vista toda a sua potencialidade gerada pela vivência no mundo (RICOEUR, 1988).

Gadamer incorpora, de sobremaneira, a hermenêutica ontológica de Heidegger para dar vida ao seu *Verdade e método* (que pode ser melhor lido como *verdade contra o método*). O objetivo de Gadamer é demonstrar que a verdade (enquanto o fenômeno do desvelamento de possibilidades, conforme introduzido por Heidegger) não poderia ser descoberta através de um conjunto de métodos, tendo em vista que a vivência do ser e as suas pré-compreensões se sobrepõem à pretensão de racionalização.

Gadamer sustenta a impossibilidade do conhecimento de um determinado objeto e a sua descrição não estarem conectados às pré-compreensões do intérprete. “Todo compreender é interpretar, e toda interpretação se desenvolve por meio de uma linguagem que pretende deixar falar ao objeto e é ao mesmo tempo a linguagem própria do seu intérprete”³ (GADAMER, 1999, p. 467, tradução nossa). Um intérprete lança mão, ainda que involuntariamente, das suas pré-compreensões para interpretar um texto, texto este que irá influenciar nas suas compreensões acerca de futuros objetos de estudo. Forma-se inevitavelmente um movimento em espiral que é contínuo e tanto influencia o intérprete quanto determina que ele influencie.

A referência ao texto não pode ser comparada de acordo com este ponto de vista fixo, imóvel e obstinado, que somente surgiu a quem intenta compreender a questão única de como pôde o outro chegar a uma opinião tão absurda. Neste sentido, a compreensão seguramente não é uma compreensão histórica que reconstrua a gênese do texto. O que se entende é que está se está compreendendo o texto mesmo. Mas isso significa que na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as próprias ideias do intérprete. O horizonte deste resulta, assim, sempre determinante, mas não pode ser compreendido, por sua vez, como um ponto de vista próprio que se mantém ou impõe, mas sim como uma opinião e uma possibilidade que se põe em jogo e que o ajudará verdadeiramente a apropriar-se do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como uma fusão de horizontes. Agora podemos

³ Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto y es al mismo tiempo el lenguaje propio de su intérprete.

reconhecer nele a realização da conversação, na qual um sujeito acede à sua expressão não em qualidade de coisa sua ou de seu autor, mas como coisa comum a ambos (GADAMER, 1999, P. 466-467, tradução nossa).⁴

Conforme ressalta Fernandes (2008, p. 192), Gadamer enfatiza a necessidade de se levar em consideração a historicidade do ser. Não seria possível afastar a cognoscibilidade de um intérprete do seu conjunto de pré-compreensões. “Cada pessoa tem diante de si um horizonte, principalmente um *horizonte histórico*, que atua não como elemento limitador, mas como ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão” (FERNANDES, 2008, p. 192).

Daí a relevância da “consciência do ser histórico” conforme propõe Gadamer. A interpretação de um fato só pode se dar através da ação de um ser que é inevitavelmente histórico e, conseqüentemente, influenciado pelo meio que deu forma às suas compreensões. De acordo com Gadamer:

(...) a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto *informe* sobre alguma coisa. Um consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualifica-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente (GADAMER, 2003, p. 63/64).

Nessa perspectiva, a compreensão se dá, portanto, através da concepção que o sujeito confere ao objeto de estudo dentro do seu horizonte histórico – formado por suas pré-compreensões. “Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível” (OLIVEIRA, 2001, p. 228). Por esse motivo Gadamer sustenta que o conhecimento se dá através de um círculo hermenêutico, posto que “(...) a compreensão se faz a partir de uma

⁴ La referencia del texto no se puede comparar según esto con un punto de vista fijo, inamovible y obstinado, que solo planteara al que intenta comprenderlo la cuestión única de cómo ha podido el otro llegar a una opinión tan absurda. En este sentido la comprensión no es seguramente una comprensión histórica que reconstruya la génesis del texto. Lo que uno entiende es que está comprendiendo el texto mismo. Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de éste resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o impone, sino más bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto. Más arriba hemos descrito esto como fusión de horizontes. Ahora podemos reconocer en ello la forma de realización de la conversación, en la que un tema accede a su expresión no en calidad de cosa mía o de mi autor sino de la cosa común a ambos.

imersão em determinada tradição, operando de maneira circular, condicionada à revisão sempre constante das pré-compreensões do indivíduo” (FERNANDES, 2008, p. 193/194).

Conforme relembra Oliveira:

Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realizada a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende (OLIVEIRA, 2001, p. 230).

A partir daí é possível observar a crítica severa feita por Gadamer ao positivismo filosófico: a busca pela objetividade científica, através de uma pretensa posição de distanciamento alienante do intérprete é faticamente impossível, tendo em vista que o intérprete é um ser vivente e que, conseqüentemente, ao interpretar, estará influenciado por suas pré-compreensões e condicionado por seu horizonte histórico de sentido – sempre mutante. Assim, Gadamer denuncia a importação dos métodos das ciências naturais pelas ciências do espírito, tendo em vista que a interpretação não tem o condão de obter a objetividade pretendida pelo positivismo filosófico. A interpretação não pode começar de um desejado grau zero do intérprete, pois não existe essa condição ideal.

Dworkin, em sua obra *O império do direito*, importa a hermenêutica ontológica gadameriana para o direito, procurando formular uma teoria da decisão dentro da perspectiva delineada. Dworkin, a partir de Gadamer, constata que o direito é fruto de um emaranhado de divergências teóricas, que são constantemente debatidas, defendidas e criticadas pelos teóricos do direito, pelos juízes e pelos demais partícipes. Essas divergências permitem aos intérpretes formular diferentes concepções acerca dos fundamentos da prática social conhecida como direito.

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as

interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2010a, p. 63-64).

Assim, o direito, para Dworkin, é fruto de uma constante interpretação construtiva, no sentido em que o intérprete do direito se preocupa com os seus propósitos, com a ideia que ele tem do ordenamento normativo. Mas essa ideia, essa sua concepção ou esse seu ponto de vista, deriva do fato de que “(...) a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis deste último (...)” (2010a, p.64), “segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica” (2010a, p. 64).

A percepção de que um intérprete não pode abdicar dos seus “pré-conceitos” e da coerção exercida pelas suas vivências e influências político-morais ao formular uma teoria, como dito, não surgiu na obra de Dworkin. Como o próprio autor enuncia em uma longa nota de rodapé de *O império do direito* (2010a, p. 62-63), trata-se de uma abordagem da hermenêutica desenvolvida desde Dilthey até Gadamer.

Nas páginas seguintes avalio o pressuposto de que a interpretação criativa deve ser interpretação conversacional, sobretudo ao discutir uma ideia familiar aos teóricos da literatura: de que interpretar uma obra literária significa recapturar as intenções de seu autor. Mas esse pressuposto tem uma base mais geral na literatura filosófica da interpretação. Wilhelm Dilthey, um filósofo alemão que foi especialmente influente em dar forma ao debate sobre a objetividade nas ciências sociais, usou a palavra *verstehen* para descrever especificamente o tipo de entendimento que adquirimos ao saber o que outra pessoa quer dizer com aquilo que diz (poderíamos dizer que esse é um sentido da compreensão no qual entender alguém implica chegar a um entendimento com tal pessoa), em vez de descrever todas as possíveis maneiras ou modalidades de entender seu comportamento ou sua vida mental. (...) Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcisar. (Ver H. G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular PP. 192-214 (...)). Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma “consciência histórica efetiva” que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar. (DWORKIN, 2010a, p. 62-63).

Assim, tendo consciência da influência exercida pelo contexto histórico do intérprete (no caso o juiz) sob a tomada da decisão, Dworkin propõe uma teoria da decisão fundada na integridade, ou seja, na importância das proposições jurídicas “que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2010a, p. 272) levando em consideração os princípios de justiça, equidade e devido processo legal.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 2010a, p. 291).

Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte do nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias (DWORKIN, 2010a, p. 292).

A teoria da integridade no direito, enquanto teoria da decisão, postula, portanto, que a decisão judicial é a representação de uma fusão de horizontes. A ideia central de interpretação consiste, segundo Gadamer, na fusão de horizontes: um intérprete que busca compreender um texto está viciado por suas pré-compreensões e condicionado por seu horizonte histórico de sentido. Mas a obra e o seu autor também possuem um horizonte histórico de sentido – dentro do seu contexto e visto a partir do contexto do intérprete – que, fundido ao horizonte histórico de sentido do intérprete, permitirá a sua interpretação.

Do mesmo modo, Dworkin postula a interpretação judicial. O juiz deve levar em consideração, dentro de uma determinada comunidade de princípios, não somente a história institucional (ou seja, a fundamentação consolidada nos tribunais para a apreciação dos casos semelhantes), mas também a moralidade constitucional (que consiste na interpretação da Constituição em conformidade com os anseios e tradições da comunidade no atual contexto histórico). Em uma decisão judicial, portanto, o juiz, ao interpretar, estaria realizando a fusão dos horizontes da história institucional com a moralidade constitucional, sempre mediada pelo seu próprio horizonte histórico de sentido.

4. POR UMA TEORIA PÓS-POSITIVISTA DA DECISÃO JUDICIAL

Ficou demonstrada nos capítulos anteriores a riqueza de duas importantes teorias da decisão: a teoria de Robert Alexy e a teoria de Ronald Dworkin. Ficou demonstrado ainda que a primeira teoria tem suas raízes filosóficas na filosofia analítica e na hermenêutica epistemológica e a segunda na hermenêutica ontológica. Por fim, foram apresentadas as críticas desenvolvidas pela hermenêutica ontológica à hermenêutica epistemológica e ao positivismo filosófico.

Diante de tudo isso, devemos retomar os questionamentos suscitados no capítulo introdutório deste trabalho: as diferentes correntes hermenêuticas são excludentes? As críticas impostas pela hermenêutica ontológica ao positivismo filosófico atingem a hermenêutica

epistemológica? Em decorrência de seus fundamentos filosóficos, as contribuições das teorias da decisão de Alexy e Dworkin são excludentes ou podem ser complementares?

Como tentamos demonstrar no decorrer de todo o trabalho, as correntes da hermenêutica não são excludentes, mas complementares. O fato de se desenvolverem a partir de diferentes perspectivas torna as correntes hermenêuticas complementares e não excludentes. Isso por dois motivos: primeiramente porque a crítica imposta pela hermenêutica ontológica ao positivismo filosófico não se aplica à hermenêutica epistemológica; e, em segundo lugar, porque a crítica imposta à corrente epistemológica da hermenêutica pode ser absorvida e amortizada.

Como já anteriormente explicitado, a hermenêutica desenvolvida por Dilthey se fundou, sobretudo, na defesa da independência dos estudos das ciências humanas em relação aos estudos das ciências naturais. O discurso de Dilthey se pautava no sentido de superação do positivismo filosófico, ou seja, de superação da importação dos métodos das ciências naturais para as ciências humanas. Assim, tratar as teorias construídas sob o pálio da hermenêutica epistemológica como adstritas ao positivismo filosófico é um grande equívoco. A construção da hermenêutica epistemológica por Dilthey se deu exatamente porque o autor não encontrava qualquer possibilidade de a importação de técnicas das ciências naturais pelas ciências humanas obter êxito, tendo em vista, sobretudo, que estas são ciências necessariamente interpretativas. Assim, a construção da hermenêutica epistemológica se deu, exatamente, como resposta ao movimento do positivismo filosófico. Portanto, as críticas impostas pela hermenêutica ontológica ao positivismo filosófico não têm o condão de prejudicar as teorias fundadas em uma hermenêutica de cariz hermenêutico-epistemológico.

Por outro lado, há que se concordar com o cabimento da crítica imposta por Gadamer à incessante busca pela objetividade na obra de Dilthey e, exatamente neste ponto, encontra-se a maior contribuição de Gadamer para uma teoria da decisão. Caso se postule uma hermenêutica epistemológica que absorva a crítica gadameriana, pode-se entrever uma epistemologia voltada para o estudo dos métodos que se adequem à busca por uma interpretação o mais racional possível, desde que se tenha a consciência de que a racionalidade da interpretação estará, ainda assim, viciada pelas pré-compreensões do intérprete.

A proposta aqui formulada pretende, então, que a interpretação, na forma como proposta pela hermenêutica epistemológica, constitui uma etapa “posterior” à compreensão – que é um fenômeno, conforme proposto pela hermenêutica ontológica. Ocorrido o fenômeno da compreensão, cabe ao juiz, enquanto intérprete, submeter a sua compreensão a uma

constante e incansável interpretação através dos métodos propostos pela hermenêutica epistemológica, de forma a buscar-lhe atribuir a maior racionalidade possível. Ainda assim, é impossível alegar que esse “segundo momento” não seja viciado pelo horizonte histórico de sentido do juiz, mas os próprios métodos da argumentação jurídica também contribuirão para uma reconstrução deste horizonte histórico, concedendo-lhe novas perspectivas.

Dessa forma, pode-se enxergar uma imbricação entre as contribuições trazidas pelas teorias da decisão fundamentadas na hermenêutica ontológica e na hermenêutica epistemológica. O que se propõe é o acatamento da importante denúncia de Dworkin: a decisão judicial nunca obterá a certeza pretendida pela epistemologia ainda que se construa um monumental aparato de métodos de argumentação, porque a decisão é, inevitavelmente, fruto da compreensão de um ser, que é condicionado por seu horizonte histórico de sentido. Mas também se propõe que esta compreensão deve ser incansavelmente revisada pelo juiz. Dentro de uma circularidade hermenêutica, uma revisão da compreensão através da interpretação provoca novos desvelares cada vez mais coerentes com o que é pretendido enquanto direito.

Os próprios métodos propostos pela teoria da argumentação jurídica, inclusive, influenciam o intérprete. A questão proposta por Gadamer parece significar não que se deve abandonar métodos de aplicação do direito e de sistematização das fundamentações das decisões judiciais, mas sim ressaltar a importância da tomada de consciência de que a decisão, inevitavelmente, não será tomada apenas com fonte nos métodos que procuram-lhe dar a maior certeza possível, mas, sobretudo, pelas pré-compreensões do intérprete que condicionarão a sua compreensão. O fato de sobremaneira relevante trazido por Gadamer é que o compreender antecede ao interpretar, porque só interpretamos aquilo que compreendemos dentro do nosso horizonte histórico de sentido.

Portanto, a importação da proposta gadameriana para a teoria da decisão, sob a perspectiva aqui postulada, não pode ensejar a eliminação dos métodos e instrumentos que pretendem garantir maior segurança à decisão judicial. A maior relevância da importação da teoria gadameriana se funda em sua denúncia. Ou seja, adotar a hermenêutica ontológica de Gadamer significa tomar consciência de que, apesar da utilização de todos os métodos de argumentação jurídica, a decisão sempre será viciada pelas pré-compreensões do juiz. Assim, queira o juiz decidir através da ponderação entre princípios que possuem pesos abstratos ou queira o juiz decidir buscando a integridade no direito, através de uma moralidade constitucional e uma história institucional, a sua interpretação sobre qual deve ser o peso atribuído a um princípio ou a sua interpretação sobre qual é, naquele momento, a moralidade

constitucional estará necessariamente viciada por suas pré-compreensões e, conseqüentemente, condicionada pelo seu horizonte histórico de sentido.

Assim, fica claro que ambas as teorias – de Alexy e de Dworkin – têm importantes contribuições ao direito, mas não são completas e sim complementares. A imbricação entre as teorias permite a tomada da decisão judicial a partir da compreensão e da interpretação. Caso se aceite a denúncia promovida por Dworkin, tem-se inevitavelmente a consciência de que a decisão judicial se constrói, inicialmente, pela compreensão do juiz, que, ao realizar uma fusão de horizontes entre a história institucional e a moralidade constitucional, se vê inevitavelmente influenciado por seu próprio horizonte histórico de sentidos. Mas a decisão judicial não pode se limitar a essa compreensão inicial. Por isso o juiz deve se submeter a um processo interpretativo de revisão da sua compreensão, de forma a torná-la o mais racional possível, através dos métodos da argumentação jurídica. Nesse momento, as contribuições da teoria alexyana podem auxiliar a construção da decisão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade do debate permite o enriquecimento do direito. O debate aqui proposto buscou apresentar duas perspectivas jurídicas bastante respeitadas não como são habitualmente apresentadas, como contrapostas, mas como complementares.

À guisa das importantes críticas impostas por alguns teóricos do direito, a teoria do professor Robert Alexy apresenta extremo rigor científico e preocupação com uma racionalidade discursiva que, se decerto não afasta a influência das pré-compreensões do juiz, busca atribuir à decisão judicial o maior rigor argumentativo dentro de uma concepção de direito justo, eficaz e vinculado ao processo legal.

No mesmo passo, a teoria de Dworkin, apresenta uma relevante contribuição para a formulação de uma teoria da decisão, ressaltando a importância da consciência da historicidade do ser. Mas a necessidade de se permitir a maior racionalização possível do processo de interpretação nos conduz a requerer algo mais: a aplicação dos métodos produzidos a partir da hermenêutica epistemológica como meio interpretativo de revisão da compreensão obtida em um “primeiro passo” da decisão judicial.

Assim, o debate aqui proposto não pretendeu dar luz a uma nova teoria da decisão judicial e sequer formular uma teoria mista da decisão judicial (meio ontológica e meio epistemológica). Pretendeu sim demonstrar que ambas as perspectivas hermenêuticas e, conseqüentemente, as teorias da decisão por elas influenciadas, concederam importantes

contribuições ao direito. Essas contribuições podem oferecer o aparato inicial para a construção de uma teoria desvinculada das demarcações semânticas impostas pelos teóricos e filósofos do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales (trad. C. B. Pullido). **Revista Española de Derecho Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales y Políticos)**. Madrid, año 22, n. 66, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronal. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Trad. Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciencia histórica**. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Trad. M. F. Sá Correia. Porto: Rés, 1988.

RUEDELL, Aloísio. Epistemologia e ontologia. Uma leitura da hermenêutica de Paul Ricoeur. **Humanidades em revista**. Ano 5, n. 6. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

**DESSUBLIMAÇÃO E FORMA ESTÉTICA,
SEGUNDO DUFRENNE E MARCUSE: convergências e divergências.**

**DESUBLIMACIÓN E FORMA ESTÉTICA
EN EL PENSAMIENTO DE DUFRENNE Y MARCUSE: acuerdos e divergencias.**

José Carlos Henriques¹

Resumo

o presente artigo trata de um conceito fundamental para a compreensão da arte, a dessublimação. Tanto Marcuse quanto Dufrenne se esforçaram para analisar o fenômeno estético e, fundando-se em uma leitura de Freud acerca da arte, convergiram e divergiram sobre seu sentido e sobre a relação travada entre homem e natureza, nos limites do mundo artístico. Aqui, apresentaremos as leituras de ambos os autores, colocando-as em confronto.

Palavras-chave: Fenomenologia, Estética, Sublimação, Marcuse, Dufrenne.

Resumen

En este paper se describe un concepto clave para entender el arte, la desublimación. Marcuse y Dufrenne intentaran analizar el fenómeno estético y, basándose en una lectura del arte de Freud, convergen y divergen acerca de su significado, bien así acerca de la relación entre el hombre y la naturaleza, en los límites del mundo del arte. Presentamos las lecturas de ambos, para colocarlos en confrontación.

Palabras clave: Fenomenología, Estética, sublimación, Marcuse, Dufrenne.

1. Surgimento de pontos comuns de inflexão.

Por longo tempo, na tentativa de compreender o mundo da arte e as dimensões do artístico na existência humana, M. Dufrenne se ocupou do estudo das categorias estéticas. O que interessava a Dufrenne neste tema era, sobretudo, encontrar categorias capazes de

¹ Mestre em filosofia e Mestre em direito, especialista em direito civil e processual civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

significar a relação do homem com a Natureza², relações estas que, para ele, se manifestam, de preferência, no mundo da arte.

Após longos esforços, uma categoria se apresentou como a que melhor daria conta da proximidade do homem com a Natureza, como melhor via de relação do homem com o mundo no meio artístico: o poético.

Em detrimento do sublime, o poético dá a conhecer a familiaridade do homem com a Natureza, do humano em seu aparecer situado no seio mesmo daquela.

Em obra publicada em 1963, precisamente intitulada *O poético*³, Dufrenne conclui que é graças ao poético que a ternura das coisas se faz ternura em nós e se expressa no objeto estético.

Deve ser recordado que objeto estético não é sinônimo de obra de arte. De fato, obra de arte é o que é tido como tal pela tradição. Dufrenne não se ocupa da artisticidade da obra, procurando fugir do debate sobre o que constituiria uma certa obra como obra de arte. Daí que Dufrenne não seja simpático à idéia de Marcuse segundo a qual a forma estética constitui a arte como arte.

O objeto estético é já a obra de arte completada em seu destino mais próprio, ou seja, a obra percebida como obra de arte por parte daquele que dela faz experiência. Precisamente: o objeto estético se constitui no preciso momento em que a obra de arte é completada pela experiência estética do espectador. A obra de arte, só assim, cumpre seu destino de mostrar-se como objeto estético, ela nasce mesmo para este momento final, que a realiza.

A categoria do poético, ou seja, a proximidade íntima entre o homem e a Natureza, a intimidade natural do próprio homem, sua delicadeza e sensibilidade, aparecem e se reconhecem nos objetos estéticos. Isto é, a experiência estética, que realiza a obra de arte, tornando-a objeto estético, manifesta-se como uma relação harmoniosa e íntima do homem com a Natureza.

² O conceito de natureza em Dufrenne é de extrema relevância. Talvez influenciado pela importância que B. Spinoza deu à meditação sobre a natureza (Dufrenne usa o vocábulo com maiúscula, quem sabe para chamar a atenção para seu incomum conceito) esta se apresenta como “a força que anima todas as coisas e o liame que as mantém unidas.” Veja-se o esclarecedor artigo de Daniel Charles, intitulado “*Mikel Dufrenne et l’idée de Nature*”. p. 123-139. In: AAVV. *Vers une Esthétique sans entrave – mélanges offerts a Mikel Dufrenne*. Paris: PUF, 1975.

³ DUFRENNE, Mikel. *Le Poétique*. Paris: PUF, 1963.

Mas aquela relação entre homem e Natureza, no âmbito da arte, não se compraz apenas na categoria do poético. De fato, existem possibilidades de que ali se constituam relações menos íntimas e harmoniosas, podendo ser estas extremamente violentas, nas quais o aparecer do objeto estético nos desconcerta, nos ameaça ou nos exalta perigosamente. Eis a categoria do sublime. O perigo se apresenta porque o sublime pode distanciar o homem da Natureza, ao invés de dela aproximá-lo. Aqui a Natureza manifesta sua potência, revelando-se naquilo que teria de inesgotável e imprevisível. Assim, a categoria do sublime se oporia à categoria do poético. Aquela faz aparecer a distância entre o homem e a Natureza. Esta, ao contrário, evidencia e realiza a aproximação, a ternura, existente entre o homem e a Natureza, relação esta mais própria, já que aquele é parte integrante desta.

Vê-se que a concepção de sublime defendida por Dufrenne é algo romântica: sublime é o que enleva, comove e, precisamente por isto, faz ver um desajuste entre o homem e a Natureza, que o transcende. Daí que o sublime não seja categoria adequada para se compreender a experiência estética, pois permite a manifestação do pré-humano enquanto se apresenta como inhumano.⁴

Aqui se insere um ponto de inflexão entre o pensamento dufrenniano e as temáticas caras também à escola frankfurtiana, sobretudo a Marcuse: a sublimação e a dessublimação da arte. A partir deste ponto comum, anuncia-se outro: a meditação sobre a posição e o papel da forma estética na dessublimação da arte.

Na verdade, estes pontos de inflexão entre os pensamentos de Dufrenne e de Marcuse não são os únicos, vez que conhecidas as marcas deixadas pelos frankfurtianos no pensar produzido em França, nos anos sessenta do século findo.

Contudo, nos interessa aqui tratar aqueles pontos comuns de reflexão, não de resultados, entre Dufrenne e Marcuse, qual seja, a dessublimação da arte e o problema que esta coloca em relação à forma estética. E o faremos de modo limitado. As idéias daqueles autores serão discutidas a partir de um restrito universo de suas obras. De Dufrenne nos aproximaremos, fazendo uma leitura de seu famoso artigo *Sublimation et Desublimation en art*, que apareceu em uma sua coletânea de artigos, publicada pela vez primeira em meados da década de sessenta do século passado, encimada pelo título *Esthétique et Philosophie*. De Marcuse tomaremos, em substância, algumas das idéias contidas em duas de suas obras: *Arte e Revolução*, aparecido em 1972 e *A Dimensão Estética*, cuja publicação se deu em 1977.

⁴ Dufrenne op. cit. 254.

2. Dufrenne: dessublimação como desespiritualização e desformalização.

Dessublimar implicaria em desfazer uma sublimação anteriormente constituída. Por isto, Dufrenne opera uma releitura do conceito de sublimação, passando também por Freud, seu criador.

Ele considera que o conceito de sublimação está vinculado ao de criatividade, precisamente enquanto a energia que a (sublimação) constitui se desvia em direção a fins não sexuais. A este respeito, a proposta da psicanálise denota um mecanismo psicológico, porém conota o sublime. Assim, sublimação é o processo de aparição do que se liga, de algum modo, ao sublime.

Neste passo, Dufrenne tece considerações acerca do pensamento de Adorno e Hegel, verificando que, para o primeiro, a sublimação se manifesta como espiritualização, para o segundo é precisamente a espiritualização que justifica a hierarquia nas artes.

De uma leitura muito particular das teorias de Marcuse e Merleau-Ponty, conclui, ainda, Dufrenne que a arte mais espiritualizada e, portanto, mais sublimada, a clássica, se apresenta com grande refinamento formal exigindo, para sua compreensão, um aparato também refinado daquele que a percebe e experiencia, constituindo-se, com isto, verdadeira dogmática da arte.

Por tudo, a sublimação, pensada como espiritualização da arte, desemboca na normatização da expressão artística, como veículo da experiência estética. Esta se daria apenas para receptores habituados à percepção das normas da expressão artística, destinando-se aos que, de algum modo, detêm o monopólio de acesso ao espírito. Daí que a sublimação da arte, consubstanciada na forma, exige uma dogmática, um cânone interpretativo-perceptivo de acesso.

Lançando mão de mais uma apropriação, agora interpretação feita a partir de Herbert Read, Dufrenne insiste no caráter dogmático da arte sublimada e, assim entendida, em seu comportamento como força de opressão.

A normatização, requisito natural da arte sublimada, oprime todo aquele que não tenha domínio dos meios de acesso ao dogma formal, a imersão e o hábito próprios da percepção da forma. A formalização da arte, é opressora, portanto, na medida em que veda o acesso ao objeto estético, emperrando a experiência estética, para todo aquele que não obtiver acesso à forma, à dogmática da arte.

A desformalização deve ser corolário da dessublimação. Dessublimar a arte, libertando-a da tirania das formas, é condição para que tanto a experiência criadora, desenvolvida pelo artista, quanto a experiência estética autêntica do espectador sejam livres, sem dogmas, criativas.

A formalização furto, em grande medida, da sublimação estética, e a dogmática da arte, necessária para sua percepção, elitizam o espectador, turba a experiência estética por ele realizada. Daí que dessublimar implica, em primeira ordem, desformalizar, libertando, com isto, a arte para a criatividade. Então, o artista criará livremente e o espectador poderá ter autêntica experiência estética, também livre de qualquer enquadramento regrado, de qualquer dogmática estética.

O impulso estético, desformalizado, livre aponta para a utopia, para um ainda não, que transforma os objetivos do trabalho em fins internos, assemelhando-se ao jogo e transformando a vida.

3. Marcuse: dessublimação sem desformalização – forma estética e emancipação da sensibilidade.

Devemos antes lembrar que, no pensamento estético de Marcuse, comparece uma vertente utópica como, de resto, também existe no pensamento de Dufrenne.

Deve-se repetir que tomaremos por base, para a abordagem da problemática da dessublimação, com o resguardo da forma estética, em especial, dois textos de Marcuse, com algum recurso a idéias gerais desenvolvidas em outros textos. O primeiro, *Arte e Revolução*, publicado em 1972 e o segundo *A Dimensão Estética*, publicado em 1977.

A escolha destes dois textos se justifica. No primeiro, Marcuse se mostra otimista, pensa que a utopia de uma sociedade menos repressora, mais livre portanto, é muito viável, para não dizer que dava mostras de que já, naquele tempo, iniciava seu curso de implantação.

No segundo, muito mais comedido, Marcuse conserva pelo menos duas convicções já antigas: a de que a potência transformadora mora no interior do sujeito e aquela segundo a qual a arte possui clara dimensão crítica da realidade apresentando-se, com isto, seu caráter político-revolucionário, dissidente.

Partindo de Freud, Marcuse identifica na sociedade um mal-estar, fruto da repressão inevitável que, ao disciplinar as pulsões eróticas, torna possível o existir social. O princípio de realidade castra as possibilidades erótico-pulsionais e, ao limitá-las, torna a sociedade repressiva, em essência.

Ocorre que, para Marcuse, a repressão é fenômeno histórico, portanto contingente, não necessário. Se, de algum modo, se faz necessária a repressão, esta acontece no seio da história, padecendo do destino de tudo que é histórico: pode ou poderia ser de outro modo.

Assim, no capitalismo o princípio de realidade recrudescceu, tornou-se princípio de desempenho, gerando uma repressão maior do que a que deveria existir para os fins de manutenção da sociedade. Enfim, instalou-se no seio mesmo da sociedade a mais-repressão.

Mesmo que se admita, portanto, que o elemento repressivo faça parte da composição do social, Marcuse identifica que há um plus de repressão, cuja existência pode ser colocada em questão. Isto é, reprime-se mais que o necessário. Há mais-repressão. Este excesso repressivo, porque historicamente gerado, poderá ceder lugar a outro cenário social, desta feita menos repressivo, mais lúdico, no qual o trabalho possa ser liberto.

O conceito de mais-repressão está para a sociedade assim como o conceito de mais-valia está para o enlace das forças produtivas: um excesso não compensado, desnecessário, degradante...

Mas, se é possível o cenário acima, há uma utopia lúdica a ser realizada. Esta é um ainda não, *nunc stans*, uma esperança que se anuncia no horizonte da história. Este horizonte se descortina, já que a repressão, sobretudo seu excesso, a mais-repressão, não é uma necessidade, mas uma contingência histórica. Se assim é, no futuro, Eros pode reinar. O reino de Eros se anuncia na “dimensão estética”.

De fato, a arte é o outro da realidade. Configura-se como alienação da realidade alienada, por isto, traz à tona a verdade. A dupla negação, a alienação da realidade alienada é, então, positiva. De fato, se não há coincidência entre arte e realidade e se a arte remete para um “outro de si”, ela se apresenta como potência libertadora, como grande recusa da realidade alienada que ela denuncia.

Enfim, citando Sthendal, Marcuse reconhece que a arte é “promessa de felicidade”, anúncio da possibilidade de uma realidade transformada, em que a mais-repressão deve desaparecer ou pelo menos minimizar-se, cedendo espaços ao lúdico, à libertação...

O próprio contraste existente entre a dimensão estética e a vida efetiva é fruto mesmo da repressão.

Com claro tom otimista, em *Arte e Revolução*, Marcuse defende que a dessublimação da arte é possibilidade concreta de efetiva revolução, direcionando a sociedade rumo à esperança de que a mais-repressão fosse domada.

A arte se apresenta, então, como libertação possível, na medida em que ela, sendo ilusão, manifestaria outra realidade, impulsionando o processo transformador, em direção da

realidade outra por ela entreaberta. Aparece aqui o caráter político da dimensão estética, idéia que Marcuse não abandonará. Talvez tenha Marcuse, em textos posteriores, se tornado menos otimista, a utopia tenha se lhe mostrado mais distante, mas a afirmação do caráter crítico e do potencial político da arte permaneceu intacta.

Vale a pena citar concisa e densa passagem de *Arte e Revolução*, em que fica evidenciado o potencial político-libertador da arte, ao não permitir que ao indivíduo se acomode, renuncie ou se destrua frente à realidade dada, fazendo nascer a inquietação e a busca por uma outra realidade descortinada na experiência estética.

Eis a paradigmática passagem:

Em virtude dessa transformação do universo histórico específico da obra de arte – uma transformação que se destaca na apresentação do próprio conteúdo específico – a arte abre a realidade estabelecida a uma outra dimensão: a da possível libertação. Certo, isso é ilusão, *Schein*, mas uma ilusão em que outra realidade se manifesta. E somente o faz se a arte for *deliberadamente* ilusória – como um mundo irreal diferente do estabelecido. E nessa transfiguração, precisamente, a arte preserva e *transcende* o seu caráter de classe. E transcende-o, não no sentido de mera ficção e fantasia, mas no de um universo de possibilidades concretas.⁵ (grifos do autor).

É conveniente lembrar que a alienação da arte é dupla, é alienação da alienação, sendo assim positiva. Ou seja, soa como alento questionador, retirando o sujeito da alienação do dado, da realidade mais-repressiva. Assim, ao apontar para uma “realidade *ainda não existente*”, mantendo-se alienada e percebida por uma nova e transformada sensibilidade, a arte poderá incitar a modificação do *status quo*, rumo à minimização da mais-repressão.

Destaca-se o papel do sujeito como elemento real da transformação. Marcuse sempre manteve firme a idéia de que o movimento transformador dependeria, em última instância do sujeito, de um sujeito transformado em sua sensibilidade, emancipado na mais profunda intimidade.

Aqui uma pergunta decisiva. Se assim é, ou seja, se o movimento transformador liga-se ao sujeito, como avançar para as mudanças no plano intersubjetivo, no plano da existência social? Enfim, como promover na sociedade as mudanças eventualmente ocorridas na mais íntima subjetividade, emancipada esta por uma nova sensibilidade?

Aqui a genialidade da resposta de Marcuse, oferecida em *A Dimensão Estética*. Pelo menos de dois modos o estético se voltaria para a utopia, para o empenho revolucionário, enfim para a desrepressão, a libertação...

⁵ MARCUSE, Herbert. *Arte e Revolução*. In: *Contra-Revolução e Revolta*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973. p. 89.

Vejamos.

Primeiramente, pela forma estética, se estabeleceria possível passagem de uma sensibilidade nova, subjetivamente transformadora, para uma sua universalização, isto é para a dimensão da transformação social, intersubjetiva. Isto é, na arte, a forma estética possibilitaria a passagem do individual ao universal. O compromisso com a forma, articula a distância que a arte mantém da realidade e, por isto, iniciando-se a transformação na sensibilidade renovada do sujeito, por meio deste mesmo sujeito emancipado, poderia ser atingida a transformação universal, transindividual, sempre mediada pela forma estética, espécie de conteúdo tornado forma.

De novo é conveniente ouvir o próprio Marcuse:

A arte empenha-se na percepção do mundo que aliena os indivíduos da sua existência e atuação funcionais na sociedade – está comprometida numa emancipação da sensibilidade, da imaginação e da razão em todas as esferas da subjetividade e da objetividade. A transformação estética torna-se um veículo de reconhecimento e acusação. Mas essa realização pressupõe um grau de autonomia que desvia a arte do poder mistificador do dado concreto e a liberta para a expressão da sua própria verdade. Enquanto o homem e a natureza não existirem numa sociedade livre, as suas potencialidades reprimidas e distorcidas só podem ser representadas numa forma *alienante*...⁶ (grifos do autor)

Como se vê, no final da passagem citada, comparece a forma estética como meio de representação das potencialidades reprimidas e distorcidas do homem, ligando assim todas as subjetividades, permitindo com isto, a percepção da verdade da arte por vários sujeitos, deixando entrever a possibilidade de que uma nova sensibilidade, mesmo que fundada no sujeito, poderia, mediada pela forma estética, universalizar o potencial transformador, negador da realidade, presente na experiência estética.

Enfim, a verdade da arte mostra-se como promessa de uma sociedade liberta. Precisamente ao manter a tensão entre o dado e verdade revelada pela dimensão estética, a arte manifesta seu potencial libertador que, mediado pela forma, pode estender-se em direção ao universal, politizando seus resultados.

Em segundo lugar, é de se notar que a dessublimação da arte, que supõe o estreitamento das fronteiras entre alta cultura e a cultura popular, se transformaria em uma ponte entre cultura e civilização, promovendo a transformação mediada pela forma estética.

⁶ MARCUSE, Herbert. *A Dimensão Estética*. Lisboa: edições 70, 1986. p. 22.

Precisamente com o estreitamento daquelas fronteiras, a arte passa ou pode passar à expressão do prosaico, do cotidiano. Mas não se trata de uma arte engajada, cuja ênfase seja colocada em um seu conteúdo revolucionário. Mesmo porque deveríamos nos perguntar quanto a um possível caráter revolucionário universal. As realidades dadas são tão diversas, exigindo soluções transformadoras tão peculiares... Na verdade, somente na forma estética reside o caráter revolucionário da arte. Aliás, saliente-se, é a forma da arte que a constitui como arte.

Se a arte é o retorno do reprimido, é na forma estética que reside sua força transindividual, política, portanto. Arte sem forma não é arte. Na arte, a dessublimação não implica na desformalização.

Marcuse dirige severas críticas às estéticas marxistas ortodoxas. Vê nelas o aprisionamento da *mimesis* no espelhamento, pois consideram que a arte deve espelhar o mundo real. Vê nelas, ainda, uma diminuição ou mesmo ausência da autonomia da arte, vez que esta é posta a serviço do regime, sendo sua propaganda.

Ora, para Marcuse, a arte mantém-se autônoma perante as relações sociais existentes. A arte as transcende, as contesta e subverte a experiência ordinária. Assim, a arte acusa a realidade estabelecida e invoca a libertação. Mantendo-se alienada do dado, torna possível a superação da alienação. Eis seu potencial revolucionário que nos remete a um lugar ainda não existente, utopia, mas que permanece antevisto na arte como possibilidade concreta.

4. Divergências e convergências.

O discurso de Dufrenne sobre a arte e seu potencial transformador do dado alienado, seguramente, é menos politizado que o de Marcuse. Há divergências, ainda, quanto ao papel da forma estética na dessublimação da arte.

Para Marcuse, a forma estética permanece como meio inarredável da transindividualização da percepção estética, fornecendo a possibilidade de que a emancipação da sensibilidade, realizada no sujeito, transcenda este mesmo sujeito e venha a se expandir para sociedade, posto que mediada por uma universalidade, a forma.

Deste modo, a forma estética não pode ser afastada da arte, sem o quê a arte se desfaria, deixando de ser arte. A arte imediata, sem forma, seria quimera individualista, sem potencial transcendência em relação ao sujeito da percepção estética, posto que ausente qualquer mediação intersubjetiva. O mesmo não ocorre admitindo-se o caráter absolutamente necessário e fundante da forma para a arte. É o que faz Marcuse.

A dessublimação na arte se dá na percepção dos indivíduos – nos seus sentimentos, juízos, pensamentos – não implica na dissolução da forma estética. Esta é que permitirá que aquela dessublimação, fruto de uma nova sensibilidade, saia do estreito círculo do indivíduo e se universalize, com o quê transparece o potencial político-revolucionário da própria arte.

Já para Dufrenne, dessublimação, em arte, implica em desformalização e desespiritualização. Isto é, sublimação, classicismo e normatividade, são as três noções contra as quais se eleva o conceito de dessublimação, entendido este no sentido da recusa à espiritualização e à normatização.

Assim, o aparecimento da anti-arte, da “não arte”, ou da arte que diz não à complacência e à aproximação da arte tradicional aos poderes, é a mais acabada dessublimação da arte.

A anti-arte, ao recusar a forma clássico-tradicional de arte, não compactua com uma forma de arte (a clássica) que serviu para a permanência de um estado em que a ordem estabelecida se viu plenamente instalada. Dessublimar é aproximar, de vez, a arte do homem comum, é lutar contra a elitização do espectador e da experiência estética. Dessublimada, a arte se torna acessível, permite o diálogo com o “homem da rua”.

Aproxima-se Dufrenne de Marcuse quando admite que há uma dimensão utópica na experiência estética, isto é, que esta traz em si um apelo à mudança. Sobretudo quando indica que a dessublimação liberta tanto o fazer artístico e a experiência estética do espectador. Mas dele se afasta quando afirma que tal sublimação se opera ao libertar as forças criadoras dos rigores da forma.

Dufrenne reconhece na arte uma liberação do prazer estético, isto é daquele prazer experimentado pelo espectador, que não se remete a formas. Enfim, a experiência estética é libertadora não só do próprio fazer artístico, mas também do complemento que lhe dá a experiência do espectador, transformando a obra de arte (produção criativa do artista) em objeto estético (obra de arte entendida como tal pelo espectador). Para Dufrenne, a dessublimação, assim entendida, seria a solução para os apelos criativos da própria arte: irrompendo esta como solução também para o homem singular no seio da coletividade, subjetividade no seio da atividade intersubjetiva. A mediação intesubjetiva é a própria experiência estética, que se apresenta desformalizada. Já para Marcuse, aquela mediação é própria forma estética que contém, potencialmente, caráter universal, permitindo que seja ultrapassada a experiência estética individual, aquela realizada pelo sujeito emancipado.

5. À guisa de conclusão.

Por fim, apresentamos as conclusões que nos parecem possíveis acerca das divergências e convergências existentes entre os pensamentos de Marcuse e Dufrenne a respeito do papel da forma estética na dessublimação da arte.

O pensamento de Marcuse e o de Dufrenne caminham juntos enquanto ambos: defendem o caráter utópico antevisto na arte, de algum modo, sempre como “promessa de felicidade”; libertam a arte do dado, concedendo à mimesis *status* de criação, não de repetição; valorizam a experiência estética do espectador, entendendo-a como experiência criativa e potencialmente transformadora; pelo menos de forma tendencial, pensam a experiência estética como possível ao homem comum (neste sentido Dufrenne defende uma arte popular e Marcuse a diminuição das fronteiras entre a alta cultura e a cultura popular o que, de resto, teria conseqüências similares para o âmbito da estética).

De outro lado, se dissociam os dois autores enquanto: entendem de forma diversa o conceito e os efeitos da dessublimação estética, como procuramos demonstrar. Saliente-se, porque é ponto crucial da questão que, para Dufrenne dessublimar, em arte, implica em uma desformalização estética, tanto em relação à atividade criadora do artista, quanto em relação à experiência estética do espectador que restaria assim mais livre. Já para Marcuse a forma estética permanece como a instância capaz de permitir a passagem de uma nova sensibilidade, produto de uma subjetividade emancipada, à intersubjetividade. Enfim, para ele, é a forma estética que constitui a arte como arte e, como tal, comparece como mediação necessária entre as subjetividades. Aquela forma se apresenta mesmo como conteúdo sedimentado. Eis porque, neste passo decisivo, para Marcuse, ao contrário da tese defendida por Dufrenne, dessublimar não poderá implicar em desformalizar, sob pena de que defina a própria arte.

6. Bibliografía.

CHARLES, Daniel. *Mikel Dufrenne et l'idée de Nature*. In: AAVV. *Vers une Esthétique sans entrave – mélanges offerts a Mikel Dufrenne*. Paris: PUF, 1975. p. 123-139.

DUFRENNE, Mikel. *Le Poétique*. Paris: PUF, 1963.

DUFRENNE, Mikel. *Sublimation et Desublimation en art*. In: *Esthétique et Philosophie*. Tome III. Paris: éditions Klincksieck, 1988. pp. 74-85.

MARCUSE, Herbert. *Arte e Revolução*. In: *Contra-Revolução e Revolta*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973. p. 89.

MARCUSE, Herbert. *A Dimensão Estética*. Lisboa: edições 70, 1986. p. 22.

**A AURORA DA HISTÓRIA COMO VIDA HUMANA, DEMASIADO HUMANA:
Um novo prolegômeno para uma teoria trágica da justiça**

**THE DAWN OF THE HISTORY AS HUMAN, ALL TOO HUMAN LIFE:
A new prolegomena for a tragical theory of justice**

Ramon Mapa da Silva¹

RESUMO: Esse trabalho continua as investigações sobre a relação entre o trágico e a justiça na obra de Nietzsche iniciadas em nosso artigo Prolegômenos para uma Teoria Trágica da Justiça, abordando as obras de Nietzsche que vão de *Aurora* até *A Gaia Ciência*.

Palavras-chaves: Nietzsche, trágico, justiça.

ABSTRACT: This paper continues the researches about the relationship between the tragical and the justice in the Nietzsche's work that began in our article Prolegomena to a Tragical Theory of Justice, focusing on the works of Nietzsche from *The Dawn* until *The Gay Science*.

Keywords: Nietzsche, tragical, justice.

A Aurora

Em *Aurora* e *Humano, demasiado humano*, Nietzsche estabelece um procedimento de investigação intelectual das relações humanas baseado nas diversas mudanças de perspectiva que essas relações experimentaram ao longo da história. O autor se mostra preocupado com a relação de sua época com a história, essencialmente atada aos preconceitos historiográficos positivistas, focados não somente na história

¹ Mestre em Teoria do Direito pela PUCMinas, Professor do curso de Direito da Unipac – Itabirito, Professor da Faculdade Dinâmica – Ponte Nova

oficial, mas também representantes da crença de que a modernidade seria o auge da aventura humana sobre a terra.

Não é a toa que Nietzsche dedica uma de suas *Considerações Extemporâneas* à função da história na vida moderna. O filósofo alemão defende que a história só deve ser considerada na medida em que influencia e vivifica o agir, a melhora de vida. Nesse ponto, a história e a filologia erudita de sua época, preocupadas em demasia com o conhecimento puro, são luxos que devem ser considerados supérfluos e odiosos:

Certamente precisamos da história, mas não como o passeante mimado no jardim do saber, por mais que este olhe certamente com desprezo para as nossas carências e penúrias rudes e sem graça. Isto significa: precisamos dela para a vida e para a ação, não para o abandono confortável da vida ou da ação ou mesmo para o embelezamento da vida egoísta e da ação covarde e ruim. NIETZSCHE (2003:5)

Nietzsche questiona então o sentimento historiográfico que permeia sua época, com uma vontade imensa de acúmulo de conhecimento, como se houvesse uma necessidade humana de não esquecer. Nietzsche reconhece que a felicidade do viver a-historicamente não é permitido aos homens como aos demais animais, imersos totalmente no instante presente. Mas ao mesmo tempo condena esse sentido histórico como uma degradação não só do espírito da época, mas da própria relação da mesma com a vida. Esse acúmulo, esse ruminar constante do tempo histórico leva à apatia e à inércia. À necessidade do horizonte histórico corresponde à necessidade de esquecer, do a-histórico. Como em tudo, Nietzsche enxerga nessa relação algo fundamental para a boa saúde e para evitar a degradação do agir:

Ou, para explicar-me ainda mais facilmente sobre o meu tema: há um grau de insônia, de ruminância, de sentido histórico, no qual o vivente histórico se degrada e por fim sucumbe, seja ele um homem, um povo ou uma cultura.

(...)

A serenidade, a boa consciência, a ação feliz, a confiança no que está por vir – tudo isto depende, tanto nos indivíduos como no povo, de que haja uma linha separando o que é claro, alcançável com o olhar, do obscuro e impossível de ser esclarecido; que se saiba mesmo tão esquecer no tempo certo quanto lembrar no tempo certo; que se pressinta com um poderoso instinto quando é necessário sentir de modo histórico, quando de modo a-histórico. Esta é justamente a sentença que o leitor está convidado a considerar: o histórico e o a-histórico são na mesma medida necessários para a saúde de um indivíduo, um povo e uma cultura. (idem: 10-11)

É por isso que o pensar histórico em Nietzsche não é somente narrativo, como próprio da historiografia de sua época, nem descritivo, como na filologia. É um pensar crítico e criativo. Sua análise das interpretações humanas variadas se abre também,

convidativa, a novas e variadas interpretações. Por isso a mudança na estética dos escritos de Nietzsche. Se em o *Nascimento da Tragédia* Nietzsche se utiliza de um estilo mais dissertativo e digressivo, a partir de *Aurora* é o aforismo que impera. Textos curtos, muitas vezes compostos de um único parágrafo, com o uso de pontuações e pausas incomuns à língua alemã, o que obriga sempre a releitura do texto e a descoberta de novos sentidos, num estilo muito próximo a dos moralistas franceses, como **MONTAIGNE**, ou mesmo de alguns sofistas.

O aforismo, ao mesmo tempo em que é avaliação, crítica, é criação, construção. Por mais demolidor ou perversa que seja a crítica presente em suas linhas, o aforismo não é uma mera reação, uma negação. Na análise de **DELEUZE**:

Genealogia quer dizer simultaneamente valor de origem e origem dos valores. Sua crítica é ao mesmo tempo o elemento positivo de uma criação. Por isso a crítica não é REAÇÃO, mas AÇÃO; a crítica opõe-se à vingança, ao ressentimento. É a expressão ativa de um modo de existência ativo, a maldade que pertence à perfeição. Essa maneira de ser é a do filósofo. Dessa genealogia NIETZSCHE espera muitas coisas: uma nova organização das ciências, da filosofia, dos valores. DELEUZE (1988:4)

Em *Aurora* isso transparece perfeitamente. A análise que Nietzsche empreende de algumas de nossas instituições morais se equipara, em suas próprias palavras, com um perfurar, um corroer, um cavar em direção às verdades mais subterrâneas, soterradas por anos de avaliações e construções simbólicas que as naturalizam e as tornam necessárias e imutáveis. E reside justamente aí o papel criador da genealogia: à medida que propõe uma inversão crítica, já que “as avaliações supõe valores anteriores; por outro lado e mais profundamente, são os valores que supõe avaliações, donde deriva seu próprio valor. O problema crítico é esse: o valor dos valores, e, portanto, o problema da sua criação.” (idem:3) No momento da criação de um valor, de uma avaliação, de uma noção sobre algo, qual valor impera? O que inspirou a criação de um valor? Em quais condições, hiperlunares ou ctônicas, se deu sua formação? E depois de criado, instituído, quais avaliações se sobrepõem se decantam, se recaem sobre esse valor, essa avaliação inicial? É justamente esse problema, o das sobreposições de avaliações que Nietzsche “perfura” em sua *Aurora*, encontrando nas profundezas, o delírio e os calafrios do medo:

Todas as coisas que duram muito tempo de tal modo se impregnam aos poucos de razão que a origem que tiram da desrazão se torna inverossímil. A história exata de uma origem não é quase sempre sentida como paradoxal e sacrílega? O bom historiador não está, no fundo, incessantemente em contradição com seu meio? NIETZSCHE (1. Razão ulterior, 2007:21)

Se todo historiador é um herege, um sacrílego, saber não há mais caro a um filósofo que tem por função destruir ídolos, do que o saber histórico, naquilo que o mesmo tem de mais ativo e virulento, na desconstrução da razão que se sobrepõe à sua origem. Toda origem, segundo o filósofo, tem algo de violento, de cinza, de essencialmente vil, que deve ser resgatado se nossas avaliações pretendem avaliar o âmago da questão. E isso é verdade também no que tange aos institutos morais. A tradição e o seguir aos costumes nos faz esquecer da origem dos mesmos, como se eles sempre tivessem existido:

É por isso que nós, homens tardios, tão dificilmente penetramos nas idéias fundamentais que presidiram a formação da moral e, se chegarmos a descobri-las, rejeitamos ainda em publicá-las, tanto nos parecem grosseiras! Tanto aparentam caluniar a realidade! Veja-se, por exemplo, a proposição principal: a moralidade não é outra coisa (portanto, antes de tudo, nada mais) senão a obediência aos costumes, sejam eles quais forem; ora, os costumes são a maneira tradicional de agir e avaliar e de avaliar. Em toda parte onde os costumes não mandam, não há moralidade; e quanto menos a vida é determinada pelos costumes, menor é o cerco da moralidade. O homem livre é imoral, porque em todas as coisas quer depender de si mesmo e não de uma tradição estabelecida: em todos os estados primitivos da humanidade, “mal” é sinônimo de “individual”, “livre”, “arbitrário”, “inabitual”, “imprevisto” e “imprevisível”. Nesses mesmos estados primitivos, sempre segundo a mesma avaliação: se uma ação é executada, não porque a tradição assim o exija, mas por outros motivos (por exemplo, por causa de sua utilidade individual) e mesmo pelas razões que outrora estabeleceram o costume, a ação é classificada como imoral e considerada como tal até mesmo por aquele que a executa: pois este não se inspirou na obediência para com a tradição. NIETZSCHE (9. Conceito da moralidade dos costumes, 2007:23)

Nietzsche trabalha com esses problemas impondo uma imanência radical à análise dos sentimentos morais. Esse é o projeto de *Humano, demasiado humano*, em que a moral e os costumes se desenvolvem das nossas fragilidades. Se o mundo é embate eterno, em que forças comparáveis se digladiam sem se subjugarem ou conquistar a vitória, os costumes e as construções morais do hábito e da tradição são somente meios para manter a luta, nunca um resultado ou um fim em si.

Por ser um meio, tanto os costumes quanto o direito devem se aliar à sabedoria para, dentro do princípio apolíneo, organizar e estruturar o embate. Por isso a prudência como valor fundamental da justiça. Como ser frágil e medroso por natureza, é preciso o uso da sabedoria, talento nascido de sua incapacidade de lidar com o mundo hostil a sua volta, para que o homem persevere. E o medo que faz nascer o direito é justamente o medo do outro. Medo esse que leva a uma identificação e reprodução dos sentimentos alheios, que leva a construção do costume e da tradição. Não quer dizer que onde há o

medo existirá a sabedoria para lidar e estruturar o direito e o costume, mas que estes só cumprem sua função de impedir o desperdício de forças paritárias em batalhas inúteis quando pensados pela prudência. Nasce dessa identificação uma simpatia e uma identificação entre os homens, que acabarão por se organizar para evitar a extinção:

Se perguntarmos como se tornou tão corrente a representação dos sentimentos alheios, a resposta não deixa qualquer dúvida: uma vez que o homem é a criatura mais receosa de todas, graças à sua natureza delicada e frágil, encontrou em sua disposição receosa a iniciadora dessa simpatia, dessa rápida compreensão dos sentimentos dos outros (mesmo dos animais). Durante milênios viu um perigo em tudo o que era estranho, em tudo o que agitava: desde que semelhante espetáculo se oferecera a seus olhos, imitava os traços e a atitude daquilo que via diante dele e tirando suas conclusões sobre a natureza das más intenções escondidas por trás de todos os traços em função de intenções, o homem a aplicou à natureza das coisas inanimadas – levado como estava pela ilusão de que não existia nada de inanimado. Penso que tudo aquilo que chamamos sentimentos da natureza e que nos toca ao aspecto do céu, dos campos, dos rochedos, da floresta, das tempestades, das estrelas, dos mares, das paisagens da primavera, encontra aqui sua origem. Sem a velha prática do temor que nos forçava a ver tudo isso sob um sentido secundário e distante, estaríamos privados hoje das alegrias da natureza, precisamente como o homem e os animais nos deixariam sem prazer, se não tivéssemos tido essa iniciadora de toda compreensão, o temor. NIETZSCHE (142. Simpatia, 2007:112)

Para que essa organização permaneça, o indivíduo, o diferente, deve ser visto como ameaçador e suprimido. Despojado de qualquer importância, o indivíduo só faz sentido como formador da sociedade e, por consequência, cumpridor das leis e costumes. Daí a insistência na ideia de igualdade, que com o cristianismo se torna uma metáfora, a do amor universal:

Love and justice. Why do we overestimate love to the disadvantage of justice, saying the nicest things about it, as if it were a far higher essence than justice? Isn't love obviously more foolish? Of course, but for just that reason so much more pleasant for everyone. Love is foolish, and possesses a rich horn of plenty; from it she dispenses her gifts to everyone, even if he does not deserve them, indeed, even if he does not thank her for them. She is as nonpartisan as rain, which (according to the Bible and to experience) rains not only upon the unjust, but sometimes soaks the just man to the skin, too. NIETZSCHE (1981:44)

Nietzsche deixa claro que a ideia de igualdade contraria qualquer ideal maior de justiça. Da mesma forma que a prudência organiza e estrutura o direito, as tradições e o costume, possibilitando a manutenção da justa evitando o desperdício de forças equiparáveis, a ideia de igualdade engessa a justa, criando a ilusão de que combater o outro é errado porque ele e eu somos o mesmo. Sobre isso, assim fala o seu Zaratustra:

Assim vos falo em parábola a vós que levantai torvelinhos na alma, pregadores da igualdade! Vós outros sois para mim tarântulas sedentas de secretas vinganças.

(...)

E acrescentam: “Vontade de igualdade, isto será daqui por diante o nome da virtude, e queremos erguer o grito contra tudo o que é poderoso.

Sacerdotes da igualdade: a tirânica loucura da vossa impotência reclama em brados a “igualdade”, por detrás das palavras de virtudes esconde-se a vossa mais secreta concupiscência de tiranos!

(...)

Desconfiai de todos os que falam muito da sua justiça! Não é só mel o que falta às suas almas.

E, se chamam a si mesmos “os bons e justos”, na esqueçais que, agora para serem fariseus, só lhes falta...o poder.

(...)

Com estes pregadores da igualdade é que eu não quero ser misturado nem confundido. Porque a justiça me fala assim: “Os homens não são iguais”.

Não devem tampouco chegar a sê-lo. Que seria, pois, o meu amor ao Super-homem se eu falasse doutro modo?

Por mil pontes e por mil caminhos se devem precipitar para o porvir, e sempre haverá que colocar entre eles mais guerras e desigualdades: assim me faz falar o meu grande amor! NIETZSCHE (Das tarântulas, 2003:86-87)

O devir do homem não reside na igualdade, tentação perniciosa dos fracos que impõem seus medos e seus instintos de rebanho aos fortes, segundo Nietzsche. É somente ao fraco, ao frágil, ao animal de rebanho, dependente de seus instintos gregários que a igualdade interessa, uma vez que ele, assim como o caracol precisa de seu casco pois não resiste às menores trocas orgânicas, precisa da igualdade porque é frágil diante do poderoso.²

Essa identificação de todos, artifício dos mais fracos para sobreviver e, por vezes, chegar ao poder, encontra no cristianismo um solo fértil para se desenvolver. Sob o manto do amor universal impõe uma falsa igualdade que incute nos mais fortes uma consciência culpada que impede qualquer ação que afete negativamente os mais fracos. Por isso Nietzsche dizia não haver nenhum tipo de justiça no cristianismo, ou melhor, que a religião de Paulo (não de Cristo, como explicaremos mais adiante), é contra todo tipo de justiça e expressão vital saudável. Essa posição é bem demonstrada pela condenação nietzscheana da compaixão e da solicitude:

Supondo que a tendência ao devotamento e à solicitude para com os outros (“o sentimento de simpatia”) seja duas vezes mais forte do que realmente é,

² “trata-se do sentimento de segurança do caracol, que instalado em sua casa carrega-a por toda a parte, a musa trágica exclui o cotidiano e a tranqüilidade do caracol. NIETZSCHE (2006: 41) Nietzsche considera como exemplo de vida baixa o caracol, que se enterra no próprio casco, limitando ao mínimo suas trocas orgânicas. Ou seja, o organismo se fecha completamente aos estímulos dolorosos que vêm do exterior, diminuindo portanto sua capacidade de assimilá-los, condição prévia do trabalho ativo da interpretação reparadora. NIETZSCHE (2006, nota8: 42)

a permanência na terra se tornaria intolerável. Que se pense somente nas tolices que cada um comete todos os dias e a todo momento por devotamento e solicitude para consigo mesmo e que inoportável espetáculo então se oferece: que aconteceria se nos tornássemos para os outros o objeto dessas tolices e dessa inoportunidades que até agora se reservaram unicamente para si próprios! Não deveríamos então partir cegamente em fuga, sempre que um “próximo se aproximasse” de nós? E não haveríamos de cobrir a afeição de simpatia com as mesmas palavras injuriosas que cobrimos hoje o egoísmo? NIETZSCHE (Ai de nós se a tendência se desencadeia! 2007: 113)

Nietzsche dá aqui indícios da transvaloração de todos os valores que mais tarde irá empreender, e que encontrará em seu Zarathustra seu profeta. A valorização do egoísmo, o sentimento anticristão por excelência passa a ser uma constante na obra do filósofo, que cada vez mais discute o conceito de verdade – e obviamente o de justiça, uma vez que atrelados desde **SÓCRATES** – evocando cada vez mais o perspectivismo de seu pensamento ao martelar a tradição e as verdades prontas.

A morte de Deus e do homem, ou como apagar horizontes.

Em a *Gaia Ciência* Nietzsche continua as investigações iniciadas em *Aurora* e *Humano, demasiado humano*, investindo na análise da identidade humana formada pelo sentimento do medo. Mas aqui Nietzsche pensa o medo como um formador de um si (*das Selbst*), que só pode ser afirmado através de um refinamento do gosto e do desenvolvimento do egoísmo, no nascimento de uma moral do agrado. Para que essa afirmação se dê, antes é necessário interrogar a si, tentá-lo ao cavar perspectivas diferentes e novas formas de conhecer a si mesmo.

A justiça então passa por uma condenação de toda forma hegemônica de pensamento e verdade, como formas de homogenização do homem, e o repensar o si e sua possibilidade de afirmação em meio à degradação moral que Nietzsche enxergava na Europa de seu tempo.

Para representar tal degradação, Nietzsche redige um de seus mais conhecidos e polêmicos aforismos, *O Insensato*. Talvez a passagem mais analisada de toda obra do filósofo, o aforismo de número 125 ao mesmo tempo resume toda obra de Nietzsche até esse momento e abre o “mar” para suas propostas posteriores, incorporando, em todo seu significado abissal, a frase de **TURENNE** que estampa a epígrafe do Livro Quinto de a *Gaia Ciência*: “*Tremes, carcaça? Tremarias ainda mais se soubesse onde te levo.*”(NIETZSCHE, 2004: 181)

O *Insensato* é a expressão do pensamento de Nietzsche sobre sua época. Uma época que, filha do racionalismo iluminista, abandona suas crenças, mas continua vivendo como se elas ainda existissem. Para sobreviver o homem cria um substrato de verdades comuns, pensadas como duráveis e idênticas. Daí o surgimento de hábitos e costumes, que ligados ao conceito de verdade são identificados como justos e elevados ao posto de norma. Antes de analisar o aforismo que aqui mencionamos, vejamos uma posição de Nietzsche acerca da verdade:

Num certo canto remoto do universo cintilante, vertido em incontáveis sistemas solares, havia uma vez um astro onde animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e hipócrita da "história mundial", mas foi apenas um minuto. Depois de a natureza ter respirado umas poucas vezes, o astro enregelou e os animais inteligentes tiveram de morrer. Assim, alguém poderia inventar uma fábula como esta e, no entanto, não ficaria suficientemente esclarecido quão lastimável, quão obscuro e fugidio, quão desprovido de finalidade e arbitrário se apresenta o intelecto humano no interior da natureza. Eternidades houve em que ele não existia; quando ele tiver de novo desaparecido, nada se terá alterado. Pois para este intelecto não há outra missão que transcenda a vida humana. Antes, pelo contrário, ele é humano, e só o seu dono e progenitor o encara tão pateticamente como se ele fosse o eixo à volta do qual gira o mundo. Mas se nós conseguíssemos comunicar com um mosquito, saberíamos que também ele paira neste ambiente com a mesma presunção e se sente como centro voador deste mundo. Na natureza não há nada de tão censurável e limitado que na se inchasse qual tubo insuflável por meio de um pequeno sopro dessa força do conhecimento; e tal como todo e qualquer carregador ambiciona ter o seu admirador, assim o homem mais orgulhoso, o filósofo, julga ver de todos os lados os olhares do universo, quais telescópios dirigidos para o seu agir e pensar. NIETZSCHE (2005:7)

O conhecimento humano, criado para tentar reduzir o caos e a desordem do mundo, após se converter em verdade e se impor como norma natural, institui hábitos e convicções. Na modernidade, a vontade de verdade iluminista bateu às fronteiras do conhecimento. Mas a modernidade não foi longe o suficiente na visão de Nietzsche. Ainda apegada a conceitos e tradições que formavam seu horizonte de conhecimento, e presa à estrutura homogenizante do pensamento racionalista hegemônico, a modernidade trai seu próprio projeto ao não assumir as conseqüências de sua própria vontade emancipatória. O conhecimento se mostra então essencialmente moral e antropocêntrico e é o questionamento desse horizonte que possibilita a emancipação humana. Mas parecemos não querer isso. A verdade do mundo enquanto caos e conflito é negada constantemente e vivemos como se nossas crenças metafísicas ainda regessem nossa realidade. É o que Nietzsche pretende mostrar com a morte de deus e o vaticínio do *insensato*:

Jamais ouviram falar daquele louco que acendeu uma lanterna em plena luz do dia e desatou a correr pela praça pública gritando incessantemente: “Procura Deus! Procuo Deus!”. Mas como havia ali muitos daqueles que não acreditam em Deus, o seu grito provocou grandes gargalhadas. “Perdeu-se, como uma criança?”, dizia um. “Estará escondido?”...Assim gritavam e riam todos ao mesmo tempo. O louco saltou no meio deles e trespassou-os com seu olhar. “Para onde foi Deus?” exclamou, “...vou lhes dizer! Nós o matamos, vocês e eu! Somos nós os seus assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte inteiro? Que fizemos quando desatamos esta terra do seu Sol? Para onde vai ela agora? Para onde vamos nós mesmos? Para longe de todos os sóis? Não estamos incessantemente a cair? Para diante, para trás, para os lados, em todas as direções? Haverá ainda um “em cima” e um “embaixo”? Não estamos errando através de um vazio infinito? Não sentimos na face o sopro do vazio? Não se tornou ele mais frio? Não anoitece eternamente? Não será preciso acender os candeeiros logo de manhã? Não ouvimos ainda o barulho dos coveiros que enterram Deus? Ainda não sentimos o cheiro da decomposição divina?...Os deuses também apodrecem! Deus morreu! Deus continua morto! E nós o matamos! Como havemos de nos consolar, nós, assassinos entre os assassinos! O que o mundo possuía de mais sagrado e de mais poderoso até hoje sangrou sob o nosso punhal: quem nos limpará este sangue? Que água nos poderá lavar? Que expiações, que jogo sagrado seremos forçados a inventar? A grandeza deste ato é demasiado grande para nós. Não será preciso que nós próprios nos tornemos deuses para parecermos dignos dele? Nunca houve ação mais grandiosa e quaisquer que sejam aqueles que poderão nascer depois de nós pertencerão, em função dessa ação, a uma história mais elevada do que toda a história que já existiu!”. O insensato calou-se depois de pronunciadas essas palavras e voltou a olhar para os seus auditores: também eles se calaram, e o fitavam com espanto. Finalmente atirou a lanterna ao chão, de tal modo que se partiu e se apagou. “Chego cedo demais”, disse ele então, “o meu tempo ainda não chegou. Esse acontecimento enorme está ainda a caminho, e ainda não chegou ao ouvido dos homens. O relâmpago e o raio precisam de tempo, a luz dos precisa de tempo, as ações precisam de tempo, mesmo quando foram efetuadas, para ser vistas e entendidas. Esta ação ainda lhes está mais distante do que as mais distantes constelações: e foram eles, todavia, que a fizeram!” Conta-se ainda que este louco entrou nesse mesmo dia em diversas igrejas e entrou o seu Requiem aeternam deo. Expulso e interrogado teria respondido da mesma maneira: “O que são estas igrejas senão túmulos e monumentos fúnebres de Deus?”. NIETZSCHE (O insensato, 2004:116)

Sem seu centro de certezas, sua imagem metafísica, sem Deus o homem pode ser livre, pode entender e aceitar a natureza agônica do mundo. Mas, ele prefere viver como se Deus ainda existisse, como se o homem, enquanto imagem e semelhança desse Deus ainda existisse. Os questionamentos perturbadores do insensato representam o fim da certeza que pairava sobre o mundo com a figura de Deus, mas ao mesmo tempo é a chance do homem conhecer a si mesmo, aceitar que o bem e o mal fazem parte do mesmo mundo, como faces de uma mesma moeda, e construir uma verdade afirmadora e criativa, um conhecimento para espíritos livres, uma gaia ciência.

Nietzsche arma pavilhão contra a metafísica ocidental, sobretudo o platonismo e o cristianismo, entendido por ele como “platonismo para o povo”. O fim da verdade

metafísica essencial é também o fim na crença na dualidade da realidade, pensada como projeção deformada de uma realidade ideal por Platão, e como um vale de lágrimas em relação ao paraíso, pelos cristãos. A condenação do mundo sensível leva a construção de uma realidade inatingível que é a medida da nossa realidade. É contra isso que Nietzsche lança seu pensamento e seu aforismo mais cruel. **HEIDEGGER** faz uma análise desse texto:

La frase «Dios ha muerto» significa que el mundo suprasensible ha perdido su fuerza efectiva. No procura vida. La metafísica, esto es, para Nietzsche, la filosofía occidental comprendida como platonismo, ha llegado al final. Nietzsche comprende su propia filosofía como una reacción contra la metafísica, lo que para él quiere decir, contra el platonismo.

Sin embargo, como mera reacción, permanece necesariamente implicada en la esencia de aquello contra lo que lucha, como le sucede a todos los movimientos contra algo. El movimiento de reacción de Nietzsche contra la metafísica es, como mero desbancamiento de ésta, una implicación sin salida dentro de la metafísica de tal modo, que ésta se disocia de su esencia y, en tanto que metafísica, no consigue pensar nunca su propia esencia. Y así, para la metafísica y por causa de ella, permanece oculto eso que ocurre precisamente dentro de ella y en tanto que ella misma. HEIDEGGER (1996:201)

Ainda segundo **HEIDEGGER**, o que Nietzsche traz com a frase “Deus morreu!”, é, ao mesmo tempo uma crítica ao niilismo e uma expressão desse. Uma vez criado um mundo ideal, suprasensível, a realidade mundana é vista como sofrível e errada, como negação da perfeição. Essa postura, niilista ao extremo, nega o mundo sensível como verdade, enxerga nele somente uma ilusão, uma deformação da verdade do ser. Contudo, tal negação se tornou o ponto de apoio de todo pensamento ocidental durante milênios. Por isso seu fim, a negação da negação, retira do mundo seu solo metafísico e imutável. Retira dele sua “verdade”, afasta-o da órbita de seu Sol. Por isso estamos “errando dentro de um vazio infinito”, perdidos. E ao retirar o sentido do “ser”, Nietzsche também o rouba do “ente”. A partir do momento que um só existe em oposição ao outro, a falta de um nos deixa sem nem um, nem o outro. Por isso sua crítica é também niilista, e por isso a morte de Deus representa também a morte do homem.

Mas seu niilismo é de uma ordem diferente do niilismo que ele via em sua época. Ao presenciar a morte do sentido, de Deus, a modernidade ao invés de começar a construir seu sentido através da liberdade e da emancipação pela aceitação do mundo enquanto caos prefere passar a faixa de autoridade que antes pertencia a Deus para a

ciência e a razão. Agora não é mais Deus a instância justificadora última, mas a razão e o instinto gregário, que atingirá sua forma com a criação do moderno Estado de Direito:

En el lugar de la desaparecida autoridad de Dios y de la doctrina de la Iglesia, aparece la autoridad de la conciencia, asoma la autoridad de la razón. Contra ésta se alza el instinto social. La huida del mundo hacia lo suprasensible es sustituida por el progreso histórico. La meta de una eterna felicidad en el más allá se transforma en la de la dicha terrestre de la mayoría. El cuidado del culto de la religión se disuelve en favor del entusiasmo por la creación de una cultura o por la extensión de la civilización. Lo creador, antes lo propio del dios bíblico se convierte en distintivo del quehacer humano. Este crear se acaba mutando en negocio. (idem: 203)

Nietzsche percebe seu caminhar para o niilismo e o interrompe através de seu pensamento do Eterno Retorno, que veremos mais a frente. A questão aqui é: uma vez que o sentido metafísico fundamental não mais existe, como acreditarmos na justiça, já que ela faz parte desse sentido? Ou nas palavras de **DOSTOIÉVSKI**, “se Deus não existe, tudo é permitido.” Como pensar a justiça nessas condições?

É justamente no abandonar das tradições e do solo metafísico representado por Deus que o indivíduo tem a chance de se afirmar, refinando seu gosto e exercendo suas escolhas. A partir disso a realidade passa a ser uma expressão de seu gosto, um belo luxo que o mesmo desfruta, pautado pela justiça trágica que exige dele sempre o se questionar, sempre o se problematizar, sempre o abrir-se eterno ao devir. O homem que problematiza e avalia não é o homem que nega o mundo se rendendo ao niilismo. Ao contrário, o problematizar lhe garante uma escolha mais firme, um sim mais apurado, mais perfeito. Antes de querer conciliar a realidade no que ela possui de contraditório, o indivíduo imerso nessa “gaia justiça” abraça toda beleza selvagem da existência, no grande sim que é o *amor fati*:

Ainda vivo, ainda penso: ainda é necessário que eu viva, pois ainda necessito pensar. Sum, ergo cogito: cogito, ergo sum (Sou, portanto penso: penso, portanto sou). Nos dias atuais, todos se permitem expressar os seus mais elevados desejos e pensamentos: vou, portanto, dizer eu também o que mais desejo e qual foi o primeiro pensamento que veio ao meu coração este ano, vou dizer qual é o pensamento que deve tornar-se a razão, a garantia e a doçura de toda a existência que ainda terei! Desejo aprender cada vez mais a ver o belo na necessidade das coisas: é assim que serei sempre daqueles que tornam as coisas belas. Amor fati (amor ao destino): seja assim, de agora em diante, o meu amor. Não pretendo fazer a guerra ao que é feio. Não pretendo acusar, nem mesmo os acusadores. Desviarei o meu olhar, será essa, de agora em diante, a minha única negação! E, em uma palavra, portanto: não quero, a partir de hoje, ser outra coisa senão uma pessoa que diz Sim! NIETZSCHE (2004:142)

Com o *amor fati* o homem passa a reconhecer que tudo o que parece dual e oposto é, em realidade, complementar e que sempre se alternarão numa dança eterna onde os poderes se chocam, mas não se destroem. A percepção de tudo isso leva à consciência de que uma justiça baseada na racionalidade e na clareza é, em verdade, falha e injusta, pois baseada em conceitos duais como de bem e mal, direito e castigo. Conceitos que não são problematizados e aplicados para manter nossa interpretação do mundo tal como ela se encontra. O abandono dessa percepção leva à libertação do homem, responsável agora por jogar o jogo do devir, amando os pólos que parecem se opor ainda que tivesse que sofrer com essa oposição milhares e milhares de vezes. Com essa ideia Nietzsche lança as bases para o seu mais amedrontador e abissal pensamento: o Eterno Retorno:

E se um dia ou uma noite, um demônio se introduzisse na tua suprema solidão e dissesse: “Esta existência, tal como a levaste e a levaste até aqui, vai-te ser necessário recomeçá-la sem cessar, sem nada de novo, ao contrário, a menor dor; o menor prazer, o menor pensamento, o menor suspiro, tudo o que pertence à vida voltará ainda a repetir-se, tudo o que nela há de indizivelmente grande ou pequeno, tudo voltará a acontecer, e voltará a verificar-se na mesma ordem, seguindo a mesma impiedosa sucessão, esta aranha também voltará a aparecer, este lugar entra as árvores, e este instante, e eu também! A eterna ampulheta da vida será invertida sem descanso, e tu com ela, ínfima poeira das poeiras”...Não te lançarias por terra, rangendo os dentes e amaldiçoando esse demônio? Ou já vivestes um instante prodigioso, e então lhe responderias: “Tu és um deus: nunca ouvi palavras tão divinas!”. Caso este pensamento te dominasse, talvez te transformasse e talvez te aniquilasse: perguntarias a propósito de tudo: “Queres isto outra vez e por repetidas vezes, até o infinito?”. E pesaria sobre tuas ações com um peso decisivo e terrível! Ou então, como seria necessário que amasse a ti mesmo e que amasse a vida para nunca mais desejar nada além dessa suprema confirmação! (idem, 2004:179)

Apesar de eterno, o lance de dados da vida apresenta um número finito de combinações. Portanto, chegará o momento em que tudo se organizará permanentemente e se repetirá. Como o mundo não tem fim isso se apresenta de forma circular, portanto, para Nietzsche, tudo o que acontece já aconteceu e acontecerá novamente, infinitas vezes. Não existe um sentido último para a existência, se existisse, a essa altura já teria sido alcançado. As consequências éticas de tal afirmação são monstruosas. Todo aquele que procura alento para o viver em uma crença metafísica entraria em desespero, afinal a vida lhe será eternamente insuportável, mas os afirmativos, os homens que dizem o grande sim à existência, a eles tais palavras dizem

que seu amor infinito pela vida é pela vida recompensado. Entre esses homens temos Zaratustra.

BIBLIOGRAFIA

HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989

HEIDEGGER, Martin, *La frase de Nietzsche “Dios há muerto”*, Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte en HEIDEGGER, M., Caminos de bosque, Madrid, 1996, pp. 190-240.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Anticristo*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, *Ecce Homo*, Editora Escala, São Paulo, SP:2006.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Crepúsculo dos Ídolos*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *A Visão Dionisíaca do Mundo*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *Introdução à Tragédia de Sófocles*, Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, RJ: 2006.

NIETZSCHE, Friedrich, *Acerca da Verdade e da Mentira*, Editora Rideel, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *A Gaia Ciência*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, *Aurora*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2007.

NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda Consideração Intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*, Relume Dumará, Rio de Janeiro, RJ: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e Pessimismo*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *Genealogia da Moral, uma polêmica*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2001

NIETZSCHE, Friedrich, *Para Além do Bem e do Mal, prelúdio para uma filosofia do futuro*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2002.

NIETZSCHE, Friedrich, *Assim Falou Zaratustra, um livro para todos e para ninguém*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *Human, All Too Human, A book for free spirits*, Helen Zimmern Published, USA: 1981.

NIETZSCHE, Friedrich, *Cinco Prefácios Para Cinco Livros Não Escritos*, Editora 7 Letras, Lisboa: 1975.

MARCUSE, Hebert, *De Eros y Civilización*, traducción de Juan Garcia Pontes, Buenos Aires: 1985.

MELO, Eduardo Rezende, *Nietzsche e a Justiça*, Editora Perspectiva, São Paulo, SP: 2004.

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

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensaio sobre a função antropológica do direito*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2007.

TUCHMAN, Barbara, *A Torre do Orgulho*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, RJ: 1990.

IMAGINAR A EXISTÊNCIA NA POESIA LITERÁRIA DE MIA COUTO

IMAGINE THE EXISTENCE IN POETRY LITERARY OF MIA COUTO

Bernardo G.B. Nogueira¹

Resumo

O trabalho que ora nos propomos busca um diálogo entre a questão da hospitalidade, a partir da reflexão do filósofo Jacques Derrida, a questão das nomeações, que estão discutidas no pensamento de Alain Badiou e são prementes quando pensamos os direitos humanos por um viés não hegemônico. Nesse caminho, a partir do que Martin Heidegger nos permite perceber em sua conferência sobre o poético, é que encontramos com o conto “*O embondeiro que sonhava pássaros*” de Mia Couto. Nesse sentido, o dizer poético-literário nos empresta imaginação bastante para refletir sobre o problema da discriminação, aqui tratada com o termo “nomeação” e ainda, a questão da hospitalidade que revela o limite imposto à imaginação do humano. A imaginação também nos acompanhará neste diálogo, que pretende estabelecer uma prosa infinita com a estrutura sem estrutura do homem. A partir das palavras da literatura de Mia Couto, queremos alimentar a filosofia de Derrida e desembocar em uma imaginação, que ademais, é o que realiza o humano, que “poeticamente habita a terra”.

Palavras chave: poesia, imaginação, alteridade, direitos humanos.

Abstract

This paper that now we propose search a dialog between the matter of hospitality, from the perspective of the philosopher Jacques Derrida, the matter of appointments, which are discussed in the thought of Alain Badiou and are pressing when we think about human rights by a way not hegemonic. In this way, from what Martin Heidegger allows us to perceive in his conference on the poetic, is that we found with Mia Couto's story "O emboeiro que sonhava passaros". In this regard, the poetic-literary saying gives us enough imagination to reflect on the problem of discrimination, here treated with the term "nomination" and yet, the question of hospitality that reveals the limit imposed to the imagination of human beings. The imagination will also follow us in this dialog, which aims to establish an infinite prose with the structure without structure of man. From the words of the literature of Mia Couto, we want to feed the philosophy of Derrida and lead in an imagination, which moreover, is what makes the human, that "poetically inhabits the land".

Key words: poetry, imagination, otherness, human rights.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do Centro Universitário Newton Paiva.

“Poeticamente o homem habita.” Esse verso do poema de Hölderlin é alvo de uma análise filosófica feita por Martin Heidegger. Dentre as construções reflexivas deste ideário, o que nos interessa é a reflexão acerca da colocação do homem no mundo enquanto poesia. A reflexão inicia com a questão sobre se, de fato, o homem habita poeticamente o mundo. A princípio, parece-nos, o homem não habita poeticamente o mundo, muito ao contrário. Talvez pudéssemos dizer que apenas os próprios poetas quanto à sua maneira de existir estejam nessa condição.

Essa dimensão, a poética, restaria mesmo impedida de se manifestar dada a colocação do homem em uma forma revestida e permeada pela técnica, o que dentro da nossa perspectiva obnubila e não permite ao homem essa existência poética de que fala o Hölderlin. No entanto, ao estarmos mais próximos destes dizeres, percebemos o quanto é real a afirmação do poeta. Ao analisar o verso “poeticamente o homem habita” Heidegger nos ensina que é apenas por força de uma existência, de um habitar o mundo poeticamente, que então o seu contrário mostra-se possível. Percebemos uma existência não-poética apenas pelo fato de que o próprio habitar é fundamentalmente poesia. Assim, apenas foi possível ao poeta afirmar esse existir na poesia porque em sua essência o homem habita poeticamente. Essa constatação pode ser lida nas palavras de Heidegger:

“E *nós* habitamos poeticamente? Parece que habitamos sem a menor poesia. Se é assim, será mentirosa e não verdadeira a palavra do poeta? Não. A verdade de suas palavras se confirma da maneira mais inacreditável. Pois um habitar só pode ser sem poesia porque, em sua essência, o habitar é poético. Um pedaço de madeira nunca pode ficar cego (...) É possível que nosso habitar sem poesia, que nossa incapacidade de tomar uma medida provenha da estranha desmedida que abusa das contagens e medições.” (HEIDEGGER, 2012)

Uma vez percebida a idéia do habitar poético como sendo aquele que realiza o humano, ou em melhores palavras, aquele que possibilita ao humano seu próprio habitar o mundo, refletiremos acerca da relação entre o explicitado na poesia de Hölderlin, por intermédio do pensamento de Heidegger, e a questão da hospitalidade em Derrida, para

alcançamos nosso íterim que é o encontro com a imaginação poética de Mia Couto, mais propriamente em seu conto: “*O embondeiro que sonhava pássaros*”.

Assim ao nos encontrarmos com Derrida e sua frase: “Um ato de hospitalidade só pode ser poético” parece estarmos no rastro do que nos propusemos aludir com o percurso entre o poético, a hospitalidade, a alteridade e a imaginação. Se tomarmos em conta o dizer de que “poeticamente o homem habita”, de alguma forma a relação entre a hospitalidade proposta por Derrida e esse dizer dialogam e se complementam no encontro entre homens. Esse encontro, plural pela natureza mesma da diferença, desemboca na construção imagética – o outro é então o *lócus* privilegiado em que a transcendência mesma se realiza.

A idéia de uma “hospitalidade incondicional” proposta por Derrida nos coloca próximos ao que entendemos como sendo aquilo que Holderlin expressou em sua poesia. Ou seja, enquanto o outro deve ser recebido sem que antes haja mesmo uma sua interpelação conceitual e institucional, a poesia, como espaço lingüístico onde habita o homem, seria ela mesma aquilo que denota a incondicionalidade da alteridade. A poesia, que não é além nem aquém do humano, pois é o local de medida com o divino, comporta ele dentro de si, distante e próximo ao mesmo tempo.

Assim, “habitar poeticamente” é um habitar em que a “hospitalidade incondicional” mesma já se realizara. Quando Derrida nos convoca a pensar uma hospitalidade para além da hospitalidade, está a nos lançar para o terreno do poético no qual o humano, fugido e distante da técnica legal que efetiva uma chamada “hospitalidade condicional”, coloca-se na dimensão aludida por Heidegger. Ora, enquanto Derrida diz da hospitalidade como um ato poético, que se dá na medida que recebe o outro sem medidas, em uma comunhão infinita, podemos ao mesmo tempo perceber que nessa direção caminha os dizeres de Heidegger face à estada do homem no poético:

“Quando e por quanto tempo acontece a poesia propriamente? (...) *Enquanto perdurar junto ao coração a amizade, Pura, o homem pode medir-se sem infelicidade com o divino...*(...) Enquanto perdurar esse advento da benevolência, o homem tem a felicidade de medir-se com o divino. Se esse medir-se acontece com propriedade, o homem dita poeticamente a partir da essência do poético. Se o poético acontece com propriedade, o homem habita

esta terra humanamente, “a vida do homem” que, como diz Hölderlin em seu último poema, é uma “vida habitante” (Heidegger, 2012)

E já agora seria o momento de trazermos Mia Couto para esse diálogo infinito. Infinito por se tratar de uma prosa em que a sombra do conceito cartesiano, impedidor por si só de um habitar poético, sai de cena. A primeira frase do conto aludido acima inaugura essa encenação: “Esse homem sempre vai ficar de sombra: nenhuma memória será bastante para lhe salvar do escuro. Em verdade, seu astro não era o Sol. Nem seu país era vida” (Couto, 2013). É interessante perceber como o autor traz termos que denotam toda a prisão que as nomeações infligem ao humano em sua existência. O sol retira a possibilidade de vida na sombra. O país destina-se ao cidadão. A memória conta a história que aprisiona a criação.

Nesse caminho, o primeiro passo de nossa interlocução de idéias esta na medida em que esse tal “passarinheiro” nem nome possuía, o que necessariamente o liberta de uma colocação pré-determinada. Isso seria já um problema para os habitantes portugueses que o discriminavam. Discriminavam pelo simples motivo de não poderem tomar esse humano dentro de um conceito. Essa impossibilidade esta colocada pela ausência de imaginação, dir-se-ia mesmo de uma prisão, que “organiza” a sociedade e impede o novo. Impede a vida dentro do escuro e fora do país. Locais nos quais “aquele que vem”, o estrangeiro, como nos fala Derrida, habitam por natureza.

A estranheza ante aquele que foge aos conceitos é o que amolda as ações dos habitantes do local em que chega o homem dos pássaros. E é de se observar que os pássaros sempre estão fora do chão. Local por excelência de distinção entre homens: é-se daqui ou de acolá. E nesse sentido, imaginar não seria possível aos homens “presos” ao seu chão. Chão que se erguia quando passava o passarinheiro. Essa dimensão imagética que inaugura um outro que não pode ser qualificado esta aqui:

“à volta do vendedeiro, era uma nuvem de pios, tantos que faziam mexer as janelas (...) e os meninos inundavam as ruas. As alegrias se intercambiavam: a gritaria das aves e o chilreio das crianças. O homem puxava de uma muska e harmonicava sonâmbulas melodias. O mundo inteiro se fabulava. (Couto, 2013)

A poesia de Mia Couto nos convida à habitação poética a partir das crianças que recebiam o vendedeiro sem peias qualquer. Enquanto isso os pais reprovavam as invenções dele. Dizia-se que aquele homem “ensinava suspeitas aos seus pequenos

filhos”. E as crianças, solícitas “àquele que vem”, à invenção e à existência que é imaginação, recebiam com amizade poética a novidade. A ideologia determinante impregnada no ideário dos adultos do local ordenava que o novo fosse retirado dali.

A imaginação, que é o local em que a hospitalidade incondicional habita, posto que é ela mesma um impossível de previsão, restara conseguida apenas aos olhos das crianças, seres que inventam e são passivos à novidade, posto que é assim a sua existência mesma: um inventar contínuo, sem amarras da memória aprisionadora.

A fala dos adultos continua a se inscrever no cenário do *logos* que impede o existir poético. Impede a “hospitalidade incondicional” quando encerram conceitualmente aquele humano, tomando-o pela sua condição, sua cor: “*Foste a casa dele? Mas esse vagabundo tem casa?* A residência dele era um embondeiro, o vago buraco do tronco.” (Couto, 2013). E a nomeação permanecia quando insistiam, em contrário ao que nos diz Hölderlin, que a imaginação seria um não habitar, pois o morador do embondeiro dizia absurdos às crianças, coisas como: “aquela árvore é muito sagrada”.

Como nos permite reconhecer Heidegger a partir de Hölderlin, o homem habita poeticamente quando se mede com o divino. Essa seria a percepção mesma do mundo do “passarinheiro”: “aquela árvore – *como dizia o passarinheiro* – era muito sagrada, Deus plantara de cabeça pra baixo.” (Couto, 2013, grifo nosso).

Os pássaros, “todos os que no chão desconhecem morada” nos dizeres de Mia Couto, seriam o anúncio dessa relação com a divindade, talvez porque espacialmente estão mais próximos daquilo que a imaginação permite enxergar do divino. Assim, todo esse novo que é revoada do existir, que é a medida do belo, trazia aos adultos um incômodo. Não aquele que duvida pra alcançar a pureza. Mas o incômodo que é obstáculo para a poesia. Essa ausência de imaginação tornara-se impossibilidade mesma de viver. As crianças, ao invés, viviam a poesia dos pássaros. E a beleza, que é indizível, continuava a assombrar os adultos.

“Afim, os colonos ainda que hesitaram: aquele negro trazia aves de belezas jamais vistas. Ninguém podia resistir às suas cores, seus chilreios (...) Os portugueses se interrogavam: onde desencantava ele tão maravilhosas criaturas? Onde, se eles tinham já desbravado os mais extensos matos?” (Couto, 2013)

O “outro que vem”, o estrangeiro, sofre com a austeridade do eu que quer a tudo conformar. “Os senhores receavam as suas próprias suspeições – teria aquele negro direito a ingressar num mundo onde eles careciam de acesso?” (Couto, 2013). Parece que Mia Couto se referia ao medo, tema tão corrente em sua poesia, e que como afirma o próprio autor, cria os maiores perigos quando disseminado. Em nosso caso, o medo da imaginação, do desconhecido, acaba por criar a discriminação. A diferença seria o caminho pra imaginar, pra então, habitar a poesia incondicional daquele hóspede inesperado e desconhecido.

Esse “chegante” que altera a ordem traz a possibilidade da imaginação. Imaginar amistosamente seria o acesso à existência poética. Mas a perturbação e o assombro dos adultos mostram exatamente a ideologia da naturalização que cria os preconceitos. Ao contrário, as crianças apenas se realizam na inventividade, por isso são divinas e poéticas. Os adultos cuidavam de tentar manter a ordem. Manutenção que é marca das discriminações de toda ordem, e, por conseguinte, da eliminação do que é criado.

Assim, ao invés da novidade habitar a existência dos adultos colonos, eles se sentiam incomodados com aquela nova linguagem, e por não entender, preferiam tomá-la como um problema: “Aquele música se estranhava nos moradores, mostrando que aquele bairro não pertencia àquela terra. Afinal, os pássaros desautenticavam os residentes, estrangeirando-lhes?” (Couto, 2013.)

Ademais, a questão do estrangeiro nos remete mesmo a Édipo, o dos pés furados, que também sempre fora um estrangeiro onde chegara. Para essa relação vemos os colonos a dizer sobre o passarinho: “O comerciante devia saber que seus passos descalços não cabiam naquelas ruas. Os brancos se inquietavam com aquela desobediência, acusando o tempo. Sentiam ciúmes do passado, a arrumação das criaturas pela sua aparência.” (Couto, 2013). Essa fala explicita o que chamamos de naturalização, ou seja, a manutenção de uma estrutura como se fosse a única correta e factível. Mais uma vez a imaginação se perde, e poesia não há, tampouco, habitação nela.

E nesse mar de invenção naquele bairro, as crianças davam testemunho daquilo que Aganbem chamara de “profanação”. Essa “profanação” se dava na medida em que as crianças se colocavam distraídas ante os conceitos e da própria situação vivida, e

acolhiam poética e incondicionalmente o passarinho como se pertencesse a eles. Os pais logo se voltariam contra essa profanação, sobretudo face um termo tão caro às ideologias:

“Até os meninos, por graça de sua sedução, se esqueciam do comportamento. Eles se tornavam mais filhos da rua que de casa. O passarinho se adentrara mesmo nos devaneios deles: - *Faz conta eu sou vosso tio*. As crianças emigravam de sua condição, desdobrando-se em outras felizes existências. E todos se familiavam, parentes aparentes. (...) Os pais lhe queriam fechar o sonho, sua pequena e infinita alma.” (Couto, 2013)

Resta claro que a profanação das crianças figura no terreno do poético, da imaginação, do devaneio, como nos fala Mia Couto. Assim, essa colocação seria mesmo aquela que permite a existência poética. Imaginar-se medido com o divino que tudo pode, inclusive, imaginar.

Essa autêntica revolução, que também inaugura um novo tempo, não passaria indene pelas pestanas adormecidas dos colonos. Logo foi dado um comando para acabar com a novidação que o passarinho trazia. A ordem do local pedia. A ausência da imaginação também. Daí que partiu uma comissão de colonos para acabar com o incômodo. A criança logo foi tentar salvá-lo. Era talvez a tentativa desesperada de salvar a si mesmo, o fim do passarinho selaria o fim da imaginação, o rito de passagem da criança para o adulto. Preso em conceitos e ordenações.

No entanto, assim se deu. Prenderam e utilizaram a força contra o inventor de existências. O passarinho ainda quis tocar sua harmônica, mas as agressões não lho permitiram. Seria o fim dos passarinhos. O fim da invenção. O policial, para se assegurar disso lançou fora a “gaita de beijo” e o passarinho silenciou. A estrutura de uma existência racional voltaria a se estabelecer. O som do passarinho não mais ecoaria. Contudo, o passo nosso é em busca da imaginação e Mia Couto não hesitou em nos abraçar com um enredo próprio dessa categoria – a da poesia que inaugura uma relação com a divindade.

Assim, convocando mais uma vez Hölderlin, vemos a idéia da amizade entre a criança e o passarinho da imaginação a realizar esse existir poético, pois o poeta traz um verso em que nos diz: “Enquanto durar junto ao coração a amizade...” que Heidegger analisa a dizer que “junto ao coração” e não “no coração”. “Junto ao coração” significa o que advém nessa essência do homem de ser aquele que habita, o

que advém como apelo da medida junto ao coração de tal maneira que o coração se volte para essa medida. Enquanto perdurar esse advento da benevolência, o homem tem a felicidade de medir-se com o divino” (Heidegger, 2012)

Nessa senda de imaginação, quando o policial lança fora a gaita, o menino a apanha e sai realizando essa existência imaginada pelo prisioneiro. E assim, nessa relação com seu instrumento, que traz divindade quando tocado, retornou mais uma vez ao tronco, habitação do passarinho:

“O menino se enroscou aquecido em sua própria redondura. Enquanto embarcava no sono levou a muska à boca e tocou como se fizesse o seu embalo. Dentro, quem sabe, o passarinho escutasse aquele conforto? Acordou num chilreio. Os pássaros! Mais de infinitos, cobram toda a esquadra. Nem o mundo, em seu universal tamanho, reá suficiente poleiro.” (Couto, 2013).

Ao regressar ao tronco o menino habitara a aludida existência poética, pois musicalmente media-se aos deuses. A hospitalidade do tronco se dera ao menino como um leito. A morada inventada do passarinho recebera seu hóspede em imensa hospitalidade, incondicional, guardando ali toda a imaginação trazida pelos pássaros, deixando pra trás toda a verdade dos adultos.

O mundo era ali, e ao viver no tronco, o menino mais uma vez sonhou. Adormeceu até que os adultos, presos à ideologia que não deixa viver a poesia, atearam fogo no tronco. “*O sacana do preto está dentro d árvore (...) É o gajo mais a gaita. Toca, cabrão, que já danças!* As tochas chegaram ao tronco, o fogo namorou as velhas cascas.” (Couto, 2013)

Poderia ser o fim do menino. Na realidade dos adultos seria o fim do preto. Na realidade eles nunca houveram de acessar fundamentalmente o real. Pois o poético se dá apenas quando “perdurar junto ao coração a amizade”. Assim, por não serem capazes da imaginação, feriram de morte seu próprio filho, que em verdade, não seria mesmo filho daqueles colonos, posto que era fruto da imaginação, e se é assim, vive-se apenas por ela e nela. Daí que Mia Couto pôde encerrar assim seu conto, de maneira que possamos perceber que habitar o poético de maneira hospitaleira e infinita é possível apenas às crianças desenvoltas dos limites racionais do *logos*. Morre-se pra viver.

Dentro – *do tronco* -, o menino desatara um sonho: seus cabelos se figuravam pequeninas folhas, pernas e braços se madeiravam. Os dedos, lenhosos, minhocavam a terra. O menino transitava de reino: arvorejado, em estado de consentida impossibilidade. E do sonâmbulo embondeiro subiam as mãos do passarinho. Tocavam as flores, as corolas se envolucravam: nasciam

espantosos pássaros e soltavam-se, petalados, sobre a crista das chamas. As chamas? De onde chegavam elas, excedendo a lonjura do sonho? Foi quando Tiago – *a criança* – sentiu a ferida das labaredas, a sedução da cinza. Então, o menino, aprendiz da seiva, se emigrou inteiro para suas recentes raízes. (Couto, 2013, com grifo nosso).

O novo mundo o recebeu por imaginação em incondicional hospitalidade, feito poesia.

Bibliografia

Couto, Mia, *Cada homem é uma raça?*. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Heidegger, Martin, *Ensaio e Conferências*, 8ª edição. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

Bernardo G.B. Nogueira

Belo Horizonte – inverno - 2013.

**DIREITO COLETIVO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A
PROPRIEDADE E A TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**COLLECTIVE LAW AND SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY: PROPERTY
AND PROTECTION OF INDIVIDUAL INTERESTS IN DEMOCRATIC STATE
LAW**

Matheus Adolfo Gomes Quirino¹

Leandro Henrique Simões Goulart²

Resumo

O presente estudo trata da evolução da ideia de propriedade particular que, no estado democrático de direito deve cumprir sua função social. Informa o que são bens de interesse social para analisar a proteção dos direitos coletivos segundo a legislação brasileira.

Palavras-chave: Estado democrático de Direito – Direito de Propriedade – Função Social – Direito Coletivo.

Abstract

The present study deals with the evolution of the idea of private property that in the Democratic State of Right must fulfill its social function. Tells what are social interest goods to analyze the protection of collective rights according the Brazilian legal.

Keywords: Democratic State of Right - Property Law - Social Function - Collective Rights.

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

² Bacharel em Direito e Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Fumec. Professor e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Newton Paiva.

1. Função social da propriedade e direito coletivo; a propriedade no Estado Democrático de Direito

O direito de propriedade³ sofre modificações ao longo do tempo. De quase inexistente nas sociedades pré-clássicas, passou a direito absoluto e limitado excepcional e tão-somente pelo direito de vizinhança. Era direito inviolável e sagrado, como garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁴ E essa conotação de direito absoluto fez do direito de propriedade modelo supremo da validade do ordenamento jurídico liberal.⁵

Entretanto, esta concepção “egoísta” da propriedade transformou-se em “altruísta”, por conta de uma mudança de referencial: o direito de propriedade deixou de ser tomado apenas a partir do ponto de vista do proprietário para ser delineado conforme interesses da coletividade.⁶

Ocorreu, neste caso, uma relativização da propriedade, ou seja, a retirada da figura do indivíduo do eixo central da propriedade,⁷ num processo que, para Paolo Grossi, significa a recuperação da historicidade da propriedade.⁸

E a retirada do indivíduo do eixo central da idéia da propriedade, relativizando-a, vem sendo operada por intermédio da exigência do cumprimento da função social pelo bem do particular. Nesta nova concepção, o bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva da sociedade para ser obrigação também do indivíduo.⁹

A velha ideia de direito a um bem particular, completamente autônomo e

³ Notadamente a propriedade imobiliária, objeto deste trabalho.

⁴ Norberto Bobbio vê a idéia de propriedade absoluta na Declaração Universal dos Direitos do Homem como reflexo do direito romano, que garantia o primado do direito privado (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 95).

⁵ GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992. p. 31-32.

⁶ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 115-126, jan./mar. 2003. p. 115.

⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e sua função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 2, n. 7, p. 69-84, jul./set. 2001. p. 73.

⁸ GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico, p. 23.

⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 623.

independente do interesse público, rui; os direitos individuais, notadamente os patrimoniais, passam a ser entendidos como ferramentas de construção do bem-estar coletivo, e não mais como interesse exclusivo de seu proprietário.¹⁰

A fixação da destinação ou função dos bens deixa de ser tarefa atribuída à autonomia privada do proprietário sobre o bem,¹¹ pois este passa a ser orientado à realização de interesses e funções socialmente úteis.¹²

É superada a vinculação do direito de propriedade à liberdade do proprietário, atributo da personalidade do indivíduo¹³ orientado tão-somente pela autonomia privada como na concepção romana de domínio, que passa a ser exercido com finalidade social.¹⁴

A propriedade agora tem que cumprir uma função social, “pela qual toda a riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive”¹⁵.

De acordo com a doutrina liberal tradicional, a propriedade privada era regulada pelo Código Civil, e a Constituição servia apenas como limite ao legislador ordinário, traçando princípios e programas a serem seguidos.¹⁶ No Brasil foi assim desde a criação dos primeiros regramentos no Império.

Se, constitucionalmente, o direito de propriedade de absoluto passou a ter que

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 38.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 63, n. 77, p. 71-79, jul./set. 1986. p. 75-76.

¹² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional, p. 18-20, 277.

¹³ GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia. Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 19, n. 55, p. 411-454, 1989. p. 423.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A nova propriedade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, p. 67-82, 1989. p. 74.

¹⁵ SODERO, Fernando Pereira. **Curso de direito agrário**: o estatuto da terra. Brasília: Fundação Petrônio Portela-MJ, 1982. p. 25.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e sua função social. **Revista de Direito Privado**, p. 74-75.

ser exercido com fito no bem-estar social¹⁷, expressamente o Texto Maior passa a estabelecer normas para a resolução de situações privadas.

Atualmente, a Constituição passa a ocupar posição central no ordenamento civil privado, exercendo um papel unificador de todo esse sistema,¹⁸ suplantando o Código Civil no que Gustavo José Mendes Tepedino chama de despatrimonialização do direito privado, que alça a valor máximo tutelado a dignidade da pessoa humana, ao contrário da pretérita proteção ao patrimônio pelo ordenamento jurídico.¹⁹

Na lição de Sílvio de Salvo Venosa:

O art. 5º da Constituição de 1988, após garantir o direito de propriedade em seu *caput* e no inciso XXII, destaca que *‘a propriedade atenderá a sua função social (XXIII)’*. O artigo 170 da Carta, ao tratar da ordem econômica, dando valor ao trabalho e à livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, garante o princípio da *‘função social da propriedade’* (inciso III), após referir-se ao princípio da propriedade privada em si mesma (inciso II). Ao tratar da política urbana, o legislador constitucional destaca que *‘a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’* (art. 182, par. 1º).²⁰

Ocorre, pois, a substituição da tutela do direito individualmente identificado, qual seja do patrimônio do particular, pela tutela do interesse de toda a coletividade.

A propriedade, ainda privada, socializa-se, e passa a dever oferecer à coletividade uma maior utilidade,²¹ uma função: uma função social.

A propriedade pública, por seu turno, é pouco tratada no Texto Constitucional, razão pela qual encontra sua determinação nas normas infraconstitucionais.

Dispõe o artigo 17 da Lei de Licitações que: “a alienação de bens da

¹⁷ Desde a Constituição de 1934, a propriedade deve atender a uma proposta social, não podendo haver destinação contrária ao interesse social ou coletivo. A desapropriação, naquela Carta, poderia ser realizada por necessidade ou utilidade pública, bem como a propriedade particular poderia ser utilizada até onde o bem público exigisse, como em casos de guerra e comoção nacional, havendo direito à indenização posterior.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 37-53, 2006.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 5, p. 154-155.

²¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 737.

Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:”²².

Pela inteligência da norma é possível concluir que os bens públicos só podem ser alienados se houver interesse público.

E esse é um dos dois pontos principais em que a propriedade pública difere-se da propriedade privada, sendo o outro ponto o caráter não excludente do bem público.

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, enquanto “a nota característica da propriedade privada é a possibilidade de o titular do direito de propriedade excluir qualquer outra pessoa da posição de desfrutar do bem, salvo se autorizado por ele” a propriedade pública tem conteúdo inclusivo, “pois o fato de tratar-se de bem público (*res publica*) impede, como regra, o uso exclusivo, e o torna bem compartilhado ou compartilhável”²³.

A propriedade pública tampouco possui a característica de livre disposição da propriedade privada, eis que aquela está sempre orientada para uma finalidade ou interesse público.

1.1 Função social da propriedade

Nas palavras de Antônio Castanheira Neves:

O direito é essencialmente histórico. E isto porque é ele mesmo historicidade e faz história. Ele é histórico, não porque seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se e a moldar o presente.²⁴

Nesse sentido, função social da propriedade é fruto da ideologia do Estado Social e dos Direitos Sociais,²⁵ que surgiram como evolução do Estado Liberal, em que a propriedade era absoluta.

²² BRASIL. [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#). Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2008.

²³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**, p. 68.

²⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de fato - questão de direito**: ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. v. I, p. 906.

²⁵ DIAS, Maurício Leal. A função social ambiental da cidade como princípio constitucional. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, a. 3, n. 16, p. 1.793-1.798, jul./ago. 2004. p. 1.795.

Lição de José Afonso da Silva,

O caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estará limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos) foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda do estágio mais avançado da propriedade socialista.²⁶

Para Eros Roberto Grau:

Por *função social* importa não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de que a sua garantia reside em um direito natural, mas também, a conclusão de que, mais que meros *direitos residuais* (Giovanni Quadri, *Diritto Pubblico dell'Economia*, p. 70) (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no *untendi, fruendi et abutendi*, na *plana in res potestas*), o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio (da função social da propriedade), são verdadeiras propriedades-função social e não apenas, simplesmente, propriedades. O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais em sua interioridade.²⁷

No nosso ordenamento jurídico brasileiro vigente o direito de propriedade é funcionalizado, ou seja, é exercido com vista a atender sua função social.²⁸

O processo de funcionalização da propriedade inova em relação ao direito a ela inerente: nesta nova concepção, a função social da propriedade torna-se o fundamento jurídico do instituto da propriedade²⁹ e passa a condição *sine qua non* para a sua proteção e garantia.

No entanto, apesar de a função social da propriedade ter previsão constitucional relativamente antiga, “nem a doutrina nem a jurisprudência delinearam, precisamente,

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 62.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 251, grifo nosso.

²⁸ MATEUS, Eliane Elias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 13, n. 49, p. 101-118, jan./mar. 2008. p. 110.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 284-287.

seu alcance, dificultando a sua efetivação³⁰, sendo certo que nem toda propriedade é apta a servir ao interesse público.

Maria Luiza Faro Magalhães ressalta que o princípio da função social da propriedade traz consigo “uma certa carga de empirismo, um certo grau de indeterminação e imprecisão. Há, efetivamente, certa dificuldade em se deduzir, em uma fórmula jurídica segura e acurada, a real dimensão do princípio da função social”³¹.

A função social da propriedade é exercida ativamente; não envolve apenas limitação do exercício das faculdades inerentes ao *dominus*, obrigando o proprietário não só comissivamente, mas em especial ativamente.³² Para Rogério Moreira Orrutea,

em face do princípio da função social fica o proprietário jungido a observar desde o papel produtivo que deve ser desempenhado pela propriedade - passando pelo respeito à ecologia - até o cumprimento da legislação social e trabalhista pertinente aos contratos de trabalho.³³

A função social da propriedade não se restringe ao esvaziamento dos poderes do proprietário sobre o bem; se fosse assim, a função social seria apenas mais uma limitação ao exercício do direito de propriedade, não o modificando.³⁴ Mas o princípio da função social da propriedade não é uma simples limitação ao uso do bem. Na lição de Orlando Gomes:

As limitações, os vínculos, os ônus e a própria relativização do direito de propriedade constituem dados autônomos que atestam suas transformações no direito contemporâneo, mas que não consubstanciam um princípio geral que domine a nova função do direito com reflexos na sua estrutura e no seu significado e que seja a razão pela qual se assegura ao proprietário a

³⁰ SALES, Lilia Maia de Moraes; LEITE, Sarah Russo. O direito fundamental de propriedade e a Comunidade do Dendê. **Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 73-81, fev. 2005. p. 74. Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1668.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

³¹ MAGALHÃES, Maria Luiza Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Função ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 31.

³² Para Kildare Gonçalves Carvalho “enquanto as obrigações de não fazer impostas ao proprietário se acham ligadas ao poder de polícia, as obrigações de fazer decorrem da função social da propriedade” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**, p. 737).

³³ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno**. São Paulo: UEL, 1998. p. 214.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 75-76.

tutelaridade do domínio. Esse princípio geral é o da função social.³⁵

Portanto, o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercer seu direito em benefício de outrem - ativamente -, e não de simplesmente deixar de exercê-lo em prejuízo de terceiro - passivamente, significando que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos.³⁶

“Função é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objeto. O qualificativo social indica que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário”³⁷.

A função social, portanto, corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica e que impõe ao proprietário o dever de exercer seu domínio sobre o bem como fonte de comportamentos positivos.³⁸

1.2 Dos bens de interesse social

Só devem cumprir função social os bens constitucionalmente relevantes, que sejam objeto de interesse social.

Assim, somente os bens de interesse da coletividade, que possuam na relação de domínio sobre eles existentes uma repercussão social, devem cumprir sua função social.

Cristiane Derani classifica como objetos de repercussão social como os bens que, “estando sob um poder privado, são indispensáveis para a manutenção e reprodução da vida social”³⁹, preenchendo necessidades e interesses coletivos e individuais.⁴⁰

³⁵ GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 425.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente: caso parque do povo (parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p. 247-260, 1994.

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e sua função social. **Revista de Direito Privado**, p. 77.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 75-76.

³⁹ DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. **Revista de Direito Ambiental**, p. 63.

⁴⁰ Ao contrário destes bens Cristiane Derani classifica como de fruição individualizada os objetos relacionados com a fruição imediata do sujeito, cujo uso não provoca efeitos para além da relação

A Constituição Federal de 1988 arrola, de maneira não exaustiva, os bens que devem servir não só aos interesses de seus proprietários particulares, mas também aos interesses da coletividade. São eles: os destinados à produção econômica, a propriedade urbana e a agrária, os bens culturais e os bens ambientais.

Interessam-nos, neste trabalho, não só a propriedade agrária, como também os bens ambientais, notadamente as florestas, que serão objeto de análise em capítulo próprio.

1.3 Função social da propriedade e direito coletivo

A exigência constitucional de cumprimento da função social pela propriedade privada tem o condão de transformar, em um patamar constitucional, a relação de domínio, que passa a ser entendida não só em face do binômio proprietário-propriedade, mas também em face das relações jurídicas formadas entre estes e a sociedade.

A propriedade privada passa, assim, a ser definida não só a partir dos direitos individuais de cada proprietário em face de cada propriedade, como também a partir do direito de toda coletividade de ter o bem do indivíduo cumprindo sua função social constitucionalmente consagrada.

Paulo de Bessa Antunes ensina que:

Desde o momento em que a Constituição definiu que a propriedade deve desempenhar a sua função social para que, legitimamente, possa continuar a ser exercida, não se pode mais - com fundamento jurídico - pensar no direito de propriedade com base no Código Civil, eis que este espelha, pura e simplesmente, o aspecto referente à propriedade civil que não é mais uma cláusula geral, pois este papel é deferido à propriedade tal qual esta se encontra regrada pela Lei Fundamental, ou seja, se existente uma 'propriedade em geral' esta é aquela subordinada ao conceito jurídico constitucional de função social.⁴¹

O direito à observância da função social da propriedade é, pois, coletivo, eis que pertence a toda a sociedade, protegendo interesses difusos. É fruto da evolução das relações interpessoais surgidas nesta mesma sociedade que, complexa e modernamente, o retroalimenta.

estabelecida entre sujeito e objeto (DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social". **Revista de Direito Ambiental**, 2002).

⁴¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Poder judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 21, n. 6, p. 103-131, jan./mar. 2001. p. 113.

Na lição de Jorge Miranda, esses interesses difusos representam

uma manifestação da existência ou do alargamento de ‘necessidades coletivas individualmente sentida’, traduzindo um dos entrosamentos específicos de Estado e sociedade; e implica formas complexas de relacionamento entre as pessoas e os grupos no âmbito da sociedade política.⁴²

Para o jurista português, as necessidades da coletividade estampadas nos interesses difusos só podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária, eis que comuns a uma pluralidade de indivíduos. São necessidades

que o Direito Constitucional surpreende conexas quase sempre com a atribuição de direitos económicos, sociais e culturais, sem com eles se confundirem; necessidades que, só por si, não se projectam em pretensões radicadas na esfera jurídica das pessoas, mas que, indirecta ou subsequentemente, podem suscitar o aparecimento de direitos fundamentais autónomos.⁴³

Para melhor compreensão do conceito de propriedade privada tal qual informado pela Constituição Federal de 1988, que exige a observância de sua função social⁴⁴, é importante compreendermos o que se entende, pelo menos do ponto de vista da lei, por Direito Coletivo, aplicado ao conceito de função social da propriedade.

1.4 Proteção dos interesses meta-individuais e direito coletivo

1.4.1 Bens ambientais e direito coletivo

A proteção às florestas naturais interessa à coletividade; o cumprimento da função social e ambiental do bem ambiental, também.

Abroquelam, ambos, direitos meta-individuais.

Os contratos de concessão de florestas públicas para a exploração privada, apesar de firmados entre partes perfeitamente identificáveis e individualizadas - o poder público e uma sociedade empresária ou consórcio - interessam à coletividade e tocam

⁴² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 66.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 66, grafia de acordo com o texto original, redigido na Língua Portuguesa de Portugal.

⁴⁴ O respeito à função social da propriedade é exigido constitucionalmente desde a Carta de 1934, que em seu artigo 113, n. 17, dispôs que “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. No entanto, é a partir da Constituição Federal de 1988 que se concentram estes estudos, eis que ela eleva a observância do exercício da função social da propriedade à esfera de direitos e garantias fundamentais.

direitos difusos, da coletividade, razão pela qual urge entender, ao menos conceitualmente, o que se entende legalmente por Direito Coletivo no ordenamento jurídico pátrio.

Os bens ambientais, e notadamente a sua apropriação pelo particular, afetam direitos supra-individuais sob diversos aspectos, mas dois em particular: um, na apropriação de bens coletivos, como a água dos rios; outro, pela apropriação de bens públicos, como as florestas transferidas à iniciativa privada.

Portanto, é imprescindível entender o que nossos legisladores conceituam como Direito Coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4.2 Conceito de direito coletivo

O tema Direito Coletivo ganha relevância no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, de 5 de outubro de 1988, que, na sistemática dos Direitos Fundamentais, ombreou os Direitos Coletivos aos Direitos Individuais.

Tal inovação da Constituição importou no rompimento da até então vigente *summa divisio* entre Direito Privado e Direito Público, eis que o Estado Democrático de Direito consagrado na CF/1988 era, e é, incompatível com a rigidez da diferenciação entre os Direitos dos particulares e do Estado.⁴⁵

Aplicado à idéia do exercício do direito de propriedade e de proteção aos bens ambientais, é na proteção aos direitos difusos e coletivos que encontramos fundamento para justificar a necessidade constitucional de observância da função social do bem florestal, pois é impossível analisarmos a propriedade para além da perspectiva proprietário-propriedade sem passar pelo estudo dos direitos da coletividade em que se

⁴⁵ Esta idéia de rompimento da tradicional *summa divisio* Direito Público e Direito Privado em favor de uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada Direito Coletivo e Direito Individual é defendida por Gregório Assagra de Almeida em sua tese de doutoramento intitulada '**Direito coletivo brasileiro**: autonomia metodológica e a superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual', defendida em 20/06/2006 na PUC-SP, orientada por Nelson Neri Jr., e gentilmente cedida para pesquisa pelo autor (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito coletivo brasileiro**: autonomia metodológica e superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual. 2006. 842 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo). Esta tese foi publicada com poucas modificações, como gentilmente informou o próprio autor (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, 2008).

insere esse bem jurídico.

1.5 A superação da *summa divisio* clássica e o Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988

O Direito evolui conforme evoluem as sociedades que o estabelecem. Na lição de Norberto Bobbio,

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁴⁶

No Brasil não é diferente. Fruto de evolução do Direito pátrio, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E uma das mais importantes inovações desta denominada Constituição-Cidadã encontra-se na nomenclatura dada ao Capítulo I do Título II do seu texto.⁴⁷

Ao ali informar os ‘Direitos e Garantias Fundamentais’ divididos entre os ‘Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’, a Constituição Federal de 1988 rompe com a *summa divisio* clássica até então vigente, que entendia o Direito nas dimensões de Direito Público e Direito Privado.

Historicamente, tanto no Império Romano, origem da *summa divisio* clássica, quanto - e especialmente - no Estado Liberal consagrado com a Revolução Francesa, Direito Público e Direito Privado não se confundiam: o primeiro era aquele emanado do Estado para a tutela de interesses gerais, enquanto o outro se inseria entre os direitos naturais inatos ao indivíduo.

A *summa divisio* clássica impunha, como seu cerne, a proteção do indivíduo contra a interferência do Estado, separando-os.

No entanto, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado perde fundamento, eis que ocorre o que se denominou de *publicização do direito privado*, dada a interface entre estes pólos, resultante da - e na - incapacidade de se estabelecer, em muitos casos, limites entre o que até aquele momento era entendido como Direito Privado ou como Direito Público.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 1.

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito coletivo brasileiro: autonomia metodológica e superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual**, 2006.

Tal fato implica no rompimento da *summa divisio* Direito Público Direito Privado, como ensinam o Prof. Gregório Assagra de Almeida, que propõe a superação desta Summa Divisio clássica, e leciona Mauro Capelletti *verbis*:

La netta separazione pubblico-privato è ormai non soltanto artificiosa, ma anche insufficientemente ‘sostanziosa’: la realtà è molto più complessa, più articolata de quella semplicistica dicotomia tradizionale [...] La realtà nella quale viviamo è quella di una società di produzione di massa, di consumo di massa, di scambi di massa, di turismo di massa, di conflitti o conflittualità di massa [...] per cui anche le violazioni contro le quali la ‘giustizia’ è intesa a dare protezione, sono evidentemente non soltanto violazioni di carattere individuale ma spesso anche di carattere collettivo, che coinvolgono colpiscono categorie, classi, collettività, sono insomma ‘violazioni di massa’.⁴⁸

A impossibilidade de se delimitar o que é de Direito Público ou de Direito Privado, patente em alguns ramos do Direito - v.g. Direito Ambiental, decorre do fato de que no Estado Democrático incumbe ao Estado agir para reestruturar a sociedade e promover a igualdade social.

Assim, o Estado Democrático de Direito, ao promover a ‘igualdade de armas’ entre os cidadãos a fim de promover a justiça social e a democracia no sentido substancial, intervém para estabelecer regras em relações que até então eram entendidas como de Direito Individual, tão-somente - é a já mencionada publicização do Direito Privado.

No Brasil, ao consagrar o Estado Democrático de Direito, a nova sistemática adotada na Constituição Federal de 1988, inovando, vê os Direitos Fundamentais sob uma nova perspectiva, dividindo-os de acordo com o sujeito a ser tutelado pela norma jurídica, seja individual ou coletivo.

Esta é a nova *summa divisio*, constitucional e relativizada, por decorrer de expressa previsão do texto da Constituição, vinculada ao Direito Constitucional.

E, atendendo a esta nova perspectiva que leva em conta o sujeito do direito tutelado, é possível apreender que

conquanto se possam distinguir os interesses, segundo sua dimensão subjetiva, em ‘individuais’ de um lado, e ‘meta ou supra individuais’ de outro, fato é que, assim como os ‘individuais’ comportam subespécies (‘interesses simples ou de fato’, ‘meras expectativas’, ‘interesses

⁴⁸ CAPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: CAPELLETTI, Mauro. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**: atti del congegno di studio. Padova: Cedam, 1976. p. 191.

reflexamente protegidos’) assim também se passa com os ‘meta ou supra individuais’, que igualmente se decompõem em subtipos, enquadrados em ‘faixas’ diversas do universo coletivo: interesses ‘difusos’, ‘coletivos em sentido estrito’ e ‘individuais homogêneos’ (Lei nº 8.078/90, art. 81, I, II e III).⁴⁹

1.6 O direito coletivo brasileiro

1.6.1 O direito coletivo constitucional brasileiro

A nova *summa divisio* que separa os Direitos Fundamentais entre Individuais e Coletivos é, como já asseverado, consagrada na Constituição Federal de 1988.⁵⁰

E, ao inserir os Direitos Coletivos ao lado dos Individuais no plano dos Direitos Fundamentais, a Constituição Federal de 1988 aponta para nova interpretação constitucional dos Direitos Fundamentais, segundo a qual não basta a análise da natureza da norma jurídica, da relação jurídica dela advinda e da sua utilidade para a identificação do Direito a ser tutelado.

Importa agora, também, o sujeito deste Direito.

E não só materialmente, mas também no sentido instrumental, o Direito Coletivo é consagrado na Constituição Federal de 1988.

A título exemplificativo, podemos apontar alguns pontos em que a Constituição Federal de 1988 dá fundamento ao Direito Processual Coletivo: no inciso XXXII do artigo 5º⁵¹, que dispõe sobre a Defesa do Consumidor; no parágrafo 4º do artigo 37⁵²; ou

⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 68.

⁵⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito coletivo brasileiro**: autonomia metodológica e superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual, 2006.

⁵¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

no inciso III do artigo 129⁵³, ao tratar da ação civil pública.

E, obviamente, a existência do Direito Processual Coletivo pressupõe a existência do Direito Coletivo Material.

No entanto, a principal disposição constitucional acerca do Direito Coletivo brasileiro é, de fato, o Capítulo I do Título II da CF/1988, que arrola, materialmente, entre os Direitos Fundamentais os Coletivos e os Individuais, inaugurando a nova divisão constitucional dos Direitos Fundamentais.

1.6.2 O direito coletivo infraconstitucional brasileiro e sua conceituação legal

A partir da previsão constitucional sobre Direitos Coletivos, o legislador infraconstitucional passa a regulá-los.

Em 1990, a nova *summa divisio* dos Direitos Fundamentais é acolhida, entre outras normas, por dois importantes diplomas legais: o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), consagra a nova divisão entre Direitos Coletivos e Direitos Individuais ao discorrer, desde seu artigo 6º, sobre os “direitos e deveres individuais e coletivos”.

E o ECA, inobstante também tutelar Direitos Individuais e Coletivos em outros diversos pontos de seu texto - artigos 148, 201 e 208, *v.g.*, traz na indicação dada ao Capítulo VII do Título VI do Livro II a ratificação da novel divisão, *verbis*: “Capítulo VII - Da Proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos”.

O legislador infraconstitucional, desta feita, segue a nova *summa divisio* adotada na Constituição Federal de 1988.

⁵² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

⁵³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”.

Outro diploma legal, também publicado no ano de 1990, além de ratificar a nova divisão do Direito de acordo com o sujeito que o exerce, traz a conceituação legal dos Direitos Coletivos.

É o artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que conceitua os Direitos Coletivos separando-os em três espécies, quais sejam os Direitos ou Interesses Difusos, os Direitos ou Interesses Coletivos em Sentido Restrito e os Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos, com a seguinte redação:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Inobstante a possibilidade da conceituação legal de Direitos Coletivos poder ser superada, com a reinterpretação e evolução destes por conceitos doutrinários, o fato de a lei conceituá-los é entendido como vantagem por Kazuo Watanabe no livro *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*, em parceria com Ada Pellegrini Grinover, eis que segundo o doutrinador esta certeza da lei decorrente da conceituação legal evita dúvidas e discussões doutrinárias, que à época da publicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) persistiam a respeito das categorias jurídicas, e poderiam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos coletivos dos consumidores.⁵⁴

O conceito legal de Direitos Coletivos resta, pois, pacificado.

1.6.3 Conceito doutrinário de direito coletivo no Brasil

Na esteira da conceituação legal, a doutrina brasileira buscou também conceituar os Direitos Coletivos. No entanto, há diferentes conceituações doutrinárias acerca do

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

tema. Vejamos.

Conforme assevera Pedro Lenza, a literatura que trata da tutela dos interesses metaindividuais no Brasil é recente.⁵⁵

Isto porque somente após as alterações estruturais da sociedade, que originaram o que Mauro Capelletti chamou de *corpos intermediários* entre o Estado e o indivíduo, rompe-se com a até então vigente *summa divisio* entre Direitos Privado e Público, passando a doutrina a preocupar-se com os Direitos Coletivos.⁵⁶

No Brasil, o primeiro trabalho sobre o tema é apresentado por José Carlos Barbosa Moreira, que dividia os Direitos Coletivos em dois grupos distintos.

Um, de direitos que poderiam ser entendidos como coletivos no campo prático simplesmente por tutelarem direitos de uma coletividade ou comunidade formada por indivíduos indeterminados, que seriam os direitos essencialmente coletivos, dentre os quais podemos destacar os Direitos Difusos e os Coletivos em Sentido Restrito.

Outro, de direitos individuais, que poderiam ser tutelados coletivamente apenas por força de construção processual, visto que pertenceriam a pessoas individualizadas e determináveis, e tutelariam objeto divisível e distinguível. Seriam, estes últimos, os direitos acidentalmente coletivos, representados pelos Direitos Individuais Homogêneos.⁵⁷

No entanto, a mais nova doutrina pátria abraça a divisão e conceituação advindas do conceito legal de Direitos Coletivos, dadas pelo artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Neste artigo de lei o legislador brasileiro adota a divisão tripartite dos Direitos Coletivos em três espécies, quais sejam Direitos Difusos, Direitos Coletivos em Sentido Restrito e Direitos Individuais Homogêneos.

A partir deste conceito legal, a doutrina pátria laborou no sentido conceituar os Direitos Coletivos, estabelecendo, sem perder de vista o conceito legal, a diferenciação entre essas espécies de Direitos Coletivos.

De início, Pedro Lenza destaca a caracterização dada pela doutrina aos

⁵⁵ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁶ CAPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **RePro**, São Paulo, n. 5, p. 128-159, 1977.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

interesses/direitos metaindividuais, e realiza análise interativa de cada um dos seus subtipos analisando-os de acordo com os critérios de transindividualidade, indeterminação dos sujeitos, modo de agregação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto e possibilidade de transação quanto ao objeto de tutela jurisdicional, que serão pontuados abaixo.⁵⁸

Desta forma, interpretando a legislação e a doutrina, podemos entender que Direitos ou Interesses Difusos são aqueles caracterizados, no aspecto subjetivo, pela indeterminação de seus titulares e pela inexistência de relação jurídica base entre eles, e no aspecto objetivo, pela indivisibilidade do bem jurídico.

Conforme leciona Kazuo Watanabe, “à tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos [...] será suficiente uma só demanda coletiva, cuja sentença nos termos do art. 103, I[CDC], fará coisa julgada *erga omnes*”⁵⁹.

Direitos ou Interesses Coletivos no sentido restrito são legalmente conceituados como aqueles “de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁶⁰ (art. 81, parágrafo único, II, CDC).

Estes direitos ou interesses apresentam tal nível de homogeneidade que, independentemente de sua harmonização formal - desnecessária - torna-se perfeitamente viável e desejável a sua proteção em forma molecular.

O ponto que diferencia os Direitos ou Interesses Coletivos em sentido restrito dos Difusos é a determinabilidade dos titulares dos primeiros, seja por intermédio da relação jurídica que une tais titulares, seja pela especificidade do vínculo que os liga à parte contrária.

Há que se salientar que o conceito de ‘coletivo’ do CDC é mais amplo que o da doutrina, posto que abrange os interesses ou direitos não organizados, e ao mesmo tempo mais restrito, pois admite apenas os interesses ou direitos indivisíveis, excluindo a tutela dos direitos individuais agrupados, pois é necessário que os interesses sejam, ao mesmo tempo, transindividuais e de natureza indivisível.

⁵⁸ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**, 2003.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**, p. 89.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**, p. 89.

A sentença proferida nestas ações fará coisa julgada *ultra partes* limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

Por fim, Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos são os decorrentes de origem comum que podem ser tutelados a título coletivo.

Estes Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos têm como requisitos a homogeneidade e a origem comum, como ensina Ada Pellegrini Grinover no livro coordenado por Édis Milaré.⁶¹

A particularidade da origem comum, no entanto, não implica em unidade factual ou temporal.

O escopo da ação coletiva em sede de interesses individuais homogêneos é o de defender, de modo molecular, os próprios interesses individuais decorrentes de origem comum.

Nas ações que visem proteger direitos ou Interesses Individuais Homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* em caso de procedência do pedido e para beneficiar as vítimas e seus sucessores.

1.6.4 Direitos difusos de dimensão individual

Para além dessas três espécies de Direitos Coletivos conceituadas legalmente, parte da doutrina ainda admite outra: a dos *Direitos Difusos de Dimensão Individual*.

Segundo Gregório Assagra de Almeida, *Direitos Difusos de Dimensão Individual* são aqueles tutelados na dimensão de Direitos Individuais que atingem, por via reflexa, no mundo dos fatos, Direito Difuso.⁶²

A título ilustrativo seriam Direitos Difusos de Dimensão Individual aqueles defendidos individualmente contra uma agressão pontual ao meio ambiente que, judicialmente protegido, beneficiassem uma coletividade indeterminada ou indeterminável, titular do direito difuso em questão.

O pedido formulado nesta lide individual, se procedente, gera reflexos na coletividade.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública em matéria ambiental e denúncia da lide. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 09-17.

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípio, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

2. Conclusão

Conforme vemos, portanto, com atenção à classificação dos Direitos Coletivos, é mister admitir que, para se identificar a espécie de Direito Fundamental, é necessária a verificação, no caso específico, de quais são os titulares do direito tutelado.

Isto porque se Pedro Lenza assevera que até mesmo Direitos Individuais e Coletivos se assemelham materialmente, sendo certo que o que os faz diferenciar entre si são os titulares dos direitos juridicamente protegidos, dentro do campo dos Direitos Coletivos a identificação da sua espécie de direito demanda, ainda mais, a análise do sujeito deste.⁶³

Resta claro, portanto, que a simples conceituação legal e visualização em abstrato da norma não são suficientes para determinar nem se trata de Direito Individual ou de Direitos Coletivos, nem a espécie de Direito Coletivo.

Finalmente, ainda é importante salientar que a conceituação doutrinária, ao seguir a conceituação legal de Direitos Coletivos existente no artigo 81 do CDC, entende ‘direitos’ e ‘interesses’ como expressões sinônimas.

Segundo a doutrina clássica, só se poderia falar em direito quando a titularidade do interesse juridicamente protegido pertencia a um sujeito perfeitamente determinável. Por outro lado, quando a titularidade do direito não pudesse ser identificável e individualizável, estaríamos diante de um interesse. Nesta sistemática, a necessidade de identificar um titular determinável para os interesses de uma coletividade prejudicou o exercício dos referidos.

No entanto, com o alargamento da concepção do direito subjetivo para proteger, também, o que anteriormente se classificava como mero interesse, ampliou-se a tutela jurídica e jurisdicional.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 usa os termos interesses e direitos e interesses coletivos como categorias amparadas pelo Direito, sem distingui-los.

Isto porque o legislador utilizou as expressões direitos e interesses como sinônimas; neste sentido, a partir do momento em que os interesses são amparados pelo direito, passam a possuir o mesmo *status* de direito.

Pedro Lenza, comentando Kazuo Watanabe na já citada obra em parceria com

⁶³ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**, 2003.

Ada Pellegrini Grinover, assevera que o problema da diferenciação entre direitos e interesses perde relevância no plano prático.⁶⁴

No mesmo sentido, o Professor José Carlos Barbosa Moreira já se preocupava com a efetividade da proteção jurisdicional, não importando tanto, basicamente, “saber a que título se lhes há de dispensar tal proteção”⁶⁵.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípio, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito coletivo brasileiro**: autonomia metodológica e superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Poder judiciário e reserva legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 21, n. 6, p. 103-131, jan./mar. 2001.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e sua função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 2, n. 7, p. 69-84, jul./set. 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#). Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2008.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**, 1991.

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**, p. 211.

CAPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: CAPELLETTI, Mauro. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**: atti del congegno di studio. Padova: Cedam, 1976.

CAPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **RePro**, São Paulo, n. 5, p. 128-159, 1977.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 63, n. 77, p. 71-79, jul./set. 1986.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da 'função social'. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002.

DIAS, Maurício Leal. A função social ambiental da cidade como princípio constitucional. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, a. 3, n. 16, p. 1.793-1.798, jul./ago. 2004.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia**. Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 19, n. 55, p. 411-454, 1989.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente: caso parque do povo (parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p. 247-260, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública em matéria ambiental e denúncia da lide. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 09-17.

GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades: un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992. p. 31-32.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 115-126, jan./mar. 2003.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAGALHÃES, Maria Luiza Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Função ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATEUS, Eliane Elias. A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 13, n. 49, p. 101-118, jan./mar. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de fato - questão de direito: ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967. v. I.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno**. São Paulo: UEL, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALES, Lilia Maia de Moraes; LEITE, Sarah Russo. O direito fundamental de propriedade e a Comunidade do Dendê. **Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 73-81, fev. 2005. p. 74. Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1668.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODERO, Fernando Pereira. **Curso de direito agrário: o estatuto da terra**. Brasília: Fundação Petrônio Portela-MJ, 1982.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A nova propriedade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, p. 67-82, 1989.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 37-53, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. V. 5. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Da indenização em razão do tombamento de bem imóvel¹

Compensation due to the declaration of immovable property as historical heritage

Raphael Furtado Carminate²

RESUMO: Este artigo analisa a possibilidade de indenização em razão do tombamento de bem imóvel de acordo com a natureza jurídica deste instituto e considerando-se a responsabilidade civil do Estado e seus fundamentos.

Palavras-chave: Tombamento. Responsabilidade civil do Estado. Patrimônio cultural edificado.

ABSTRACT: This article examines the possibility of compensation by reason of the declaration of immovable property as belonging to the historical heritage in accordance with the legal structure of this institute and considering the liability of the State and its legal grounds.

Keywords: Declaration of belonging to the historical heritage. Liability of the State. Historical heritage immovable.

1. Introdução

O patrimônio cultural edificado, representante da identidade cultural de determinada sociedade, apesar de não inserido expressamente no Título II, da Constituição Federal, integra o rol dos direitos e garantias fundamentais, merecendo proteção do Estado e da sociedade, de modo conjunto.

Dentre os instrumentos jurídicos aptos à preservação do patrimônio cultural brasileiro, o tombamento, disciplinado pelo Decreto-Lei n. 25/1937, se destaca como o modelo mais conhecido e utilizado nacionalmente. Apesar de não haver a necessidade de tombamento para a preservação do bem pelo Estado e pela coletividade, é inequívoco que o ato de tombamento

¹ Artigo originalmente publicado nos Anais do Congresso Luso-Brasileiro de Direito do Patrimônio Cultural, realizado em Ouro Preto em março de 2011.

² Advogado, graduado em Direito pela UFOP, especialista em Direito Tributário pela PUC Minas, mestre em Direito Privado pela PUC Minas, professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos – unidades Itabirito e Mariana..

de um imóvel altera a situação jurídica de seu proprietário, uma vez que impede (desapropriação indireta) ou limita o exercício das faculdades de uso e fruição.

Quando o tombamento possui natureza jurídica de desapropriação indireta, impedindo o uso e fruição do bem tombado por seu proprietário, é inequívoco o direito do proprietário de receber a reparação civil do ente que promoveu a inscrição da coisa no livro do tombo.

A questão a ser analisada restringe-se à possibilidade de o proprietário de um bem tombado, em que o tombamento não impediu o exercício das suas faculdades de uso e fruição, mas o limitou, ocasionando-lhe um prejuízo econômico considerável, teria direito, ou não, de ser reparado pelo Estado.

Ou seja, será analisado se a normal atividade do Estado, geradora de um prejuízo a determinado cidadão, implica em direito deste em obter indenização daquele. Para tanto, serão analisados os conceitos de tombamento, sua natureza jurídica, e se é possível a aplicação da teoria do risco administrativo, que torna o Estado civilmente responsável pelos riscos de sua atividade administrativa, aos danos eventualmente causados ao proprietário do imóvel tombado.

Como o Estado tem o dever de preservar o patrimônio cultural edificado, e tal fato deve se operar sem prejuízo da incolumidade dos administrados, ou seja, sem causar danos ao proprietário do bem tombado, a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa deveria recair sobre o ente público, repartindo-se os encargos dele decorrentes entre todos os cidadãos, promovendo-se a efetivação da igualdade.

Considerando-se que o interesse na preservação do patrimônio cultural é de toda a coletividade, não parece razoável imputar ao proprietário do bem tombado, desvalorizado por tal ato administrativo, todos os ônus oriundos do tombamento.

Assim sendo, deveria o Estado, enquanto representante da sociedade, arcar com os ônus daí decorrentes, indenizando o proprietário pela desvalorização de seu bem, fazendo com que o prejuízo resultante do tombamento seja repartido entre toda a coletividade dele beneficiária direta.

2. O patrimônio cultural edificado

A Constituição Federal, em seu art. 216, estabelece especial proteção ao “patrimônio cultural brasileiro”, definindo o mesmo como “os bens de natureza material e

imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Além de elaborar um conceito de patrimônio cultural, a Constituição, no mesmo artigo supra citado, arrola diversos bens culturais, quais sejam: “I – as formas de expressão, II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Este rol é meramente exemplificativo, tanto que o constituinte, antes de mencionar as hipóteses nele compreendidas, vale-se da expressão “nos quais se incluem”, deixando claro que desde que o bem seja uma expressão simbólica da memória coletiva, constitutiva da identidade de um lugar, uma região, ou uma comunidade, localizados no Brasil, o mesmo é considerado “patrimônio cultural brasileiro”.

E não poderia ser diferente, mesmo que inexistisse expressa menção no *caput* do art. 216 da Constituição Federal acerca da não taxatividade do rol por ele apresentado, na medida em que o patrimônio cultural é um direito e garantia fundamental, e o §2º, do art. 5º da própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, é forçoso concluir pela possibilidade de existência de “patrimônio cultural brasileiro” além das hipóteses previstas no artigo em comento.

Destes bens que integram o “patrimônio cultural brasileiro”, interessa-nos o patrimônio cultural edificado, mencionado nos incisos IV e V, do art. 216 da Constituição, envolvendo tanto “edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais” quanto “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico” e artístico.

Carlos Magno de Souza Paiva apresenta três categorias de patrimônio cultural edificado, quais sejam:

- a) os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pinturas monumentais, tombados ou não, reconhecidos pelo significado às gerações presentes e futuras e que tenham um valor do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;
- b) os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;
- c) e os lugares notáveis: conjunto de edificações ou conjunto de edificações conjugado com a natureza que, por sua unidade e homogeneidade, possua, por si mesmo, valor histórico, artístico, documental ou arqueológico, incluindo os centros históricos de cidades, conjuntos urbanos fortificados e ainda perspectivas e tramas urbanas necessárias à valorização ou ambientação de monumentos de valor cultural.

Observa-se, portanto, que tanto um bem imóvel isoladamente considerado, quanto os conjuntos de bens imóveis de valor histórico, artístico ou científico, tombados ou não, são considerados patrimônio cultural edificado, merecedores, portanto, de tutela jurídica.

A Constituição Federal, em seu art. 216, §1º, apresenta os instrumentos destinados à tutela do “patrimônio cultural brasileiro”, quais sejam:

Art. 216. (...)

§1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Assim como o faz no ato da definição dos bens que integram o “patrimônio cultural brasileiro”, a Constituição Federal apresenta rol meramente exemplificativo, deixando claro que pode haver “outras formas de acautelamento e preservação”.

Dentre estas “outras formas” de defesa do patrimônio cultural, destacam-se hipóteses previstas no próprio texto constitucional, como a ação civil pública (art. 129, III), a ação popular (art. 5º, LXXIII), o mandado de segurança (art. 5º), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º). Além disso, o patrimônio cultural pode ser protegido por meio de alternativas “extrajudiciais”, como a educação, incentivos fiscais, e a própria legislação urbanística, por exemplo.

Das hipóteses mencionadas no §1º, do art. 216 da Constituição, merecerá especial atenção o tombamento, que é o meio mais difundido para a preservação do patrimônio cultural, que terá sua natureza jurídica, efeitos e consequências detidamente analisados.

3. Tombamento

Sem sombra de dúvidas, o tombamento é o meio mais difundido de preservação do patrimônio cultural, chegando a ser entendido como sinônimo de preservação, como assevera Sônia Rabello de Castro:

Comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém é importante distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato de tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. (1991. p. 5)

O tombamento é o reconhecimento do valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico de um bem móvel ou imóvel, pelos órgãos competentes, que se dá por intermédio de sua inscrição em livro especial, chamado Livro do Tombo.

Em âmbito federal, os Livros do Tombo ficam na autarquia incumbida de efetivar o tombamento, que é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, que possui quatro deles, subdivididos em conformidade com sua categoria, de acordo com o Decreto-Lei n. 25/1937, sendo eles:

- a) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico – para inscrição das coisas pertencentes às categorias de arte arqueológicas, etnográfica, ameríndia, popular, e bem assim os monumentos naturais, os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana;
- b) Livro do Tombo Histórico – para inscrição das coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
- c) Livro do Tombo das Belas Artes – para inscrição das coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
- d) Livro do Tombo das Artes Aplicadas – para inscrição das obras que se incluam na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Para Hely Lopes Meirelles, tombamento

é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio. (2001. p. 536)

Já José Afonso da Silva define o tombamento como

o ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade. (2001. p. 159)

E, para Maria Coeli Simões Pires tombamento é

o ato final resultante de procedimento administrativo mediante o qual o Poder Público, intervindo na propriedade privada ou pública, integra-se na gestão do bem móvel ou imóvel de caráter histórico, artístico, arqueológico, documental ou natural, sujeitando-o a regime jurídico especial de tutela pública, tendo em vista a realização de interesse coletivo de preservação do patrimônio. (1994. p. 78)

Observa-se, assim, que o tombamento é um ato administrativo, posterior a um procedimento administrativo, que implica em intervenção do Estado no direito de propriedade, submetendo o bem tombado a regime jurídico próprio, com a finalidade de preservar o patrimônio cultural.

Importante frisar que, em conformidade com o art. 1º, do Decreto-Lei n. 25/1937, o tombamento pode vir a incidir sobre bens móveis ou imóveis de relevante valor histórico,

arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico, interessando no caso concreto somente o tombamento de bens imóveis de relevante valor cultural.

3.1. Natureza jurídica

Importante para o presente trabalho é a correta definição da natureza jurídica do tombamento. Neste ponto, o tombamento deve ser analisado sob dois aspectos: a. saber se é ato declaratório ou constitutivo; b. saber se é limitação administrativa, servidão administrativa, ou desapropriação. (SILVA, 2001. p. 159)

Em relação à análise do primeiro ponto supra destacado, a doutrina diverge sobre o tema, merecendo destaque os posicionamentos de Hely Lopes Meirelles e Hugo Nigro Mazzilli, que defendem ser o tombamento meramente declaratório, uma vez que o mesmo “não constitui pressuposto necessário para a proteção judicial do bem de valor cultural”. (MAZZILI, 2004. p. 52)

Segundo essa corrente doutrinária, não é o fato de estar inscrito no Livro do Tombo que faz com que o bem passe a integrar o patrimônio cultural e venha a ser merecedor de tutela jurídica, uma vez que o art. 216 da Constituição não exige o preenchimento de tal requisito, implicando, necessariamente, no reconhecimento de sua natureza meramente declaratória.

Por outro lado há forte entendimento doutrinário em sentido diverso, merecendo destaque os posicionamentos de José Afonso da Silva e José Cretella Júnior, que entendem possuir o tombamento natureza constitutiva, uma vez que submete o seu proprietário a regime jurídico próprio, inovando sua situação jurídica.

Como assevera José Afonso da Silva, o tombamento

produz efeitos sobre a esfera jurídica dos proprietários, privados ou públicos, dos bens tombados, impondo restrições ao direito de propriedade, e cria para eles um regime jurídico especial, transformando-os em bens de interesse público (situação diversa de domínio público e de domínio privado), sujeitos a vínculos de várias espécies”. (SILVA, 2001. p. 160)

Apesar de não ser necessária a inscrição no Livro do Tombo para que o bem integre o patrimônio cultural brasileiro, e venha a ser merecedor de proteção jurídica (tanto que podem ser defendidos por ação civil pública ou ação popular), é inequívoco que o tombamento altera a situação jurídica dos proprietários dos bens tombados, que passam a sofrer uma série de restrições e imposições previstas no Decreto-Lei n. 25/1937, que inexistiam anteriormente, passando a se submeterem a regime jurídico próprio, motivo pelo

qual, com todo o respeito ao posicionamento divergente, entende-se como constitutiva a natureza jurídica do tombamento.

Analisando-se o tombamento sob o segundo prisma mencionado por José Afonso da Silva, acerca de seu enquadramento como limitação administrativa, servidão administrativa ou desapropriação, observa-se ser a doutrina igualmente divergente, com posicionamentos abalizados em todos os sentidos.

Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva entendem ser o tombamento uma limitação ao caráter absoluto do direito de propriedade

porque reduz a amplitude dos direitos do proprietário por meio de um regime jurídico especial de interesse público que impõe ao bem tombado vínculos de destinação, de imodificabilidade e limites à alienabilidade. Não atinge o caráter da exclusividade porque não constitui um direito real, nem mesmo um ônus real sobre coisa alheia, a coisa tombada. Menos ainda o caráter de perpetuidade, porque a propriedade continua imputada a seu titular. (SILVA, 2001. p. 160/161)

Entretanto, não se pode afirmar ser o tombamento uma limitação à propriedade, pois ela abrange uma categoria abstrata de bens, ao passo que o primeiro atinge bens de maneira isolada, ou conjunto de bens especificamente definidos.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello e Adilson Abreu Dallari defendem que o tombamento é uma servidão administrativa, pois através dele “o Poder Público absorve uma quantidade ou um valor já existente no bem tombado para desfrute ou proveito da coletividade”. (DALARI, 1991. p. 13)

No entanto, não se trata de servidão administrativa, pois “não há a coisa dominante, indispensável para caracterizar o instituto da servidão”.

Quando implica em inutilização total do bem para o proprietário, o tombamento teria natureza jurídica de desapropriação indireta, pois esvazia seu conteúdo econômico, como reconhecido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO.

1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado.
2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo.
3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal

caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo.

4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria.

5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames.

7. Recurso improvido.³

Finalmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho defendem constituir o tombamento categoria *sui generis*, na medida em que é um “instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção”. (CARVALHO FILHO, 2010. p. 872)

Embora se concorde com o último posicionamento supra destacado, é inequívoco que, independentemente da natureza jurídica atribuída ao tombamento, se trata de um ato lícito praticado pelo Estado (excetuando-se a desapropriação indireta), que limita o direito de propriedade de alguma forma, podendo gerar prejuízos para o seu titular, de maior ou menor extensão.

Interessa analisar, em conformidade com as normas aplicáveis à responsabilidade civil dos entes públicos, se a atividade lícita do Estado, praticada em benefício da coletividade, gera, ou não, a possibilidade de indenização do proprietário que vem a ser por ela prejudicado.

4. Da responsabilidade civil

Antes de se adentrar na análise específica do tema objeto deste estudo cumpre, de início, definir o que vem a ser responsabilidade civil.

Para Aguiar Dias (2006, p. 22), responsabilidade civil abarca toda a matéria de reparação do dano, consistente num modo de se restituir o prejudicado à situação jurídica

³ REsp n. 220983/SP. Rel. Min. José Delgado. DJ 25.09.2000. p. 72.

anterior, sendo uma forma de satisfazer as aspirações de segurança dos membros da sociedade moderna, refletindo a própria evolução do direito.

O instituto da responsabilidade civil integra o direito das obrigações, pois o mesmo gera para o causador de um dano, independentemente da análise de sua culpabilidade, a obrigação de repará-lo.

Carlos Roberto Gonçalves, com grande maestria, afirma que

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social. (1995, p. 03)

A noção de responsabilidade civil, desvinculada da penal, tem origem nos tempos da República, em Roma, através da *Lex Aquilia*, datada do século III a.C. (ZULIANI, 2006. p. 64) que representa o momento em que o Estado assume para si a função de punir, deixando a cargo dos particulares pleitear a reparação civil pelos danos por eles sofridos.

A Lei Aquília tinha características peculiares, pois apresentava um rol de hipóteses de aplicação da responsabilidade civil, que foram ampliadas pelos pretores e jurisconsultos, a fim de se favorecer o prejudicado, ante o primitivo rigor da norma. Neste período fora desenvolvida a noção de culpa e, “no último estágio do direito romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprio danos morais”. (DIAS, 2006. p. 29/30)

Foi no direito francês, especialmente a partir da publicação do Código Napoleônico, que as idéias modernas de responsabilidade civil se desenvolveram. Os franceses aperfeiçoaram o conteúdo das idéias românicas, abandonando o critério enumerativo das hipóteses de responsabilidade civil, para estabelecer um princípio geral, inserido nos arts. 1.382 e 1.383⁴ de seu Código, de que a responsabilidade se funda na culpa.

O Código Civil de 1916 adotou em seu art. 159 a teoria subjetiva, afirmando expressamente a necessidade de comprovação de uma conduta ilícita culposa do agente para que lhe fosse imputada a responsabilidade de reparar o dano.

Com o desenvolvimento da sociedade, especialmente a partir da Revolução Industrial, os danos passaram a se multiplicar, e a responsabilidade civil fundada na culpa mostrou-se insuficiente a proporcionar proteção às vítimas dos eventos danosos.

⁴ Article 1.382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

Article 1.383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

Nas palavras de Lorenzetti

A responsabilidade civil baseada na imputação culposa se assemelha a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas: somente quem demonstre a culpa, pode obter a reparação. Deste modo, há um importante custo de acesso: necessita-se procurar um bom advogado, provas, e estar frente a danos que resultem de condutas suscetíveis de um juízo condenatório. (1998. p. 96)

Em decorrência da dificuldade de acesso da vítima à reparação, desenvolveu-se a responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco que, ao lado da teoria da culpa, abarca as inúmeras hipóteses em que a teoria tradicional se mostrava insuficiente para a proteção da vítima. Grosso modo, segundo essa teoria, todo aquele que exerce atividade que possa oferecer algum perigo a outrem, assume o risco de vir a ser obrigado a reparar os danos sofridos por terceiros, em decorrência dessa atividade.

A responsabilidade civil objetiva fora consagrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e fora acolhida pelo §6º, do art. 37 da Constituição Federal, que disciplina a responsabilidade civil do Estado, que será detidamente comentada adiante.

4.1. Responsabilidade civil objetiva

Como fora afirmado no tópico anterior, a responsabilidade civil subjetiva, cujos pressupostos são um ato ilícito culposo (*lato sensu*) gerador de danos a outrem, mostrou-se insuficiente a possibilitar o acesso das vítimas à reparação.

Deste modo, para se corrigir eventuais distorções, evidenciadas especialmente após a Revolução Industrial, onde os acidentes se multiplicaram de modo avassalador, desenvolveu-se a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

A imputação objetiva amplia o campo de reparação, de vez que não só aqueles que demonstrem a culpa podem obtê-la, mas também aqueles que não estejam em condições de fazê-lo, seja por insuficiência de meios, ou porque tenham sido prejudicados por coisas ou atividades perigosas. (LORENZETTI, 1998. p. 96/97)

Segundo Aguiar Dias (2006. p. 71/72), a responsabilidade civil objetiva, fora desenvolvida e sistematizada pelos franceses, no final do Século XIX, especialmente por intermédio dos ensinamentos de Raymond Saleilles, em estudo denominado *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, onde o autor propõe uma interpretação objetiva da palavra *faute*, constante do art. 1.382 do Código Civil francês, que se referiria ao fato causador do dano, sem nenhuma espécie de investigação do elemento psicológico do agente, e de Louis

Josserand, através de sua tese em conferência publicada sob o título *Evolutions et Actualités* (1987), que segue linha de raciocínio análoga à de Saleilles, propondo uma nova forma de interpretação do Código Civil francês, a fim de se tornar a responsabilidade civil mais coerente com a ordem social então vigente.

As teorias inicialmente propostas por Saleilles e Josserand foram desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência, até se chegar à conclusão de que o autor do dano, que o causou por um fato seu, deve suportar o dever de repará-lo.

A teoria do risco teria ingressado no Direito brasileiro por intermédio dos ensinamentos doutrinários de Orozimbo Nonato, e de imediato fora acompanhada por doutrinadores de destaque como Alvinho Lima, Wilson Mello da Silva, Caio Mário da Silva Pereira e Aguiar Dias.

Entretanto, o Código Civil de 1916 não contemplou a responsabilidade civil objetiva, tendo a teoria subjetivista persistido como teoria geral durante toda a sua vigência, apesar de algumas legislações esparsas terem previsto a responsabilidade objetiva, como o Decreto n. 2.681/1912 (Estradas de Ferro), Código de Mineração (Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967), Lei n. 6.938/1981, que trata dos danos causados ao meio ambiente, Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), dentre outras.

Somente com a promulgação do Código Civil de 2002, o direito brasileiro adotou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, ao estabelecer no parágrafo único de seu art. 927 que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. (MELLO, 2005. p. 936)

Portanto, de acordo com a responsabilidade civil fundada na teoria do risco, para que haja a obrigação de indenizar é necessária a ocorrência de um dano decorrente de atividade desenvolvida pelo agente, potencialmente causadora de riscos, e nexos de causalidade entre o dano e a atividade, não cabendo qualquer discussão acerca da licitude da conduta do agente causador do dano.

4.2. Responsabilidade civil do Estado – Teoria do risco administrativo

Em sede de responsabilidade civil do Estado, Caio Mário aponta que “no princípio era a irresponsabilidade”, vigente na concepção de Estado absoluto (*The King can do no wrong*), em que se não admitia a hipótese de constituição de direitos de um cidadão em face do Estado, sendo somente admitida a responsabilidade pessoal dos agentes que integravam a Administração Pública (1999. p. 128).

A irresponsabilidade civil do Estado permaneceu mesmo após o fim do período absolutista, sendo que

o ataque ao conceito de “irresponsabilidade” veio por caminho travesso, admitindo-se que ora o Estado procede na qualidade de “pessoa-pública”, no exercício do poder soberano, e pratica atos em virtude de seu *imperium* (atos *iure imperii*), ora age como “pessoa-civil”, assemelhado ao indivíduo na gestão de seu patrimônio (atos *iure gestionis*). No primeiro caso, prevaleceria a imunidade, no segundo sujeitar-se-ia a reparar o dano causado, da mesma forma que qualquer particular. (PEREIRA, 1999. p. 128)

Todavia, este regime gerava inúmeros problemas pois, na prática, é quase impossível se diferenciar as duas funções do Estado supra mencionadas. Assim sendo, somente quando se passou a permitir “que a vítima procedesse contra o Estado da mesma forma que o faz contra qualquer cidadão ou indivíduo foi que as idéias se aclararam” (PEREIRA, 1999. p. 129). A “idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito” (MELLO, 2005. P. 923).

Este reconhecimento do dever de indenizar do Estado tem como marco específico, ainda que inexistente previsão legal específica, baseado somente nos princípios de Direito, o caso *Blanco*, julgado em 1873 pelo Tribunal de Conflitos da França, que responsabilizou o Estado Francês pelos danos causados em decorrência do atropelamento de uma criança, por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, chamada Agnes Blanco. (CASTRO, 2006. p. 238)

Celso Antônio Bandeira de Mello define com maestria a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que consiste na

obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (2005. p. 923)

Dentre as várias teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, merecem destaques a teoria da culpa administrativa e a teoria do risco administrativo.

A primeira teoria, também conhecida como “falta do serviço”, do francês *faute du service*, surgiu no início da evolução da responsabilidade civil do Estado, não mais se exigindo que a vítima distinguisse atos de gestão e atos de império no momento de se pleitear a reparação por parte do Estado pelos danos causados por seus agentes.

Nesta hipótese, para a configuração da responsabilidade civil do estado “bastava comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou”. (CARVALHO FILHO, 2010. p. 489)

Pelo fato de ter o agente de comprovar o mau funcionamento do serviço público, ou a “falta do serviço”, esta modalidade de responsabilidade civil do Estado pode ser enquadrada como responsabilidade subjetiva, uma vez que baseada em ato ilícito culposo (*lato sensu*).

Por se tratar de responsabilidade subjetiva, esta teoria mostrou-se insuficiente para acobertar todas as hipóteses em que os cidadãos têm suas esferas jurídicas atingidas por atos omissivos ou comissivos estatais, motivo pelo qual se desenvolveu a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem de verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. (CAVALIERI FILHO, 2010. p. 243)

Esta teoria fora expressamente adotada pelo §6º, do art. 37, da Constituição Federal, que estabelece o seguinte:

Art. 37(...)

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em seu art. 43, o Código Civil de 2002 tenta repetir a orientação constitucional acerca da responsabilidade civil do Estado, mas comete falha grave, ao não prever a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, mas prestadoras de serviços públicos.

No entanto, esta omissão do Código Civil não causa nenhum prejuízo para os afetados pelas ações das pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que é evidente a supremacia hierárquica da Constituição Federal perante o Código Civil.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2005. p. 866), apresenta o fundamento da responsabilidade estatal, que

é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Considerando a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco, que tem como fundamento o princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal – STF admitiu expressamente a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos por ele praticados, causadores de danos para um particular, em benefício da coletividade.

No caso em comento, o Município de São Paulo construiu um viaduto que trouxe poluição visual, sonora e ambiental para imóveis localizados em suas proximidades, desvalorizando-os, tendo o STF se manifestado no seguinte sentido:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C. F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, §6º.

I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude de prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação.

III. R.E. conhecido e provido.⁵

Cientes, portanto, de que a Constituição Federal acolheu a teoria do risco administrativo, sendo possível a responsabilidade civil do Estado por ato lícito, avaliar-se-á se o proprietário de bem imóvel que sofre danos perpetrados pelo seu tombamento faz jus, ou não, ao recebimento de indenização em decorrência deste ato administrativo.

5. Responsabilidade civil do Estado em decorrência do tombamento

O tombamento tem algumas questões controvertidas, como, por exemplo, a relativa à sua natureza jurídica, mas a que talvez chame mais atenção, pelas suas

⁵ Segunda Turma. RE 113.587/SP. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. DJ 03.04.1992. p. 4292.

consequências imediatas, diz respeito ao dever do Estado de indenizar o proprietário do bem tombado.

Como visto, o tombamento tem como finalidade conferir maior proteção ao bem cultural, a fim de preservá-lo para as atuais e futuras gerações, alterando a situação jurídica do titular da coisa, submetendo-o a regime jurídico próprio, previsto no Decreto-Lei n. 25/1937.

Também fora explicado que uma vez adotada pelo constituinte a responsabilidade civil do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, para que surja o dever de indenizar por parte da Administração Pública basta a presença de um evento danoso em decorrência do exercício da atividade estatal.

Antes de se adentrar especificamente na análise da indenização em decorrência do tombamento, é necessário esclarecer algumas questões.

Quando o tombamento apresentar natureza de verdadeira desapropriação indireta, esvaziando completamente o conteúdo econômico da propriedade, mostra-se inequívoco o direito do proprietário de ser indenizado. No entanto, a indenização não será decorrente da responsabilidade civil do Estado mas, sim, pelo fato deste tombamento possuir, na verdade, natureza jurídica de outro instituto, qual seja, da desapropriação, que em seu regulamento próprio expressamente determina o pagamento de indenização ao expropriado (art. 5º, XXIV, da Constituição Federal e Decreto-Lei n. 3365/1941).

O que interessa ao caso concreto é a análise do tombamento sob a perspectiva de sua natureza jurídica enquanto servidão administrativa ou categoria própria, pois nestes casos o dever de indenizar é decorrente da responsabilidade civil do Estado, propriamente dita.

Na medida em que se trata de responsabilidade civil do Estado, onde o evento danoso é fundamental para sua caracterização, é forçoso concluir que nem sempre o tombamento ensejará direito ao recebimento de indenização mas, tão-somente, nas hipóteses em que o referido ato administrativo gerar efetivo prejuízo ao titular da coisa tombada.

Retomando-se discussão anteriormente explicitada acerca da natureza jurídica do tombamento, observa-se que grande parte da corrente doutrinária que entende possuir o tombamento natureza jurídica declaratória nega a possibilidade do recebimento de indenização por parte do titular do bem tombado, uma vez que o referido ato administrativo não alteraria sua situação jurídica.

Neste sentido, o posicionamento de Carlos Magno de Souza Paiva, ao afirmar que

o instituto da “indenização” é incompatível com a finalidade de preservação e valorização ininterrupta dos bens culturais edificados. Pretender indenizar previamente e em dinheiro os proprietários sujeitos às vinculações de ordem pública,

voltadas para a salvaguarda destes bens, é criar uma ficção jurídica não existente em nosso ordenamento legal e desprezar o caráter de contínua manutenção dos bens culturais, que não se resolve com o pagamento de uma única parcela monetária ao seu proprietário. (2010. p. 173)

Todavia, ousa-se discordar do brilhante autor supra citado, uma vez que o instituto da responsabilidade civil não tem nenhuma finalidade de preservação de bens culturais mas, sim, a de reparação de danos suportados, o que não o desabona. Além disso, a indenização a ser paga ao proprietário de bem tombado não deve ser analisada sob o prisma de sua natureza jurídica, mas em conformidade com os ditames da responsabilidade objetiva, que tem previsão no §6º, do art. 37, da Constituição Federal, não se tratando de “ficção jurídica” alguma.

Edimur Ferreira de Faria, apesar de afirmar ser “o gravame intrínseco ao bem”, expressa que “em virtude da função social, o gravame decorrente de normas gerais não gera para o proprietário do bem protegido o direito a indenização”. Prosseguindo, o autor ressalva “os casos de efetivo prejuízo”, evidenciando que a análise da responsabilidade civil em decorrência do tombamento deve se ater ao dano, e não à sua natureza jurídica. (2010. p. 84/85)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao apreciar a apelação cível n. 000.122.401-3/00, esclarece bem a matéria, conforme ementa abaixo transcrita:

Administrativo. Tombamento. Direito à indenização. A questão relativa à indenização no tombamento não se resolve pela sua natureza, mas pelo princípio da responsabilidade objetiva. Invocando tal preceito, em ocorrendo, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado.⁶

Como fundamento de seu voto vencedor, o Desembargador Pinheiro Lago se vale dos ensinamentos de Flávio Queiroz Bezerra Cavalcanti, que em artigo dedicado ao tema afirma o seguinte:

Em prol da coletividade, o titular sofre restrições no seu direito de propriedade e uma diminuição do seu patrimônio.

Baseada a regra de indenização pelo poder público no fracionamento dos ônus e cômodos, não vejo como escapar à conclusão de que necessário se faz o repartimento dos prejuízos sofridos. Sem isso, é de se aceitar que apenas sobre o titular do bem tombado recaia o ônus de arcar com o cômodo coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio da solidariedade social norteador da responsabilidade civil do Estado.

Não há norma jurídica positiva ou princípio exigente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação. Antes, ao contrário, os

⁶ 2ª Câmara Cível. Apelação cível n. 000.122.401-3/00. Rel. Des. Pinheiro Lago. DJMG 24.09.1999.

princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trazer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido.

Por estas razões, penso eu, os prejuízos causados pelo tombamento compulsório devem ser indenizados pelo Poder Público, respeitando-se o princípio geral de reparação, isto é, da forma mais completa possível, ressarcindo o dano o mais integralmente possível. É a única solução que se compatibiliza com os princípios norteadores da responsabilidade patrimonial do Estado. (1994. p. 334)

Ante todo o exposto, na medida em que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, que tem como finalidade a garantia de repartição entre todos os interessados dos ônus decorrentes da atividade estatal, como elemento dos princípios da solidariedade e igualdade, sempre que o tombamento causar danos ao titular do imóvel tombado, deve o Estado, enquanto representante de todos os beneficiários deste ato administrativo, reparar os prejuízos daí decorrentes, indenizando o proprietário.

6. Conclusões

Os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro devem ser preservados e protegidos, eis que se trata de direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual o ordenamento jurídico pátrio elenca diversos institutos destinados a tal finalidade.

Dentre os meios de preservação do patrimônio cultural, merece destaque o instituto do tombamento, uma vez que utilizado em larga escala pelo Poder Público, que submete o bem tombado a regime jurídico próprio, estabelecido pelo Decreto-Lei n. 25/1937.

Questão controversa diz respeito ao direito do proprietário do bem tombado vir a ser indenizado pelo Poder Público por eventuais prejuízos decorrentes deste ato administrativo, que tem como escopo a garantia de preservação da memória coletiva.

Conforme fora explicado, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco, e é disciplinada pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece que para haver o dever de indenizar basta a existência de um evento danoso, em decorrência de uma atuação estatal, lícita ou ilícita.

Assim sendo, na análise da responsabilidade civil do Estado nos casos de tombamento, mostra-se inútil toda a discussão travada a respeito da natureza jurídica deste instituto pois, independentemente da corrente doutrinária adotada, o que interessa é a observação do elemento danoso.

Se o tombamento ocasiona danos ao proprietário do bem tombado, seu titular deve ser indenizado pelo Estado, independentemente de ser o ato declaratório, constitutivo, servidão administrativa ou possuidor de natureza jurídica própria.

Reconhecer o direito do cidadão prejudicado pelo tombamento ser indenizado pelos prejuízos daí decorrentes é observar o disposto no §6º, do art. 37 da Constituição e, além disso, realizar os princípios da solidariedade e igualdade, repartindo-se entre todos os cidadãos os ônus e os bônus decorrentes da preservação do patrimônio cultural edificado.

7. Bibliografia

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 220983/SP. Rel. Min. José Delgado. DJ 25.09.2000. p. 72. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em fevereiro de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 113.587/SP. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. DJ 03.04.1992. p. 4292. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em fevereiro de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CASTRO, Dayse Starling Lima Castro. Responsabilidade Extracontratual do Estado. Direito público. Organizadora: Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte: IEC, 2006.

CASTRO, Sônia Rabello de. O estado na preservação de bens culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALARI, Adilson Abreu. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Temas de Direito Urbanístico – 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DIAS, Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. DIAS, Maria Teresa Fonseca. PAIVA, Carlos Magno de Souza. Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Temas de Direito Urbanístico – 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 4 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e dever de indenizar. Revista de Direito Público, n. 61, Janeiro/Março de 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. Apelação cível n. 000.122.401-3/00. Rel. Des. Pinheiro Lago. DJMG 24.09.1999. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em fevereiro de 2011.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. O regime jurídico do bem cultural edificado. Ouro Preto: UFOP, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZULIANI, Ênio Santareli. Responsabilidade Civil e Reparação de Danos – Raízes Históricas – Função e Objetivo. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. v. 07. n. 40, mar./abr., 2006. Porto Alegre: Síntese, 2006.

**A MAGNITUDE DE ALGUNS TÍTULOS DE CRÉDITO “ARCAICOS” NA
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

**THE MAGNITUDE OF SOME ARCHAIC CREDITS IN CONTEMPORARY
SOCIETY**

Ana Luiza Fortes de Lima¹
Andreia Teixeira Braga²
Argemiro José Ferreira de Souza³

RESUMO: O presente artigo almeja analisar três pujantes títulos de crédito nominados: o cheque, a duplicata, e a nota promissória. Atualmente, alguns instrumentos creditícios alicerçados pela tecnologia se evidenciam numa agilidade e segurança antes inimagináveis. Entretanto, não podemos abandonar a proeminência das cédulas “antigas” que ainda apresentam subsídios necessários para a efetivação e a facilitação da circulação de riquezas, além do que os mais usuais meios para a concretização de uma compra e venda hodierna se baseiam legalmente nos instrumentos creditícios que ora explicitaremos.

PALAVRAS-CHAVE: Títulos de crédito; Cheque; Duplicata; Nota promissória; Circulação de riquezas.

ABSTRACT: This article aims to analyze three mighty securities denominated: the check, the duplicate and promissory note. Currently, some credit instruments underpinned by technology are evident in an unimaginable speed and security. However, we can not abandon the prominence of any title loan that has still shown necessary subsidies for effecting and facilitating the circulation of wealth, in addition to the more usual means of achieving today’s sale and purchase legally based on credit instruments which will be shown lately in this article.

KEYWORDS: Debt securities; Check; Duplicate; Promissory Note; Circulation of wealth.

¹Aluna do 8º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – MG.

²Aluna do 8º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – MG.

³Aluno do 8º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito – MG.

1 – INTRODUÇÃO

Antes de tentarmos compreender a grandeza do Direito Creditício, um tema da Filosofia do Direito nos fará perceber o quanto os títulos de crédito foram pujantes outrora e são ainda mais imperativos em tempos de Capitalismo fervoroso.

Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, aponta três aspectos antológicos fundamentais para a realização e entendimento da experiência jurídica: o aspecto normativo (um ordenamento); um aspecto fático (a efetividade social do Direito); um aspecto axiológico (um valor de justiça).

Aqui, faremos um paralelo entre a teoria de Miguel Reale e o Direito Creditício.

O aspecto normativo alusivo ao direito cambiário ocorreu de forma mais eficaz e globalizada em 1930, com a consolidação da Convenção de Genebra, cujo estandarte era a uniformização do direito dos países signatários no que se refere à matéria cambial, pelo que a disciplina da constituição e a exigibilidade do crédito cambiário eram os objetos do pacto. A norma, como se vê, reflete no “padrão de comportamento ou de organização social imposto aos indivíduos, que devem observá-la em determinadas circunstâncias.” (BENTO BETIOLI, 2008, p. 78-79).

O aspecto fático incidiu com a evolução dos tratos comerciais na Idade Média. As cruzadas e as expedições são fatos, eventos sociais que envolvem interesses basilares do homem como o crédito, a facilitação e a agilidade na circulação de riquezas, como também, a constatação de existência de uma obrigação como meio técnico para o exercício de um direito.

O aspecto axiológico exige que o direito, como obra humana impregnada de sentido ou valor, se exteriorize moralmente através da ordem, da segurança e da justiça. Tais pressupostos são essenciais para que o crédito, um dos pilares da atividade empresarial, seja desempenhado de modo rápido e seguro, numa relação de confiança - *credere*.

Vivante formula um conceito de título de crédito como sendo o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. O título de crédito é uma cártula que referencia os princípios básicos do direito cambiário (cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações), constituindo-se como prova de que certa pessoa é credora da outra; ou de que duas ou mais pessoas são credoras de outras.

Os títulos de crédito se distinguem dos demais documentos representativos de créditos e obrigações por se referirem unicamente a relações creditícias; pela facilidade na cobrança do

crédito em juízo, por ser título executivo extrajudicial; e pela negociabilidade, pois está sujeito a certa disciplina jurídica, que torna mais fácil a circulação do crédito.

Só se aplicam as normas sobre títulos de crédito do Código Civil quando a lei especial (Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, etc.) disciplinar igualmente o tema. Se contiver dispositivo com comando distinto, não se aplica o Código Civil.

2 – CHEQUE

O cheque nasceu na Idade Média, juntamente com a aparição dos bancos de depósito, que funcionavam como guardiões de valores comerciais. Os depositantes, quando necessário, emitiam ordem de pagamento a terceiros que apresentassem cártula válida. Aos depositantes eram dados certificados que lhe possibilitavam o direito de dispor dos valores depositados. Na Inglaterra ocorreu a popularização deste título, ainda que ele tenha nascido na Itália.

O cheque é um título de crédito que se apresenta sob a forma de ordem de pagamento à vista, estando submetido à Lei 7.357 de 1985. As obrigações nele apresentadas são autônomas e independentes, seguindo as regras básicas do rigor cambiário no que diz respeito ao seu conteúdo, a possibilidade de execução judicial e a sua forma. Todavia, ele apresenta aspectos que o individualizam. O cheque ordena que determinado banco pague a vista certa soma em dinheiro ao portador do título. Importante ressaltar a solenidade da cártula, pelo que deve ser impressa pelo banco e entregue ao correntista de maneira que o possibilite expressar todos os requisitos essenciais. Por isso o cheque é conhecido como um título de crédito de modelo vinculado.

O cheque tem como requisitos essenciais à cláusula cambial, ou seja, o nome cheque na cártula, a ordem de pagar quantia determinada, o nome do sacado, a data de emissão e a assinatura do emitente. Para os cheques com valor acima de R\$100,00 (cem reais) há a necessidade de identificação do beneficiário.

Interessante destacar que além do emissor, endossantes e avalistas que figurem na cártula assumem obrigação cambial. Como o cheque é uma ordem de pagamento a vista, ele não comporta o aceite. A transmissão normal do cheque se dá através do endosso, pelo que o endossante torna-se codevedor do título. Mas existe o endosso com cláusula sem garantia que exime o endossante de responsabilidade cambial. Há também a possibilidade de cláusula “não à ordem”, na qual a circulação será regida pelo direito civil.

O cheque envolve, no mínimo, três sujeitos diferentes: o correntista ou emitente, aquele que dá o cheque; o banco que recebe a ordem para pagá-lo, também denominado de sacado; e o beneficiário, aquele em favor de quem o cheque é emitido.

Há uma corrente doutrinária que nega ao cheque a caracterização de título de crédito próprio denominando-o como título de crédito impróprio, sendo este último exclusivamente meio de pagamento e não instrumento de circulação creditícia. Apoiando esta corrente temos Fran Martins, Lagarde e Pontes de Miranda. Isso porque, segundo eles, o cheque deve ter fundos, descaracterizando-o como crédito em abstrato. Ele seria um instrumento de apresentação e resgate. No entanto, essa corrente é minoritária, a maioria dos doutrinadores afirma a natureza de título de crédito próprio.

Existem quatro modalidades de cheques, vejamos:

Cheque visado: é o cheque garantido, no qual o sacado, a pedido do portador ou do emitente, assina e lança no verso da cártula declaração confirmada a existência de fundos para a liquidação do título;

Cheque administrativo: é emitido pelo sacado para que seja liquidado em uma de suas agências. Nesta modalidade, emitente e sacado se confundem. Aqui aumenta a segurança para o recebimento do valor do cheque;

Cheque cruzado: se dá através de dois traços transversais paralelos no anverso da cártula. Este cheque só serve para depósito, possibilitando saber em favor de que pessoa ele foi liquidado;

Cheque para ser levado em conta: aqui o emitente proíbe o pagamento do título em dinheiro. Tal cláusula deve constar no anverso do cheque, na transversal. Tem como finalidade aumentar a segurança, visto que ele só será liquidado na conta a que se refere à cláusula especial.

O prazo de validade do cheque é de 30 dias se for da mesma praça e de 60 dias para praças diferentes. Expirado o prazo perde-se o direito de executar os endossantes e avalistas do cheque. Todavia, ainda assim poderá ser apresentado ao sacado para fins de liquidação.

Há ainda outra modalidade largamente utilizada, o cheque pós-datado. Todavia, deve-se ter alguns cuidados, pois, se apresentado antes da data combinada entre o emitente e o beneficiário ocorrerá o pagamento do título se o correntista possuir fundos. A quebra de acordo entre emitente e beneficiário poderá gerar perdas e danos contra este último, conforme reza a Súmula 370 do Supremo Tribunal de Justiça.

O cheque também pode ser sustado pelo emitente, impedindo assim sua liquidação em três hipóteses: oposição (ato exclusivo do portador legitimado), revogação (ato exclusivo do emitente) e anulação. O sacado não pode se opor à sustação do cheque, sendo de responsabilidade do emitente os motivos apresentados para a sustação. São causas para a medida a posse indevida da cártula por outrem falsificando assinatura e outros requisitos essenciais. No entanto, se o emitente o susta sem a devida razão comete estelionato.

A anulação é verificada através do Decreto nº 2.044/1908, pelo que a lei supracitada não versa especificamente sobre esta possibilidade em relação ao cheque, isso porque a letra de câmbio norteia todos os títulos de crédito.

Assim, se ocorrer à destruição do cheque, poderá o proprietário, através de requerimento ao juízo competente do local do pagamento do citado título, requerer que o aceitante ou sacado seja intimado, bem como dos coobrigados para que não paguem o cheque. No caso de extravio, ainda será possível a citação do detentor para que este apresente em juízo o título, dentro do prazo de três meses. Na hipótese de destruição serão citados os coobrigados para oporem a contestação no mesmo prazo. As referidas citações, bem como intimações, serão feitas pela imprensa oficial. Os três meses de prazo referidos acima começarão a contar da data do vencimento do título e, se já vencido, da data de publicação na imprensa. Findo o prazo sem que se apresente o portador legitimado do título, ou sem a juntada da contestação, poderá o juiz decretar a nulidade do mesmo, gerando assim sentença que poderá ser executada. Manifestando a outra parte, o juiz julgará prejudicado o pedido de anulação. Da sentença proferida, caberá recurso de agravo com efeito suspensivo.

Se o cheque apresentado ao sacado não possuir fundos, não ocorrerá a liquidez, sendo devolvido ao seu portador. Se, no entanto, forem apresentados mais de um cheque de uma só vez, não tendo o correntista fundos para todos, deve-se observar a data de emissão e pagar o mais antigo. Coincidindo as datas pagar-se-á o de numeração inferior (em cada cheque consta uma numeração em ordem crescente). Não possuindo fundos, o cheque pode ser novamente apresentado ao sacado e, se isso ocorrer por mais de duas vezes, a conta do correntista acabará eliminada. O credor pode cobrá-lo judicialmente imediatamente após a devolução da primeira vez sem fundos.

São duas as ações cambiais de cheque. A execução, que prescreve nos seis meses seguintes, findo o prazo de apresentação, e a de enriquecimento indevido, podendo ser proposta nos dois anos que prossegue a prescrição da execução (dá-se através do processo de conhecimento). Terminada a prescrição das ações cambiais, o portador do cheque que não foi

liquidado por falta de fundos pode promover ação causal provando que ainda existe a obrigação do emitente.

3 – DUPLICATA

A duplicata é título de crédito criado pelo direito brasileiro, no Código Comercial de 1850, pelo que estabelecia aos comerciantes atacadistas, na venda aos retalhistas, a emissão de fatura ou conta em duas vias, “por duplicato”, com a relação por escrito das mercadorias entregues. As faturas eram assinadas pelos interessados (comprador e vendedor), e cada um deles ficava na posse de uma das vias. A assinada pelo comprador era equiparada aos títulos de crédito, inclusive para fins de cobranças judiciais. Contudo, a ineficácia da norma era atribuída à honestidade dos comerciantes no cumprimento das obrigações e ao baixo grau de alfabetização do Brasil na era imperial, tendo em vista a informalidade das transações.

A legislação cambiária de 1908 permaneceu em vigor, ainda que ineficiente quanto à obrigatoriedade da fatura em duas vias nas transações entre comerciantes. O governo tentou, em 1915, tornar compulsória a emissão de faturas, com a finalidade de controlar a incidência do imposto do selo. O I Congresso das Associações Comerciais, nos idos de 1920, recomendou a constituição, por lei, da “duplicata da fatura” que atendesse às exigências do fisco e possibilitasse a circulação de crédito, solidificando-se na década seguinte.

A duplicata foi constituída para fins de controle de incidência de tributos. Ao efetivarem transações de venda, os comerciantes estavam obrigados a inutilizar estampilhas obtidas nas repartições fiscais, colocando-as no título e assinando sobre elas.

Suprimida a inutilização de estampilhas, no fim dos anos 1960, a disciplina jurídica da duplicata passou por inovação com a Lei n. 5.474/68 e do Decreto-Lei n. 436/69. O título desvinculou dos seus aspectos fiscais e particularizou na constituição, circulação e cobrança de crédito nascido de operações mercantis ou de contratos de prestações de serviços.

A distinção primordial entre a letra de câmbio e a duplicata reside no regime aplicável ao aceite. Enquanto o ato de vinculação do sacado à cambial é sempre facultativo, no título brasileiro, a sua vinculação é obrigatória, mesmo que o devedor não a assine.

Importante ressaltar que a nossa lei da década de 1960, ao aperfeiçoar a disciplina de institutos peculiares da duplicata, como a execução do título não assinado, o protesto por indicações e o aceite obrigatório, criou condições indispensáveis ao desenvolvimento dos meios informatizados de registro, circulação e cobrança do crédito.

São duas as duplicatas: a mercantil e a de prestação de serviços.

A primeira é título causal. Sua emissão exclusivamente se dá para a documentação de crédito advindo na compra e venda mercantil. Se endossado a terceiro de boa-fé, a falta da causa legítima não poderá ser oposta pelo sacado perante o endossatário. A ineficácia do título como duplicata só pode ser invocada contra o sacador, o endossatário-mandatário ou terceiros de má-fé.

A duplicata mercantil se sujeita ao regime do direito cambiário e sua circulação se opera segundo o princípio da abstração.

É defeso por lei qualquer outro título sacado pelo vendedor das mercadorias, em dispositivo que exclui apenas a juridicidade da letra de câmbio. Assim, a nota promissória e o cheque pós-datado são plenamente admissíveis porque são sacados pelo comprador, escapando assim à proibição da lei.

A emissão da duplicata nas operações a prazo era obrigatória desde 1968. Atualmente, o comerciante tem duas opções: emitir a duplicata ou não emitir título nenhum. Porém, se o empresário optar pelo saque da duplicata, há de escriturá-la no Livro de Registro de Duplicatas. “A falência de emitente do título, sem a devida escrituração, caracteriza crime falimentar [...]”. (COELHO, 2010, p. 467).

Ao realizar qualquer venda de mercadorias, o comerciante deve extrair a fatura ou a nota fiscal-fatura, tanto para as vendas à vista, como a prazo, formalizando documento escrito e numerado, em que informa quantidade, preço unitário e total das mercadorias vendidas, pelo que a duplicata será emitida alicerçada nesse instrumento.

Emitida a fatura, poderá ser extraída a duplicata, obedecido o padrão fixado pelo Conselho Monetário Nacional e acolhidos os seguintes requisitos: a) cláusula cambial e ordem de pagamento; b) data da emissão igual a da fatura; c) os números da fatura (obrigatório) e da duplicata (facultativo), que podem coincidir ou não; d) data de vencimento ou cláusula à vista; e) nome e domicílio do vendedor (sacador); f) nome, domicílio e número de inscrição no Cadastro de Contribuintes do comprador (sacado); g) importância a pagar; h) local de pagamento; i) declaração de concordância, para ser assinada pelo sacado; j) assinatura do sacador.

Nos 30 dias seguintes à emissão, o sacador deve remeter a duplicata ao sacado. Se à vista, o comprador, ao recebê-lo, deve proceder ao pagamento; se a prazo, deve dar o aceite e a restituir ao sacador, em 10 dias, desde que não existam motivos para a recusa do aceite, hipótese em que a duplicata é devolvida ao vendedor acompanhada de exposição.

“A recusa só pode ocorrer nos seguintes casos: a) avaria ou não recebimento das mercadorias, quando transportadas por conta e risco do vendedor; b) vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade; c) divergência nos prazos ou preços combinados.” (COELHO, 2010, p. 468).

Apresentaremos três modalidades de aceite decorrentes da obrigatoriedade do ato de vinculação do sacado à duplicata.

O aceite ordinário resulta da assinatura do devedor no campo próprio do documento, sendo cabível na hipótese de utilização do suporte papel, constituindo título executivo extrajudicial contra o sacado e seu avalista, independente de ser protestada ou não.

“O aceite por presunção decorre do recebimento das mercadorias pelo comprador, quando inexistente recusa formal.” (COELHO, 2010, p. 469).

O aceite por comunicação opera-se desde que autorizado pela instituição financeira descontadora, mandatária ou caucionada, mediante a retenção da duplicata pelo comprador e envio de comunicação escrita ao vendedor, transmitindo seu aceite. O documento, em que o comprador comunicou ao vendedor o aceite, substitui a duplicata para fins de protesto e execução.

Se antes do vencimento o credor encaminha ao cartório a duplicata sem a assinatura do devedor, o protesto será por falta de aceite. Será tirado por falta de devolução o protesto caso encaminhada a triplicata não assinada ou as indicações relativas à duplicata retida, também antes do vencimento. Se depois de vencido o título encaminha a duplicata ou triplicata, assinadas ou não, ou apresenta as indicações da duplicata, o protesto será por falta de pagamento.

Como o lugar do pagamento é também o do protesto, os cartórios devem recusar a protocolização ao verificar o paradoxo entre a base territorial de sua competência e o constante na duplicata. Caso protocolizem o título e realizem o protesto, responderão por perdas e danos, se o credor não conseguir executá-lo contra o sacado, endossante ou avalista.

O credor deve providenciar o protesto no prazo de 30 dias seguintes ao vencimento da duplicata, sob pena de perda do direito creditício contra os codevedores do título e seus avalistas.

Para a efetivação do ato formal da retenção da duplicata, a lei aceita que o credor indique ao cartório os elementos que identificam a duplicata em mãos do sacado. Desse modo, extrai-se boleto com todas as informações exigidas para o protesto a partir dos dados escriturados no Livro de Registro de Duplicatas que o emitente é obrigado a possuir.

“Se o sacador desvirtua as indicações da duplicata, aumentando o seu valor, por exemplo, ele responderá pelos danos decorrentes.” (COELHO, 2010, p. 471).

As indicações tornaram a forma mais comum de protesto, devido à desmaterialização do título de crédito. O registro dos meios que caracterizam a duplicata é feito exclusivamente em meio eletrônico e assim enviados ao banco, que expede uma “guia de compensação”, para fins de desconto, caução ou cobrança. Se não ocorrer o pagamento, o próprio banco remete, ainda em meio eletrônico, ao cartório, as indicações para o protesto. Com essas informações, opera-se a expedição de intimação do devedor. Caso não for realizado o pagamento no prazo, emite-se o instrumento de protesto por indicações, em meio papel. O credor, de posse desse documento e do comprovante da entrega das mercadorias, poderá executar o devedor.

“A execução da duplicata contra o sacado depende da modalidade de aceite praticado. Se ordinário, basta a exibição do título; se presumido, é necessário o protesto e a comprovação de entrega das mercadorias.” (COELHO, 2010, p. 473).

A execução da duplicata prescreve em três anos, a contar do vencimento, contra o sacado e seu avalista; contra os endossantes e seus avalistas, em um ano, contado do protesto; e para o exercício de direito de regresso contra codevedor, em um ano, a partir do pagamento.

A duplicata, quanto aos juros, incidem a partir do protesto do título. Em relação à correção monetária, deve ter seu valor corrigido integralmente, a partir do vencimento, quando objeto de cobrança judicial.

Verossímil enfatizar que, independentemente de qualquer adulteração legislativa, o direito brasileiro já ampara o título constituído, negociado e protestado exclusivamente em meios eletrônicos.

A duplicata de prestação de serviços pode ser emitida por sociedades empresárias cuja atividade é serviços. A pessoa física também pode emití-la, desde que desenvolva empresariamente a atividade econômica de fornecedora de serviços ao mercado.

O regime jurídico da duplicata de prestação de serviços se difere da duplicata mercantil em dois pontos específicos: a) a causa que autoriza sua emissão é a prestação de serviços; b) o protesto por indicações depende da apresentação, pelo credor, de documento comprobatório da existência de vínculo contratual da efetiva prestação de serviços.

4 - NOTA PROMISSÓRIA

A nota promissória é a promessa de pagamento do devedor ao credor, que nos títulos de crédito configuram-se como emitente/promitente (devedor) e beneficiário/tomador (credor). É um título cambiário que se difere da letra de câmbio, por tratar-se de uma promessa de pagamento, enquanto aquela primeira é uma ordem de pagamento.

Assim, a nota promissória é um título de crédito no qual o emitente assume a obrigação de pagar a soma constante no título ao beneficiário.

A nota promissória é, portanto, um título de crédito (literal e abstrato), pelo qual o emitente se obriga, para com o beneficiário ou portador declarado no texto, a lhe pagar, ou à sua ordem, certa soma de dinheiro. É, por definição legal, vale insistir, uma promessa de pagamento. (REQUIÃO, 2007, p. 479).

Como em outros títulos de crédito a nota promissória aceita o endosso (quando é passada a terceiro) e o aval (garantia), mas não o aceite, já que a simples assinatura do emitente estabelece a obrigação deste.

Os preceitos aplicados à nota promissória são os mesmos da letra de câmbio, Decreto nº 2.044/1908, arts. 54 a 57 e o decreto nº 57.663/66 (LUG) arts. 75 a 78, que integram a lei cambial.

Para sua validade possui requisitos essenciais que devem ser: a) literal e formal, tendo seus elementos determinados pela cláusula cambial, que deve ser a denominação do título apresentado, sendo este, nota promissória; b) promessa de pagamento de uma determinada quantia; c) nome do beneficiário a quem se destina o pagamento ou a sua ordem; d) data de emissão indicando quando a nota foi emitida; e) assinatura do emitente, resguardando a promessa de pagamento.

Como elementos supríveis constam o local de emissão e o local de pagamento. Mas deverão ser observados quanto à época do pagamento, pelo que caso não seja apresentado na nota promissória, deverá ser considerado aquele em que a nota foi emitida, ou seja, o domicílio do emitente. A época do pagamento também se figura nesse requisito, sendo considerado no art. 76 da lei uniforme, pagamento a vista ao título que não apresenta a data de vencimento, sendo então considerada a data de emissão como o dia de vencimento da nota.

O prazo para cobrança do título de crédito intitulado nota promissória é de um ano, a contar da emissão. Após esse prazo o beneficiário pode protestar como ainda poderá efetuar cobrança judicial por meio de ação cambial. O prazo prescricional é de três anos, passando a ser contado logo após o decurso de um ano. Observa-se que a nota promissória, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, pode ser contaminada se vinculada a contrato ilíquido, pelo que,

nestas circunstâncias não é possível sua execução, podendo ocorrer somente na ação de cobrança.

5 – CONCLUSÃO

Os aspectos apresentados neste estudo sobre os títulos de crédito incidem na motivação de um entendimento acerca do importante espaço que o Direito Cambiário ocupa na sociedade, colocando-o como efetivo instrumento comercial que promove a circulação de riquezas em todas as esferas, sendo um dos geradores de crédito.

Através de um aspecto axiológico – valor de justiça – o crédito cambiário é transferido aos agentes que fazem uso de tal ferramenta, conferindo aspectos normativos, facilitando a circulação de riquezas, além de dar celeridade às atividades empresariais que dependam destes títulos para existir.

Embora o presente estudo se inclinou nos títulos de crédito nominados: cheque, duplicata e nota promissória como ilustrativos específicos de partes diferentes do Direito Cambiário, ressaltamos a importância de outro título que também possui ampla margem de uso, a letra de câmbio. Além desta, há outros menos utilizados como a cédula de crédito rural, cédula de crédito bancário, conhecimento de transporte, conhecimento de depósito, warrant, etc. De maneira geral, estes títulos possuem características comuns como o princípio da literalidade (quanto ao conteúdo), da cartularidade (posse do documento por parte do credor) e da autonomia, além de outras que não citaremos por ora.

Os títulos de crédito são hoje ferramentas fundamentais para o mundo empresarial. Dentre outros aparatos utilizados nas relações de crédito, como a moeda em espécie, eles são responsáveis pela maior agilidade nas relações creditícias entre as partes. Além do quê, são também mecanismos bastante confiáveis do sistema. Isso quer dizer que os títulos de crédito dão aos seus usuários determinadas garantias de que será cumprido o acordo pactuado entre as partes.

Pautados nas relações cambiárias propostas neste estudo, o tema traz em sua estrutura principal aspectos essenciais através de um entendimento acadêmico acerca da importância dos títulos de crédito, suas especificações e características, que embora por vezes comuns, possuem particularidades relevantes a cada segmento que se destina determinado título.

Ainda que seja um assunto largamente estudado no direito empresarial, é importante para os novos discentes voltarem suas atenções aos títulos de crédito, não só na tentativa de

compreendê-los como parte de suas obrigações acadêmicas, mas, acima de tudo, com vontade de descobri-los, perceber sua importância no direito, notar sua aplicabilidade na sociedade, e então vislumbrar a necessidade em estudá-los. Os futuros operadores do direito devem, portanto, ter pleno domínio sobre o tema, se assim quiserem se especializar, ou caso não o desejem, pelo menos conhecer minimamente sobre a matéria, haja vista ser ela parte integrante da formação profissional.

Igualmente, percebemos o prestígio dos títulos de crédito no que tange a sua funcionalidade dentro das relações empresariais. Para se ter a dimensão disto basta pensar em tais transações sem a existência dos títulos de crédito. Com toda certeza elas seriam mais lentas e menos seguras. Lembramos que os títulos de crédito estabelecem uma relação de confiança entre as partes. Como uma das ferramentas mais eficazes para a circulação do crédito, eles possuem singular mérito dentro das esferas empresariais. Por este motivo, são tutelados por nosso ordenamento jurídico, sendo matéria cara nos estudos de direito empresarial.

Os títulos de crédito tornaram-se comuns. Além de um facilitador da circulação de riquezas, eles também auxiliam nas relações nas quais os valores em questão são mais volumosos, pelo que não podemos nos olvidar de fatores importantes proporcionados aos usuários como a larga garantia de recebimento. Perguntamos, todavia, nos dias atuais, porque ainda usamos títulos de crédito quando há outros mecanismos de circulação de riqueza mais ágeis e seguros como os disponíveis pelas tecnologias atuais (e.g., cartões de crédito). A cártula é garantia de pagamento para quem a recebe, por terem os títulos de crédito força executiva. Talvez seja isso que atrai tantas preferências. Por poderem apresentar avalistas e endossatários, os títulos de crédito se diferenciam de outras formas de circulação de riquezas que não sejam à vista, justamente por darem a seus portadores segurança no recebimento. Destarte, há uma cadeia de responsabilidades que pode ser construída através de um único título de crédito. Outro ponto interessante a se destacar é a agilidade não só na circulação de riquezas, mas também na execução do título se houver necessidade.

Portanto, debruçar-se sobre os títulos de crédito é tarefa a ser cumprida não só por estudantes e operadores do direito, mas também por empresários, administradores, bem como aos consumidores de toda sorte. Isto porque, como já demonstramos, eles são ferramenta que permitem a circulação de riquezas de forma rápida e segura. Todos fazem ou farão uso dos títulos de crédito, pelo menos uma vez na vida, e é justamente por isso que consideramos tão importante os conhecermos melhor.

6 – Bibliografia

BENTO BETIOLI, Antonio, **Introdução ao Direito – Lições de Propedêutica Jurídica Tridimensional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CINTRA, A. C. Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral Do Processo**. 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros editores ltda., 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. Vol. 1. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PEREIRA, Renato Alves. **A nota promissória e os seus requisitos essenciais a luz da lei uniforme**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2846/a-nota-promissoria-e-os-seus-requisitos-essenciais-a-luz-da-lei-uniforme/>>. Acesso em 21 de novembro de 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Nota_promiss%C3%B3ria/>. Acesso em 21 de novembro de 2011.

Disponível em: <http://www.laginski.adv.br/sinopses/comercial/nota_promissoria.htm/>. Acesso em 21 de novembro de 2011.

A indenização por danos morais em caso de óbito decorrente de acidente de trabalho

The indemnity for moral damages in case of death due to accident at work

Dimas de Abreu Melo*
Dagma Edite de Paula**

Resumo

O presente trabalho aborda conceitos relativos aos danos morais que decorrem de morte por acidente de trabalho, demonstrando a lacuna deixada pelo legislador no que se refere ao direito de receber indenização por acidente de trabalho, em especial, com o evento morte, e apontando quem tem legitimidade para demandar esse direito. Para alcançar os objetivos, foi realizada uma pesquisa tanto da doutrina quanto da legislação e jurisprudência sobre o assunto. Assim, examinou-se a regulamentação determinada pelo Código Civil, no que tange a quem tem o direito de suceder, e analisou-se a legislação previdenciária referente ao direito de receber benefício pós-morte. Em suma, com os estudos realizados, buscaram-se possíveis soluções para essa falta de legislação, objetivando averiguar principalmente quem tem direito à indenização por morte decorrente de acidente de trabalho, como esse direito deve ser distribuído e qual é o limite para essa distribuição.

Palavras-chave: Acidente de trabalho. Indenização. Beneficiários. Direito de Sucessão.

Abstract

This paper discusses the concepts relating to damages arising from death by accident at work, demonstrating the gap left by the legislature regarding to the right to receive compensation for an accident at work, especially concerning to death events, and pointing out who has legitimacy to pursue this right. To achieve the objectives, the doctrine, the law and jurisprudence on the matter were researched. Thus, the regulation determined by the Civil Code was examined, regarding on the subject of who has the right to succeed. The social security legislation on the matter of who has the right to receive benefits after death was analyzed. In short, with the studies, we sought for possible solutions to this lack of legislation, aiming mainly to verify who is entitled to the compensation due to death at work, how this right to compensation should be distributed and which the limit for this distribution is.

Keywords: Accident at work. Indemnity. Beneficiaries. Law of Succession.

* Professor de Direito do Trabalho e de Direito Previdenciário na Universidade Presidente Antônio Carlos, em Mariana e Itabirito; pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antonio Carlos, em Juiz de Fora, MG; conselheiro seccional da OAB de Minas Gerais; e advogado atuante na área de Direito do Trabalho Empresarial, em Ouro Preto, MG.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

1. Introdução

O número de acidentes de trabalho com óbito no Brasil é crescente, o que aflora as demandas judiciais relacionadas a esse tema, já que, atualmente, é comum a busca pelos danos materiais e, em especial, pelos danos morais. No entanto, o direito que surge com a morte do trabalhador, assim como a legitimidade para postular esse direito e sua forma de distribuição, são situações indefinidas na legislação brasileira. Essa realidade e seus reflexos no campo jurídico acabam exigindo dos juristas um trabalho de interpretação e aplicação da legislação – que não é muito precisa sobre o assunto – de forma harmônica e prudente dentro do nosso ordenamento jurídico, utilizando-se quase sempre do instituto da analogia, ou seja, o “método de interpretação consistente em aplicar a um caso não previsto pelo legislador a norma que rege caso análogo, semelhante” (GUIMARÃES, 2012). Além disso, às vezes também é necessário que os julgadores busquem no direito comparado possíveis soluções para conflitos aparentemente destituídos de clara fundamentação legal.

Dessa forma, o presente trabalho – originado da dissertação de Mestrado intitulada “Acidente de trabalho: legitimidade de herdeiros e/ou parentes a serem indenizados por danos morais em caso de óbito do trabalhador”, elaborada pelo mesmo autor, sob orientação do Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, de Juiz de Fora, MG – visa demonstrar a lacuna deixada pelo legislador no que se refere ao direito de receber indenização por acidente de trabalho, em especial, com o evento morte, procurando apontar quem tem legitimidade para demandar esse direito, que surge com a morte do trabalhador.

Para alcançar os objetivos, examinou-se a regulamentação determinada pelo Código Civil, no que tange a quem tem o direito de suceder, e analisou-se a legislação previdenciária referente ao direito de receber benefício pós-morte, demonstrando quem tem esse direito e solucionando, ou não, a lacuna deixada pela normatização no que se refere à indenização por acidente de trabalho pós-morte, que deixa várias interrogações, como: Quem pode requerer esse direito? Quem tem esse direito? Quantos podem reivindicar tal direito?

Pode-se dizer que este estudo é de suma importância, por buscar uma possibilidade de solucionar a distribuição da indenização por acidente fatal de trabalho, já que a legislação específica é omissa. Com isso, pretende-se encontrar respostas aos questionamentos em debate, utilizando-se da forma de distribuição adotada pela legislação previdenciária, e também tratar do direito que surge em função da morte do trabalhador, já que na legislação trabalhista não há nenhuma definição clara sobre essa forma de indenização.

Outro ponto norteador deste estudo são os conceitos básicos das formas de suceder, por meio dos quais será demonstrada a organização do Direito das Sucessões para distribuir a herança deixada por um parente que veio a falecer. Esse instituto hierarquiza e impõe limites, em suas diversas formas de fazer a distribuição do patrimônio adquirido em vida e, com isso, garante um parâmetro aos julgadores que se utilizam das Leis constantes do Código Civil, no que diz respeito ao direito sucessório, evitando controvérsias e garantindo melhores soluções nos casos de danos morais em razão de trabalhador que vem a óbito.

2. Contornos jurídicos do acidente de trabalho

No que diz respeito ao ambiente de trabalho, as medidas de segurança foram se tornando cada vez mais severas, desde que o Brasil obteve, na década de 1970, o lamentável título de campeão mundial de acidentes do trabalho (OLIVEIRA, 2011). Naquela época, de acordo com dados oficiais, dos 12.996.796 trabalhadores com registro formal no Brasil, 1.869.689 sofreram acidentes de trabalho e, entre esses acidentados, 4.001 morreram em consequência do acidente. Com isso, foram necessárias várias alterações legislativas, as quais buscam não só punições mais severas, mas também a conscientização das empresas, que hoje convivem com as frequentes fiscalizações, que têm por meta a prevenção do acidente de trabalho.

O acidente do trabalho é apurado tecnicamente pela perícia médica do INSS, que identifica se existe nexo entre o trabalho e o acidente. Verificando-se o nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), estabelece-se o nexo entre o trabalho e o acidente. A Lei nº 8.213/91 conceitua acidente de trabalho da seguinte maneira:

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (BRASIL, 2010b).

O Direito Previdenciário visa proteger, de modo a conceder benefícios aos segurados e a seus dependentes. É um seguro social que socorre o segurado ou seus dependentes em ocasiões de infortúnio, como idade avançada, doença, invalidez e outras causas que possam vir a ocorrer. Porém, é importante lembrar que a Previdência Social equivale a um seguro

social, que será utilizado apenas pelos trabalhadores e dependentes que dele necessitarem e quando não tiverem reais condições para trabalhar. Para saber quanto cada um irá contribuir, aplica-se o princípio da igualdade, tratando-se os iguais de maneira igual e os desiguais na medida de suas desigualdades, ou seja, quem pode mais, conseqüentemente, paga mais, e quem pode menos, conseqüentemente, paga menos. É o que se observa nas disposições contidas na Lei nº 8.212/91 (Plano de Custeio da Previdência Social) e no Decreto nº 3.048/99.

É possível perceber que a Previdência Social, de certa forma, prestou atenção especial ao benefício que decorre de acidente de trabalho. Contudo, cabe mencionar que não só o instituto previdenciário, mas também a Constituição Federal, se preocupou com o evento acidente laboral (na CF/88 consta a obrigação de haver um seguro contra acidente que decorre de trabalho). Já o Direito Previdenciário, apesar de parecer distante dos acontecimentos nos ambientes de trabalho, está vivo nessas relações, não só no que se refere aos benefícios prestados aos segurados e seus dependentes, mas também definindo acidente de trabalho.

A pensão por morte acidentária é concedida aos dependentes assim que o acidentado falece em consequência do acidente de trabalho, mas essa pensão não é exclusividade da morte por acidente de trabalho, e sim, para qualquer outro óbito, mesmo não tendo como origem acidente de trabalho. Caso o trabalhador venha a falecer por acidente de trabalho, a pensão é estabelecida de forma que seus dependentes recebam 100% do valor calculado sobre o salário contribuição, ou seja, o que teria direito o falecido em caso de aposentadoria na data do óbito, como afirma a Lei nº 8.213/91, em seu art. 75: “O valor mensal da pensão por morte será de 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 35 desta Lei” (BRASIL, 2010b).

De fato, o legislador foi preciso ao descrever os benefícios da previdência social, sendo zeloso e cuidadoso ao definir a pensão para os dependentes de alguém que falece deixando sucessores, evitando, com isso, controversas na distribuição do benefício em questão (pensão por morte). Assim como o legislador definiu o percentual a ser pago ao inválido, também se preocupou em impor limites aos possíveis dependentes do segurado, definindo uma hierarquia e evitando, assim, uma desordenada sucessão de dependentes a serem resguardados.

Já no caso da extinção com a morte do beneficiário, Martins (2011) explica que, se houver mais de um pensionista, os vencimentos inerentes serão rateados entre as partes em igual parcela. Desse modo, em caso de falecimento de um dos pensionistas, de emancipação

de um filho até então menor, de um dos dependentes (filho) atingir 21 anos de idade (ou ser emancipado), ou de cessar a incapacidade de filho maior de 21 anos, a parcela que cabia ao dependente do conjunto será rateada entre os outros. Caso uma dessas situações ocorra com o único beneficiário, haverá a extinção do benefício.

3. Direito Sucessório

O Direito das Sucessões, que também faz parte do conjunto de livros do Direito Privado, está previsto no livro V, do Código Civil de 2002. Esse Direito prevê as mais variadas formas de sucessões, orientando a distribuição dos bens adquiridos em vida pelo cidadão falecido, hierarquizando e esclarecendo quem tem o direito, e demonstrando a legitimidade no âmbito sucessório.

É oportuno mencionar que, quando se fala de correlação do Direito das Sucessões com a forma de distribuição da indenização por acidente de trabalho com óbito, o que se busca é averiguar se há, de fato, uma relação, já que o instituto sucessório se restringe em especial à transmissão de bens adquiridos em vida e transmitidos com o evento morte, sendo que, na indenização decorrente de acidente de trabalho, ocorrendo falecimento do trabalhador, também trata de bens advindos de uma morte. Entretanto, é oportuno esclarecer que na indenização por acidente de trabalho, com o óbito do trabalhador acidentado, surge um direito em função de sua morte, e o livro dos direitos sucessórios trata apenas dos bens adquiridos em vida, e não do direito que surge com a morte.

É interessante notar, também, as formas utilizadas pelo Direito das Sucessões ao fazer a distribuição dos bens deixados por alguém que veio a óbito, já que o instituto aqui estudado hierarquiza, impondo limites às pessoas destinadas à sucessão desses bens, evitando com isso controvérsias relacionadas à legitimidade para suceder na partilha.

Sendo assim, importante se torna transcrever a informação de Venosa (2007), que entende que se pode conviver com duas modalidades de sucessão: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. O autor deixou claro que estas são duas formas para que se possa fazer a sucessão dos bens, tanto é que, não sendo de uma forma, será de outra, instituindo assim um parâmetro. Após estabelecer as formas da sucessão dos bens deixados, o legislador precisou se preocupar com o modo pelo qual seria feita a distribuição desses bens, estabelecendo quem detém a vocação hereditária, conforme esclarecem os artigos 1.829 e 1.640, do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais (BRASIL, 2010b).

Visando um reflexo positivo no desfecho do Direito das Sucessões, embora já estabelecida a vocação hereditária, o legislador buscou no Direito de Família os regimes de casamento, já que estes são importantes para a definição da legitimidade para suceder nos bens adquiridos em vida por alguém que vem a óbito. Os regimes de casamento, apesar de serem importantes para a distribuição dos bens no Direito das Sucessões, estabelecem limites. O Código Civil de 2002, no art. 1.845, institui a ordem para deferir uma sucessão, determinando os casos de representação e deixando clara a distribuição da herança do *de cuius*: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Quanto ao conjunto de bens deixados por alguém que veio a falecer, observa-se que os descendentes são os primeiros a serem chamados. No entanto, os mais próximos excluem os mais remotos, de forma que, havendo os primeiros da hierarquia, os seguintes serão eliminados, assim como estabelecem os artigos do Código Civil de 2002 expostos a seguir:

Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

Art. 1834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes (BRASIL, 2010b).

Diniz (2002) entende que esses bens são por direito próprio, visto se tratar de herdeiros necessários, já que o autor da herança não poderá dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens.

Assim, fica claro que os filhos são os primeiros a serem chamados a suceder na distribuição dos bens deixados por alguém que veio a falecer, já que estes são os primeiros da linha sucessória dos descendentes. Também nesses dispositivos são definidos que os herdeiros de mesma classe têm os mesmos direitos. De fato, esses artigos esclarecem que em uma família que há pai, mãe e um casal de filhos, se os pais vêm a falecer juntos em um acidente, os filhos os sucedem nos bens, caso tenham deixado, tendo ambos os filhos os mesmos direitos, já que são da mesma linha sucessória. Cabe ressaltar que se, no exemplo mencionado, houvessem netos, eles não receberiam, já que o entendimento do legislador é de que, havendo os primeiros da linha dos descendentes, os subsequentes não são chamados a

suceder, mesmo fazendo parte do grupo dos descendentes. É interessante mencionar que se, nesse caso, morressem os avós e os filhos, os netos seriam os próximos a serem chamados, e assim por diante, lembrando que havendo qualquer linha os próximos são excluídos.

Cabe enfatizar que foram demonstradas aqui apenas algumas das formas de distribuição da herança deixada para os descendentes, já que, quando não há filhos ou netos, mas bisnetos, estes é que serão chamados para suceder na herança, já que fazem parte da linha mais próxima.

Essa breve demonstração serve apenas em caso de descendentes, mas o legislador no Direito das Sucessões foi tão cuidadoso e minucioso que procurou detalhar cada situação que possa ocorrer quando acontece o óbito. Com isso, procurou detalhar a sucessão dos ascendentes, demonstrando quando estes poderiam ser chamados a suceder. Dessa forma, Diniz (2002, p.45) descreve que

[...] não havendo herdeiros da classe dos descendentes, chamar-se-á à sucessão do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, quem se encontrar nas condições exigidas pelo CC, art. 1.830, qualquer que seja o regime de bens, os seus ascendentes, assim em conformidade com o art. 1.836 do Código Civil.

O art. 1.837, do Código Civil de 2002, também colabora com a organização e hierarquia utilizada para a realização da sucessão dos bens de uma família. A título de exemplo, será demonstrada uma segunda forma de distribuição, em que morre uma pessoa X que não deixa descendentes, restando sua esposa Y e, na linha dos ascendentes, sua mãe M, já que seu pai H já havia falecido há tempos. Como será feita a distribuição da herança de X? Cabe lembrar que não há o que se preocupar com regime de casamento ou bens particulares, já que um dos objetivos desta pesquisa é demonstrar que no Direito das Sucessões há hierarquia a ser seguida na definição dos herdeiros. Portanto, é desnecessário abordar regimes de casamentos previstos no Direito de Família.

Descreve o referido artigo do Código Civil de 2002: “Concorrendo com os ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou maior for aquele grau” (BRASIL, 2010b). Por sua vez, vale a pena destacar que a forma de hierarquia para se distribuir a herança aqui representada é apenas uma dentre várias outras previstas nesse instituto. Aqui, se fala dos descendentes e ascendentes sem esgotar estes, já que o livro dos direitos sucessórios foi escrito de forma minuciosa, abordando e prevendo cada situação que possa ocorrer após o evento morte.

Com isso, é interessante demonstrar, mesmo que de forma generalizada, o quanto é organizado o instituto sucessório, com suas diversas situações que possam ocorrer, entre elas: morte instantânea envolvendo duas pessoas ligadas à mesma herança a ser distribuída; sucessão de descendentes legítimos, naturais ou adotivos; descendentes e companheiro sobreviventes; cônjuge sobrevivente; e sucessão dos colaterais. De acordo com Rodrigues (2003), estes só podem ser chamados após passar pelos descendentes e, caso não tenha descendentes, serão chamados os ascendentes e cônjuges sobreviventes, e só aí estes serão chamados, nos termos estabelecidos no já citado art. 1.830, do Código Civil, considerando-se até o quarto grau.

O Direito das Sucessões é tão preciso que trata das variadas formas de testamento, da sucessão do poder público e, até mesmo, da situação daqueles que cometam atos abomináveis em face de seus ascendentes, considerando-os indignos. De fato, o descrito neste tópico demonstra o quanto foi preciso o legislador ao escrever o Direito das Sucessões, atentando-se a cada detalhe, impondo limites às distribuições inerentes a esse instituto e evitando dificuldades aos que dele necessitam ao passar pela perda de um ente familiar.

4. Indenização por acidente de trabalho com óbito

O trabalhador que se acidenta e vem a óbito tem um dos seus direitos fundamentais violado: a vida. Assim, por ter ferido um dos direitos fundamentais do trabalhador que sofreu o acidente de trabalho, a empresa, como consequência, terá que responder por danos morais e/ou materiais, que são assegurados pela Constituição Federal (1988), art. 5º, caput e inciso X:

Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 2010a).

De fato, é indispensável que haja no ordenamento jurídico mecanismos habilitados a satisfazer as necessidades do trabalhador lesado. No entendimento de Santos (2003, p.62), “seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido”. Contudo, essa reparação remete ao entendimento de que a indenização por acidente de trabalho objetiva apenas uma compensação, já que, quando há a morte da vítima, se refere à vida, que não tem volta.

A função penal da indenização por danos morais em qualquer âmbito, para Martinho Garcez Neto (1989), deve ser vista como algo moralizador, já que, ao sofrer a sanção, o agressor de certa forma estaria diante da luz moral e da igualdade, alcançando com isso a elementar noção de justiça. Nesse mesmo entendimento, com a punição do ofensor chegar-se-ia ao alcance do respeito ao bem moral e, com isso, seria satisfeito o sentimento ou a sede de justiça do ofendido. Não há como satisfazer o referido sentimento de vingança da família ofendida em relação ao acidente de trabalho em que o trabalhador vem a falecer, restando, com isso, os legitimados buscarem o referido direito.

Um aspecto ligado à indenização por acidente de trabalho que merece reflexão é o conceito de dano moral, já que se observa de antemão que há várias definições, ficando clara a inconsistência da doutrina. Contudo, o entendimento majoritário é no sentido de que a lesão que acarreta a indenização por danos morais é aquela que, “que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor, sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valorização pecuniária adequada” (MELO, 2005, p.51).

Com isso, mais uma vez, fica caracterizado que a indenização por danos sofridos é uma compensação às aflições da vítima e/ou de seus familiares. Já Wilson Melo da Silva (1999) descreve serem danos morais as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito. Contudo, é importante transcrever os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.85-86), que diz: “O dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. Hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos”.

Quando se fala em bens personalíssimos acerca do acidente de trabalho com óbito, pode-se afirmar que a vida é um bem personalíssimo do lesado de fato, e o entendimento do nobre autor leva a entender que na indenização decorrente de acidente no ambiente de trabalho, em que o ofendido morre, tem o infortunado seu maior bem perdido em função do acidente que sofreu. Assim, o que se conclui é que o dano moral no acidente de trabalho com óbito, de acordo com o referido autor, é de fato a violação do direito à dignidade, não se limitando apenas à tristeza e ao sofrimento, já que o trabalhador tem seu bem de maior valia afetado. Contudo, quando o autor diz que a tutela deve abranger os bens personalíssimos, abre os horizontes, demonstrando tamanha complexidade quando se trata da perda da vida. Nessas circunstâncias, e na conclusão de Domingos de Melo (2011, p.8), “com os avanços da doutrina, pode-se afirmar que o dano moral é toda agressão injusta aos bens imateriais”, não importando se de pessoa física ou jurídica, sendo “insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável” com várias finalidades, entre elas, satisfação para a vítima, castigo ou

punição para o ofensor, e exemplo para a sociedade. Além disso, se a reparação do dano for relativa a acidente de trabalho, a punição serve como exemplo para qualquer empreendedor.

Em termos de doutrina, torna-se necessário demonstrar o que pensam os doutrinadores estrangeiros acerca da responsabilidade por indenização por acidente de trabalho, tendo em vista ser o direito amplo e questionável. A doutrina Argentina, através do pensamento de Antonio Vasquez Vialardi (1988, p.157), entende que, de fato, não há nada que impeça a aplicação de determinados princípios da responsabilidade prevista no Direito Civil no Direito do Trabalho, desde que implique em reação de uma das partes envolvidas, sendo esta parte daquela que causou o dano, ofuscando o contrato de trabalho e/ou o abuso de direito. De fato, assim como no Brasil, a Argentina também se utiliza do instituto civil para estabelecer a responsabilidade civil no Direito do Trabalho, conforme já destacado anteriormente.

É oportuno elucidar que as indenizações decorrentes de acidente em função do trabalho eram de competência da justiça comum. Entretanto, diante de diversas controvérsias relacionadas aos atos processuais da justiça comum, como assinala Soares (2011), os recursos pendentes de julgamento deveriam ser solucionados mediante aplicação do princípio *tempus regit actum*, assim como determina o art. 1.211 do CPC. Por sua vez, o legislador, diante de tantas situações controvertidas, e também tendo em vista os vários debates acerca da referida competência, assim como o Tribunal Superior do Trabalho, abriu sua interpretação e, evoluindo, passou a adotar o entendimento que as ações de indenização referentes a acidente decorrente de trabalho seriam de competência da Justiça do Trabalho. A discussão em relação à competência da Justiça Especializada para julgar os casos de indenização por acidente de trabalho não cessou por aí, visto que, com a emissão da Emenda Constitucional nº 45/04, o assunto em debate volta a ganhar destaque. Embora a referida emenda ampliasse essa competência, o Superior Tribunal de Justiça inclinou por reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho. O conflito em relação à competência se estendia até que finalmente fosse submetida ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, fica claro que a competência para julgar as indenizações relacionadas a acidente de trabalho após a decisão do Supremo Tribunal Federal é da justiça trabalhista, e não da justiça comum. Entretanto, mesmo já estando definidas, as controvérsias ainda não foram totalmente solucionadas, havendo ainda posicionamentos opostos.

Após fazer uma breve varredura em alguns pontos que envolvem a indenização por acidente laboral, é preciso passar pela prescrição, já que esta também abrange o direito em análise. A prescrição, nas diversas situações vivenciadas no âmbito jurídico, pode ser vista de modo tanto positivo quanto negativo, a depender de quem estiver no polo passivo ou ativo da

relação jurídica. De todo modo, há quem entenda ser a indenização de caráter alimentício. Por outro lado, alguns ilustres juristas, como Melo e Schiavi, citados por Soares (2011), entendem que a prescrição é a aplicação do prazo de dez anos, sob o fundamento de se tratar de direito constitucional fundamental. Entretanto, Soares (2011) discorda e alega que a indenização de caráter reparatório deve ser por danos materiais. Para ele, “não subsiste quanto à indenização por danos materiais qualquer dúvida no que se refere à inaplicabilidade do prazo prescricional geral de dez anos previsto no art. 205 do novo Código Civil” (SOARES, 2011, p.91).

Outras doutrinas entendem que, de fato, há mais de uma situação que envolve a prescrição quando se trata de danos morais, já que na indenização por acidente de trabalho com óbito se discute os danos que decorrem do acidente, mas nada obsta que desse dano possa derivar outros relacionados à intimidade, honra, imagem, entre outros. Porém, quando se fala em prazos prescricionais acerca da indenização por acidente de trabalho, em que tenha relação trabalhista, surgem questionamentos, como: Qual é a solução a aderir acerca da prescrição: adotar o regime prescricional cível ou o regime prescricional do instituto do trabalho? Desses questionamentos, o que se observa é que há vários entendimentos, entre eles, a aplicação da prescrição trabalhista (que é considerado o mais viável), ou a aplicação da prescrição civil de três ou de dez anos. Em contrapartida, alguns têm o posicionamento da aplicação da prescrição civil, porém, de 20, de dez ou de três anos, para situações anteriores à Emenda Constitucional nº 45/04. Já os casos relacionados ao Direito do Trabalho, após a referida emenda, utilizam-se da prescrição trabalhista. Há, finalmente, os que se posicionam no sentido de que o direito é imprescritível.

De acordo com Soares (2011), o debate em questão é se a prescrição de três anos, prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil em vigor, apenas se refere aos danos materiais emergentes, ou se aplica a danos materiais que configurem lucros cessantes a título de pensão. Entretanto, nesse contexto, surge um ponto controvertido, que é se a indenização por danos materiais se caracteriza como prestação de alimentos ou de mera reparação aos danos. Por se referir a alimentos, torna oportuno transcrever o entendimento de José Dias de Aguiar acerca dos alimentos, distinguindo o porquê do surgimento do alimento nas indenizações, principalmente quando se trata de acidente de trabalho com óbito.

A expressão alimentos tem somente a finalidade de orientar o julgador para o *quantum* da indenização. Não constitui fundamento da reparação, que, assim, perderia o seu caráter de reconstituição, para assumir a substituição da obrigação alimentar. O insigne Sá Pereira mostrou que a questão não deveria ser colocada nesses termos. O que se procura, com a indenização, é restabelecer o *status quo* anterior ao dano. A indenização não empobrece nem enriquece. O responsável é

obrigado a repor os beneficiários da vítima na situação em que estaria sem o dano (DIAS, 2006, p.952).

A propósito, a indenização por acidente de trabalho não configura a prestação de alimentos prevista no Direito de Família. De todo modo, reconhece Soares (2011) que, mesmo sendo a indenização por danos morais e a pretensão de indenização por danos materiais de lucros cessantes, aplica-se o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, CC/02, aludindo, assim, que, quando se tratar da Fazenda Pública, prevalece a prescrição quinquenal.

5. O direito que surge em função da morte do trabalhador

O legislador constituinte conceitua a indenização como uma forma de reparar um dano que alguém causou ao outro. No entanto, vêm à tona as seguintes questões: Como reparar um dano a alguém que já faleceu? Se este é o prejudicado de fato, como reparar o dano, sendo exatamente a sua morte que faz nascer o direito à indenização? A quem repassar o direito em questão? Cabe lembrar que esse direito surge em função da morte do lesado. Afinal, o legislador pensou no direito que possa surgir com a morte?

Primeiramente, abordaremos a situação em que o trabalhador se acidenta e vem a óbito só algum tempo depois. Nesse caso, o prejudicado tem a oportunidade de manifestar seu interesse em requerer a indenização pelo dano sofrido. Contudo, vale ressaltar que a indenização não é pela morte do operário, evidentemente, mas sim, pelos transtornos materiais e morais dos dependentes suportados. Conforme constata Oliveira (2011, p.254), nesse caso, “[...] o dano indenizável não é a morte da vítima em si, mas os desembolsos ou prejuízos materiais ou morais dela decorrentes”. Com isso, o nobre autor salienta que, de fato, a indenização não é para ressarcir a morte, até mesmo por que a vida, uma vez perdida, não tem volta, sendo a indenização, de acordo com o referido entendimento, apenas para cobrir os prejuízos inerentes ao acidente.

Quando se trata de cobrir os prejuízos materiais, a questão é fácil, sendo já pacificado, mas, ao mencionar os danos morais, surge um questionamento: Como reaver esse dano? O que se observa é que, de certa forma, falar de danos morais é um tanto quanto complexo, embora o estudo aqui realizado seja referente aos danos morais que decorrem de acidente de trabalho com óbito, não se aprofundando na questão de como medir ou fixar o dano moral em si. Por outro lado, quando se trata de indenização em que o operário venha a falecer no

mesmo instante do acidente, é preciso considerar que ele não teve tempo de manifestar sua vontade, sendo esse ponto bastante controvertido e de importante debate.

Nos dois casos referidos, há o dano emergente, sendo este conceituado por Oliveira (2011), em conformidade com o art. 948, I, do Código Civil de 2002, como o pagamento das despesas de tratamento da vítima, do funeral e do luto da família. Esses prejuízos devem ser ressarcidos de imediato, por serem de extrema necessidade, já que as despesas hospitalares e, em caso de morte, o sepultamento da vítima são inevitáveis. Determina assim o Código Civil de 2002:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2010b).

Desse modo, é oportuno transcrever o pensamento afinado de Stoco (2007), para quem não há dúvida de que os créditos nascidos dos atos ilícitos não têm natureza alimentar, nem hereditária, posto que, para ele, traduzem apenas mero ressarcimento de um prejuízo ou dano efetivo causado a terceiro. O mesmo autor elucida que, apesar de se tratar de pensão mensal, não se trata de caráter alimentar propriamente dito, e sim, de reparação ao dano. Desse modo, assim também com o entendimento que vem sendo acatado pelos tribunais, pode-se concluir que a indenização prevista no art. 948, II, do Código Civil, de 2002, não trata apenas de prestar alimentos para os dependentes do falecido, assim como ocorre no Direito Previdenciário e na relação de parentesco hierarquizada pelo Direito das Sucessões e Família, visto que essa pensão visa restabelecer as condições e manutenção do mesmo padrão de vida e conforto material que o *de cuius* prestava no âmbito familiar. Portanto, o objetivo dessa pensão é a garantia do máximo que a vítima fazia para seus entes no seio de sua família. No entanto, vale a pena ressaltar que por ser a natureza jurídica dessa pensão reparatória, entende-se que a sua apuração deve levar em conta e considerar o que a vítima percebia como rendimento no momento em que sofreu o acidente, já que o objetivo da indenização é suprir o que o falecido cumpria para com sua família, e não arcar com todas as necessidades de seus dependentes, em conformidade com Oliveira (2011, p.274), que diz:

Pelo princípio da *restitutio in integrum*, que orienta o cálculo da indenização, devem-se apurar os rendimentos efetivos da vítima, computando-se o valor do seu último salário, mais a média das parcelas variáveis habitualmente recebidas, tais

como: horas extras adicional noturno, insalubridade, periculosidade, acréscimos previstos em convenções coletivas etc.

Embora o referido autor entenda serem estes os direitos dos dependentes da vítima, assim também como os previstos na CLT, como remuneração de gorjetas, gratificação ajustada e vários outros, que não serão abordados aqui, vale dizer que há exceção nesse conjunto de direitos, pois, no entendimento do mesmo autor, não cabe a integração no pensionamento da parcela referente às férias, por entender que esse direito não representa aumento da renda anual do acidentado, haja vista ser seu principal objetivo o repouso mais prolongado. Por outro lado, alude que o adicional de 1/3 sobre as férias deve ser computado, por fazer parte do conjunto de rendimentos ao longo do ano.

Quanto ao fundo de garantia, em conformidade com Oliveira (2011), não faz parte da indenização por acidente de trabalho com óbito, visto ser um direito que não incorpora os rendimentos mensais do trabalhador acidentado, já que esse benefício, habitualmente, é recebido pelo empregado no momento de sua aposentadoria, ou é sacado quando o trabalhador é dispensado por iniciativa do empregador.

Após definir o direito à indenização por acidente de trabalho, cabe relatar que, mesmo esse direito sendo deferido aos dependentes, se, por algum motivo, as condições econômicas ou o valor adotado para garantir essa pensão se tornar irrisório e/ou for desproporcional ao que de fato é o objetivo desse benefício, ambas as partes poderão requerer o aumento ou a redução dessa pensão.

Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação (BRASIL, 2010a).

Diante de tantas discussões acerca da pensão a título de indenização por acidente de trabalho e após o esclarecimento do citado artigo, abordar-se-á o tempo final para se pagar a pensão. Na indenização por acidente de trabalho com óbito que envolve pagamento de pensão, o legislador, assim como os doutrinadores, preocuparam-se em estabelecer parâmetros, buscando, com isso, alcançar a melhor forma para resolver o impasse da distribuição da pensão. No contexto em questão, o condenado será submetido a pagar o benefício aos dependentes da vítima, obedecendo alguns pontos importantes estabelecidos em Lei, entre eles um limite de tempo durante o qual será penalizado com a indenização, ou seja, com a pensão. Nesse caso, o benefício estudado decorre do acidente de trabalho em que o

trabalhador se acidenta e vem a falecer. Diante disso, em conformidade com a doutrina, será analisado cada caso concreto para se estabelecer um prazo para pagar a pensão, sendo este de acordo com o limite de vida de cada beneficiário à época do acidente.

Com a Lei nº 9.876/1999, a legislação previdenciária pôde ser aperfeiçoada, já que o referido dispositivo acrescentou dois parágrafos no art. 29, da Lei nº 8.213/1991. Os novos dispositivos acrescentados na referida Lei criaram o fator previdenciário com o objetivo de estabelecer um parâmetro aproximado para a expectativa de vida do segurado, objetivando, com isso, evitar um desequilíbrio no sistema da previdência social. Porém, é importante frisar que a pensão por indenização por acidente de trabalho com óbito, que aqui se discute, é aquela de caráter indenizatório, ou seja, aquela que o patrão e/ou a empresa são responsabilizados com a ocorrência do acidente, e não a pensão por contribuição ao INSS. Contudo, para estabelecer um prazo a essa pensão, os julgadores se utilizam da analogia aos parâmetros adotados pelo Instituto Nacional do Seguro Social, para obter uma expectativa de vida do acidentado.

Esse entendimento adotado para medir a sobrevida do acidentado é vislumbrado por Belmonte (2009), que diz ser o estabelecimento da sobrevida do falecido o mesmo previsto nas tabelas do IBGE. Com isso, o legislador determina com precisão e critério a situação da probabilidade de vida do acidentado, evitando possíveis conflitos ao dia a dia da classe social que depende do benefício advindo da indenização por acidente de trabalho com óbito (BELMONTE, 2009). Nesse caso, trata-se da expectativa de vida da população, o que colabora com a definição de quanto tempo o condenado teria que pagar pensão a título de indenização, submetendo-se a tal obrigação.

Desse modo, o legislador, ao estabelecer uma forma adequada para fazer o cálculo do tempo em que o acidentado ainda poderia sobreviver, conseguiu dar parâmetro coerente, com um critério científico e justo para ambas as partes. Com isso, evitou-se um desequilíbrio para o condenado, tendo em vista ser a pensão por acidente de caráter reparatório, e não alimentar, conforme já discutido em parágrafos anteriores. Com essa observação, ao pagamento da pensão foi imposto um limite razoável e equilibrado dentro do conceito de igualdade.

Para se buscar qualquer direito em juízo, é preciso ser parte interessada e ter capacidade jurídica para somar direitos e obrigações, não bastando apenas o interesse, mas sim, legitimidade para figurar tanto no polo passivo como no ativo. Desse modo, para ser parte legítima em um processo que vise requerer algum direito, necessário se faz ter subjetiva legitimidade. Com isso, cabe mencionar que, em caso de acidente de trabalho, em que a família ou qualquer interessado que se sinta lesado busque a indenização por acidente, ou

qualquer outro interesse judicial, é preciso verificar se os interessados têm legitimidade. Assim, como qualquer outra situação do ramo do direito, necessário se faz ser parte legítima para buscar em juízo o direito que subentende ser seu. Para este trabalho, o que realmente importa nessa questão é a definição da legitimidade para demandar em juízo, já que, pelo entendimento de Donizete (2010), assim também pelo Código de Processo Civil, qualquer pessoa pode ir a juízo, desde que esteja no exercício de seus direitos.

6. Análise jurisprudencial

Como exemplo de decisões favoráveis à legitimidade do espólio do trabalhador falecido por acidente de trabalho, transcreve-se a decisão abaixo, que segue a corrente doutrinária no sentido de considerar o espólio como parte legítima para pleitear danos morais em caso de acidente com óbito ocorrido dias após.

Desembargador Relator MÁRCIO RIBEIRO DO VALLE. Belo Horizonte, 08 de outubro de 2008. PROCESSO Nº 00121/2008/050/03/00/7 RECORRENTE: LUCAS MESSIAS SILVA (ESPÓLIO DE RECORRIDA: MUSSARELA PIONEIRA LTDA. – ME Tribunal do Trabalho da 3ª Região, 8ª Turma. EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ESPÓLIO – LEGITIMIDADE). Indubitavelmente, os herdeiros podem ajuizar, em nome próprio, ações pleiteando reparações advindas de acidente de trabalho que ocasionou a morte do trabalhador. Todavia, tal fato não enseja a ilegitimidade do espólio, como conjunto de bens constitutivos do patrimônio material e moral do *de cuius*, de requerer indenização advinda do evento danoso, qual seja a morte do empregado. Isto porque, ao se admitir tal ilegitimidade, com fundamento na exigência de os herdeiros postularem pessoalmente eventual direito à indenização por danos morais e materiais, estar-se-ia reconhecendo a impossibilidade de transmissão dos direitos hereditários, tais como a mencionada indenização, eis que o *de cuius* só veio a falecer dias após o acidente, a qual possui natureza patrimonial, abolindo, assim, o efetivo significado do espólio.

Torna-se necessário lembrar que a palavra espólio é conceituada pelos doutrinadores como o conjunto de bens adquiridos em vida pelo *de cuius*. Já a herdeiros leva à interpretação de que o espólio tem legitimidade para demandar a indenização por acidente de trabalho.

Mais adiante, o desembargador Relator Márcio Ribeiro do Vale argumenta que, se nesse caso fosse admitida a ilegitimidade, estar-se-ia contrariando de forma inequívoca a transmissibilidade dos “direitos hereditários”, já que o acidentado só veio a óbito um tempo depois. Ele conclui dizendo que o fato da morte não ter ocorrido de imediato faz com que possua natureza patrimonial. Por esse motivo, entende o relator significar, assim, a figura de espólio abolido.

Em 08 de outubro de 2008, o relator, juntamente com os demais membros da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho, da 3ª Região, conheceu o recurso, declarando por unanimidade a legitimidade ativa do espólio, no sentido de que este é parte legítima para demandar indenização por acidente de trabalho com óbito.

A seguir, demonstra-se decisão, também do Tribunal Regional do Trabalho, que considerou a ilegitimidade ativa do espólio:

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2008. Relator :RICARDO ANTÔNIO MOHALLEM. PROCESSO Nº. 00310-2008-084-03-00-6. Tribunal do Trabalho da 3ª Região, 6ª turma: RECORRENTES: GEOVANA ANTÔNIO DA SILVA E OUTROS (1)V & M DO BRASIL S.A. RECORRIDOS: OS MESMOS. EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. Espólio não tem legitimidade para pleitear em juízo indenizações por danos decorrentes de acidente de trabalho pela morte do trabalhador. Na qualidade de conjunto de bens (patrimônio) do falecido, a ser partilhado entre os herdeiros e legatários, é ente despersonalizado, que não tem titularidade para esse tipo de ação, de cunho personalíssimo.

No caso acima exposto, o relator Ricardo Antônio Mohallem entende ser o dano moral de caráter personalíssimo e, com isso, vislumbra ser a legitimidade do espólio somente na qualidade de sucessor processual no caso em que a vítima tivesse ajuizado ação antes do óbito. Ele destaca, ainda, que o espólio não poderia ser parte legítima por ser limitado, já que abarca apenas a família constituída, alegando que poderia haver outros herdeiros, entre eles, filhos extraconjugais, companheiros(as), que também teriam interesse e legitimidade para postular em nome próprio a indenização decorrente de acidente de trabalho com óbito. Com isso, o que se conclui em relação a essa ementa é que prevalece o entendimento da ilegitimidade do espólio.

Demonstra-se, a seguir, acórdão considerando como parte legítima a ex-companheira e o filho do falecido infelizmente, declarados como dependentes perante a Previdência Social.

TRT – 00100-2008-095-03-00-2-RO. Belo Horizonte, 28 de julho de 2008. RECORRENTES – Zelita Alves Pereira e Samuel Alves Pereira RECORRIDA – Elaine Cândida da Silva EMENTA – ACIDENTE NO TRABALHO – MORTE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS LEGITIMIDADE ATIVA – EX-COMPANHEIRA E FILHO DO FALECIDO ACIDENTADO – Relatora: EMÍLIA FACCHINI. A ex-companheira e o filho do falecido, declarados dependentes pela Previdência Social, detêm legitimidade ativa para postular indenização por danos morais e materiais decorrentes da perda de ente querido quando da prestação de serviços, pois postulam direito próprio – reparação pela dor e prejuízos materiais advindos da morte do trabalhador –, não se tratando daqueles direitos transmissíveis, cuja reparação deve ser requerida pelo espólio. Assim, ao postularem a presente ação em nome próprio, a ex-companheira e o filho adotaram o procedimento adequado no presente caso, já

que o direito à indenização pelo dano moral sofrido relativo à perda do companheiro, e a receber pensão substitutiva à figura do provedor, em tempo algum integrou patrimônio jurídico pertencente ao *de cuius*, cuidando-se de direito próprio dos Requerentes. Legitimidade declarada.

Embora no acórdão acima transcrito conste que, para os direitos transmissíveis, a via de reparação seria através do espólio, no caso em concreto, o relator conclui ser o procedimento dos demandantes adequado, tendo em vista terem postulado a indenização por danos morais em nome próprio, já que não se trata de direitos transmissíveis. Portanto, de acordo com essa ementa, a legitimidade ativa dos reclamantes deve ser acatada e reconhecida e, por se tratar de direito não transmissível, não há o que se falar em espólio.

Seguindo essa linha de raciocínio, os espólios a seguir demonstram que apenas em caso de direito transmissível há legitimidade do espólio para pleitear reparação de danos com acidentado que vem a óbito, haja vista ser considerada como de cunho personalíssimo:

ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. DANO MORAL E MATERIAL.

As Ações de Indenização, por dano material e moral, decorrentes de alegado acidente de trabalho, que ocasionou a morte do empregado, são de cunho personalíssimo – não se transmitindo, portanto, aos herdeiros. Devem ser ajuizadas, por isso, pelo próprio lesado, titular do direito, não sendo o Espólio parte legítima, para figurar no polo ativo da demanda, de vez que aquele constitui uma massa inerte de bens integrantes do patrimônio do falecido (TRT 3ª Região, Processo 00065-2006-030-03-00-4-RO. Data de Publicação 08/11/2006 DJMG, Página: 4, Órgão Julgador Primeira Turma, Relator Desembargador Manuel Cândido Rodrigues).

ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. DANO MORAL.

A legitimidade *ad causam* do espólio restringe-se às pretensões relativas a direitos transmissíveis, não abrangendo aqueles desprovidos de caráter hereditário, tais como o direito ao recebimento de indenização por danos morais, pois na qualidade de conjunto de bens constitutivos do patrimônio material e moral do *de cuius*, a serem partilhados no inventário entre os herdeiros e legatários, é ente despersonalizado, que não pode ser beneficiário desse tipo de ação, de cunho personalíssimo, não se transmitindo, portanto, aos herdeiros. Titular desses direitos não é o espólio, mas cada um dos lesados, a quem cabe defendê-los em nome próprio (TRT 3ª Região, Processo 00458-2006-004-03-00-1-RO. Data de Publicação 13/12/2006, Órgão Julgador Segunda Turma, Relator Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal).

Diante do exposto, de acordo com os nobres relatores, o espólio não detém legitimidade para deduzir pretensões de tal natureza em nome dos herdeiros.

O acórdão transcrito a seguir trata de vítima de acidente de trabalho com morte, deixando o acidentado, esposa e filho. Ambos os dependentes buscam indenização por dano moral sofrido pela vítima. Porém, o juiz de primeira instância extinguiu o processo sem julgamento do mérito, entendendo se tratar de ilegitimidade ativa, já que os danos sofridos pela vítima, segundo a interpretação do magistrado, não são transmissíveis. Alega ainda que

só haveria a legitimidade da sucessão caso o empregado, em vida, ajuizasse ação por indenização por dano moral:

ACÓRDÃO: 00517-2007-662-04-00-7 R0.

ACORDAM os Juízes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, da 4ª Região

Porto Alegre, 19 de junho de 2008 (quinta-feira).

Ana Luiza Heineck Kruse - Juíza Relatora

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. AÇÃO PROPOSTA PELA ESPOSA E FILHO DO FALECIDO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SOFRIDO DIRETAMENTE PELA VÍTIMA. ILEGITIMIDADE ATIVA. Ocorrendo a morte imediata do obreiro, não há abalo moral da própria vítima a ser ressarcido, não ocorrendo a transmissão do direito de ação contra o causador do dano. Assim, não detém a sucessão legitimidade para o pleito de indenização por dano moral sofrido diretamente pela vítima. Sentença mantida.

Com base na interpretação acima, os desembargadores da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho, da 4ª Região, negaram provimento, entendendo não haver legitimidade ativa da viúva e do filho nas circunstâncias sucessórias. O que se observa nesse acórdão é que, de fato, a própria vítima é quem teria o direito, mas, por ter falecido, não há abalo moral a ser ressarcido, entendendo os nobres julgadores não haver legitimidade dos demandantes para o pleito de indenização por dano moral sofrido diretamente pela vítima.

7. Considerações finais

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar a organização e a forma de hierarquia do Instituto Nacional do Seguro Social, bem como do Direito das Sucessões, no que se refere à distribuição dos benefícios e bens adquiridos em vida por alguém que veio a falecer. Com isso, o que se buscou foi destacar que, nem que seja por analogia, esses institutos poderiam ser utilizados nas formas de distribuição das indenizações por danos morais, decorrentes de acidente de trabalho com óbito.

Em relação ao Direito Previdenciário, ficou demonstrada uma grande organização, a qual busca sanar as desigualdades entre a população através da concessão de benefícios a segurados ou dependentes. Em caso de morte do segurado (trabalhador), ficou clara de quem é a legitimidade para ser merecedor do benefício, no caso, a pensão por morte. Desse modo, pode-se perceber que, de fato, há uma hierarquia para se distribuir os benefícios previstos no Direito Previdenciário, sendo que, havendo qualquer um dependente, como cônjuge, companheiro(a), filho não emancipado até 21 anos, ou inválido, e seus pais, a classe seguinte será excluída.

Assim, como no Direito Previdenciário, o Direito das Sucessões também buscou hierarquizar a distribuição dos bens adquiridos em vida por alguém que veio a falecer. Esse instituto também é organizado e hierarquizado, o que faz sua distribuição ser de forma bem resolvida, já que, havendo os primeiros da linha sucessória, os demais não são chamados. Com isso, um exclui o outro, sendo, de fato, esta uma forma de limitar a distribuição do conjunto de bens adquirido por alguém que veio a falecer.

Concluiu-se que, na indenização por acidente de trabalho com óbito de imediato, de fato, o direito a danos morais não é do falecido, já que com a morte perde-se a personalidade jurídica, embora esse direito passe a fazer parte do espólio quando se trata de acidente em que a vítima não morre de imediato, mas demonstre seu interesse de buscar em juízo a indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho. No entanto, o legislador deixa claro que, para fazer parte do espólio, é necessário constituir o patrimônio antes da morte. Sendo assim, se o maior bem jurídico que alguém pode ter é a sua vida, e alguém por ação ou omissão lhe tirou esse patrimônio, e tal dano foi causado em vida, senão não haveria morte, o que se conclui é que ao mesmo tempo foi causado um dano material à vítima e um dano moral aos parentes e amigos, que é a dor e o sofrimento pela perda. Em situações em que a família não consiga provar o interesse do acidentado, o direito que lhes cabe é o de demandar danos morais em nome próprio. De fato, esse dano moral não é da vítima, e sim, daqueles que sofreram com a perda do ente querido.

Por meio deste trabalho comprovou-se também que surge um direito com a morte do empregado, embora não haja nenhum dispositivo legal para definir a melhor forma para solucionar os conflitos que decorrem dessa situação. Porém, com este estudo, foi possível comprovar que, nem que seja por analogia, a hierarquia adotada no Direito das Sucessões poderia ser utilizada para traçar limites à forma de distribuição de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho com óbito.

Nas indenizações por danos morais decorrentes de acidente de trabalho, o que se demonstrou foi a falta de legislação e organização para se distribuir o direito em questão, sendo, portanto, decidido com base nas jurisprudências e na doutrina, ficando à mercê da forma de pensar e do entendimento de cada juiz, sendo eles os responsáveis para impor os limites necessários à cada situação. Entretanto, deve ser admitido que, diante da organização contida na Legislação Previdenciária, em especial no art. 16, da Lei nº 8.213/91, a aplicação, por analogia, seria de inteira justiça, favorecendo inicialmente aqueles que são os parentes mais próximos do falecido, entendendo-se até mesmo a posição do companheiro e da companheira, hoje acatada pela Constituição Federal.

Bibliografia

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**: Curso de Direito Civil Aplicado ao Direito de Trabalho. 4. ed. Cidade: Renovar, 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869/1973. Institui o código de processo civil. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2010a.

BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Dispõe dos Planos e Benefícios da Previdência Social. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2010b.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito das Sucessões. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Analogia. *Dicionário técnico judiciário*. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri .15. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamento da responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral – problemática**: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Leandro Nascimento. **Prescrição e indenizações por acidente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VASQUEZ VIALARDI, Antonio. **La responsabilidad en el derecho del trabajo**. Buenos Aires: Astea, 1988.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

**O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO MARXISTA E SEUS REFLEXOS NAS
VERTENTES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

**THE EPSTEMOLOGICAL MARXIST PARADIGM AND HIS REFLEXS ON
THE CRITICAL CRIMINOLOGY**

Maria Antonieta Rigueira Leal Gurgel*

RESUMO

O presente artigo pretende abordar a evolução da Criminologia, desde os seus precursores, passando pela Etiologia até aportar nas vertentes reacionistas, com o objetivo de demonstrar que, em maior ou menor grau, o marxismo exerceu grande influência na mudança de paradigma do pensamento criminológico.

Palavras-chave: Marxismo – Vertentes criminológicas – Criminologia crítica.

ABSTRACT

The present paper aim to look to the evolution of the criminology, from his beginners through Etiology until come down in the criminological reactions strands, with the will of to demonstrate that the Marxism has a huge influence in the paradigmatic changes of the criminological thought.

Keywords: Marxism, Criminological strands, critical criminology.

* Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, na comarca de Ponte Nova, mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio e Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da Escola de Estudos Superiores de Viçosa – ESUV e da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga.

INTRODUÇÃO

Afirma-se, comumente, que a Criminologia objetiva o estudo do fenômeno criminoso, suas causas, além de pretender analisar os seres humanos envolvidos no crime, tanto o delinqüente quanto a própria vítima.

Neste sentido, é a conceituação feita por SHECARIA (2004, p.31) a respeito desta disciplina:

“Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes.”

A grande maioria dos autores considera a Criminologia como uma ciência, já que ela possui objeto próprio (ocupa-se do delito, do delinqüente, da vítima e do controle social), um método empírico que se baseia na análise e observação da realidade, produzindo conhecimento a respeito do fenômeno criminal.

Apesar de ser quase unânime a conclusão de que a Criminologia é uma ciência, os autores divergem em relação à época de seu surgimento. Entretanto, sem desconsiderar as manifestações criminológicas da Antigüidade, da Idade Média e do Iluminismo, pode-se afirmar que a Criminologia Moderna nasceu com a edição da obra *L'uomo Delinquente*, em 1876, de autoria do médico italiano Cesare Lombroso, de forte influência positivista e de matiz antropológica. Seguiu-se a *Sociologia Criminale* de Enrico Ferri, publicada em 1891 e a *Criminologia – studio sul dellito e sulla teoria della repressione* de Rafael Garofalo, sendo estes três autores considerados os fundadores da Escola Positiva Italiana.

De lá até os tempos atuais, inúmeras foram as mudanças sofridas pela Criminologia Positivista (ou Etiológica), até atingir o paradigma da reação social, com a Criminologia Interacionista (ou do *Labeling Approach*), que floresceu nos Estados Unidos, no início da década de 60, focando o estudo do crime na idéia de rotulação ou etiquetamento de determinadas condutas definidas como infrações penais e os vários enfoques da Criminologia Crítica, que tem na questão do controle social penal o centro de suas atenções.

Sendo o crime um fenômeno social, seria utópico imaginar qualquer sociedade sem a sua presença. A Criminologia (em todas as suas vertentes) sempre se preocupou com o fenômeno criminoso e seus personagens, e também com as respostas dadas pela sociedade e pelo Estado a tal desvio, com vistas a contribuir para seu entendimento. Por isso, já se fala em uma sociologia jurídico-penal, cujo objeto é o estudo do comportamento social desviante com relevância penal e as reações institucionais e não institucionais a tais condutas. Daí um novo conceito de Criminologia, proposto por Lola Aniyar de Castro (apud BATISTA, 1990, p.27):

Criminologia é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos.

O objetivo do presente artigo é abordar, pontualmente, as mudanças de paradigma sofridos por esse ramo do conhecimento, com especial enfoque na influência exercida pela epistemologia marxista nas vertentes da Nova Criminologia (ou Criminologia Crítica ou da Reação Social), expoentes de uma definitiva ruptura com os postulados da Criminologia Positivista, transportando para o centro de suas análises a questão do controle penal.

1. OS PRECURSORES DA CRIMINOLOGIA

Ao mencionar a Escola Liberal Clássica como antecessora da Criminologia, se busca fazer referência às teorizações sobre o direito penal, o crime e a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII até o início do século XIX.

Para SHECAIRA (2004, p.91):

É difícil afirmar que uma disciplina nasça do dia para a noite, ou que seja obra de algum pensador iluminado, ou ainda produto de alguma publicação específica. Pode-se afirmar que a busca do conhecimento científico sobre o fenômeno criminal é gestada por meio da ocorrência de três circunstâncias que, habitualmente, acompanham o processo de investigação: a colocação em dúvida das idéias antes dominantes; a crítica da situação dos sistemas processuais; a necessidade crescente de comprovação do novo paradigma da ciência: a racionalidade.

Fortemente influenciado pelo paradigma liberal, pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo, tão em voga naqueles tempos, é que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria¹, escreveu seu livro, transportando para o direito penal tais aspirações filosóficas, revelando nítida intenção de crítica e ruptura com o regime político europeu da época. Por suas reflexões sobre o crime e a própria pena, o autor italiano é considerado um dos pioneiros do que algum tempo depois passou a denominar-se Criminologia. Sobre sua obra, BARATTA (2002, p.34):

Da idéia de divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática da tortura, assim como a afirmação de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei. A essência e a medida do delito estão, no sistema conceitual do livro de Beccaria, no dano social. O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena.

Também são comumente citados como precursores da Criminologia Giandomenico Romagnosci² (1761-1835) e Francesco Carrara³ (1805-1888).

No pensamento de Romagnosci, o fim da pena é a defesa social, mas não o seu único meio; o maior esforço da sociedade deveria ser focado na melhoria das condições da vida em sociedade, como forma de prevenção do delito (BARATTA, 2002, p.35).

Francesco Carrara, por sua vez, não considera o delito um ente de fato, mas sim um ente jurídico, que se consiste na violação de um direito. Por isso, a pena não teria como objetivo a retribuição, nem mesmo o arrependimento do delinqüente, que

¹ Aos 26 anos de idade, no ano de 1764, o Marquês de Beccaria escreveu sua mais famosa obra “*Dei Delitti e delle Penne*”, após passar uma temporada no cárcere, por influência do seu pai, que não admitia a união do filho nobre com uma jovem de família pobre, Teresa de Blasco. Sentindo na pele as agruras da masmorra do século XVIII, Beccaria as denunciou, protestando contra os julgamentos secretos, a tortura, o confisco, as penas degradantes, atroz e desproporcionais aos delitos praticados. Defendeu os princípios da legalidade e da igualdade de todos perante a lei. Apesar do estilo metafórico e muitas vezes prolixo, Beccaria com seu “*Dos Delitos e das Penas*” deu sua contribuição, principalmente em seu teorema final, para o estudo do crime e das penas.

² Sua sistematização racionalista do Direito Penal foi apresentada na *Genesi del diritto penale* (1791) e na *Filosofia del diritto* (1825).

³ A construção do mestre de Pisa encontra-se sistematizada nos volumes do *Programma del corso de diritto criminale* (1859).

poderiam ser resultados acessórios. Sua finalidade precípua é a eliminação do perigo social que poderia advir da impunidade do crime (BARATTA, 2002, p.36).

É inegável que o movimento iluminista do século XVIII e o racionalismo dele advindo trouxeram modelos explicativos para as questões sociais da época. Todavia, era perceptível o alheamento natural dos clássicos, em função de suas idéias, a começar pela crença em uma homogeneidade de todos os homens no que tange aos processos biológicos, emocionais e psicológicos em relação ao fato criminoso. Foi exatamente neste clima que começaram a surgir as críticas positivistas, inaugurando a criminologia etiológica.

2. A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA (OU ETIOLÓGICA)

O paradigma etiológico da criminologia visou conferir a essa disciplina tons de ciência, nos mesmos moldes epistemológicos do positivismo. O médico italiano Cesare Lombroso, com sua **Antropologia Criminal**, e Enrico Ferri⁴, com a **Sociologia Criminal** são considerados os dois maiores expoentes dessa vertente da Criminologia, partindo da premissa de que a criminalidade era um fenômeno natural e poderia ser estudado, analisado e explicado segundo o método científico ou experimental. Assim, o questionamento fundamental era: o que o homem criminoso faz e por que o faz?

Lombroso acreditava existir o chamado criminoso nato⁵, uma variedade especial de *homo sapiens*, diferenciada por algumas características físicas e psíquicas. Destarte, as peculiaridades da calota craniana e da face, maxilar inferior proeminente, furtas sobranceiras, molares muito salientes, orelhas grandes e deformadas, dissimetria corporal, grande envergadura de braços, mãos e pés, sensibilidade à dor diminuída (daí o fato dos condenados se tatuarem com muita frequência), crueldade, aversão ao trabalho, instabilidade e precocidade sexual estariam a indicar um delinqüente⁶. Famosa

⁴- O **L'Uomo delinquente** de Lombroso, obra publicada em 1876, a **Sociologia Criminale** de Ferri, publicada em 1891 e a **Criminologia – studio sul delitto e sulla teoria della repressione**, de Rafael Garofalo, com matizes, respectivamente, antropológica, sociológica e jurídica, são consideradas as três obras básicas da Escola Positiva Italiana, e seus autores, seus maiores defensores.

⁵- Alguns autores entendem que é um erro atribuir a Lombroso a autoria da expressão “criminoso nato”, pois, na verdade, ela teria sido cunhada por seu discípulo Enrico Ferri em 1881, em sua obra **Os Criminosos na Arte e na Literatura**.

⁶- FERNANDES, 2002, p. 81.

é a representação de seu homem criminoso, cuja imagem foi estampada nas capas de sua obra mais expressiva.

Para dar suporte às suas afirmações, Lombroso fez dos hospitais psiquiátricos, manicômios e prisões do sul da Itália o seu laboratório, procurando identificar nos indivíduos ali encerrados (criminosos e doentes mentais) os mesmos estigmas anatomo-fisiológicos, aptos a confirmar a sua tese da existência de um tipo antropológico delinqüente.

Enrico Ferri, auxiliar de Lombroso em suas pesquisas, desenvolveu a teoria lombrosiana dentro de uma perspectiva sociológica, salientando a existência de um trinômio causal do delito, composto por fatores antropológicos, sociais e físicos. Ferri negava o livre arbítrio, ou seja, a liberdade de autodeterminação do ser humano, acreditando que a criminalidade era uma propriedade de determinados indivíduos, que deveriam ser identificados e afastados do convívio social, para a segurança de todos os demais (não-delinqüentes).

A partir daí, passou-se a estabelecer uma divisão dentro da própria sociedade⁷, entre aquela minoria de seres humanos considerada criminosa (que deveria ser apartada da convivência e ressocializada, ou neutralizada definitivamente), e todos os outros - homens normais, bons e decentes - merecedores de toda a proteção contra os perigos representados por essa pequena parcela da população. O combate contra a criminalidade (o “mal”) em defesa do restante da sociedade (o “bem”) passa a ser respaldado pela ciência, ofertando parâmetros para identificar todos aqueles potenciais delinqüentes e dar a eles a chance de recuperação, para só depois retornarem ao convívio dos seus.

SHECAIRA (2004, p.102) sintetiza a epistemologia criminológica positivista:

Superadas as diferenças pontuais entre os principais autores do positivismo, algumas importantes idéias comuns podem ser identificadas entre eles. O crime passa a ser reconhecido como um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo da criminalidade e a adoção do método experimental. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, tendo por base a periculosidade. A pena será, pois, uma medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso. Tal medida, ao contrário do que pensavam os clássicos, defensores da pena por tempo determinado, terá denominação de medida de segurança e será por tempo indeterminado, até ser obtida a recuperação do condenado. O criminoso será sempre psicologicamente um anormal, temporária ou permanentemente.

7- Tal divisão encontrava seu suporte científico na própria Criminologia Positivista, e a partir daí foram iniciadas as discussões acerca da periculosidade do criminoso e das teorias justificadoras da pena como um meio de defesa social e de recuperação do homem delinqüente.

Pode-se afirmar que os autores da Escola Positiva, seja dando ênfase ao aspecto bioantropológico, seja privilegiando a importância dos fatores sociológicos, partiam de uma concepção ontológica e natural do delito, como realidade anterior à reação social e ao próprio direito penal. Daí é que o fenômeno da criminalidade, suas causas e efeitos, poderiam ser estudados independentemente de sua relação com as reações sociais ao desvio ou com o próprio controle penal.⁸

Esta separação sempre marcou os estudos tanto no campo criminológico quanto no campo das Ciências Penais, e foi exatamente contra ela que se insurgiram as vertentes da nova Criminologia, ou da Criminologia da Reação Social.

3. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SUAS VERTENTES

Para BATISTA (1990, p.29/30), quando a Criminologia Positivista não questiona a construção política do direito penal, nem a aparição dos comportamentos desviantes, nem a reação social aos mesmos, ela cumpre um papel político de legitimação da ordem estabelecida.⁹

Abandonando definitivamente o paradigma etiológico, a Nova Criminologia passou a preocupar-se com a análise da sociologia do direito penal e do comportamento desviante e com a reação social a este comportamento, aí incluído o estudo do controle penal.

⁸ BARATTA (2002, p.41/42) afirma que a ideologia da defesa social está presente tanto na Escola Clássica quanto na Positivista, cujo conteúdo pode ser reconstruído em alguns princípios, tais como: Princípio da culpabilidade, da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, da igualdade e do interesse social e do delito natural.

⁹ O autor aponta, resumidamente, as falhas do positivismo criminológico: 1) supor que na transcrição da objetividade cognoscível não se imprime a experiência do sujeito cognoscente; 2) reduzir a objetividade cognoscível ao que nela for empírica e sensivelmente demonstrável; 3) ter, portanto, na metodologia o centro e o limite inexorável de sua atividade científica; 4) conceber, de forma mecanicista os fatos sociais, produzindo explicações com base em relações causais.

Assim, a partir do final dos anos 50 e início dos anos 60, a Criminologia conheceu verdadeira revolução, sendo inúmeras as vertentes assumidas pelo novo paradigma criminológico, que aqui são agrupadas sob a denominação de Criminologia Crítica.

Resumindo seus postulados básicos, BATISTA (op.cit.p.32):

Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual *a priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: *contra quem e em favor de quem*) se elaborou este *código* e não outro. A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de fazer aparecer o invisível.

Como já afirmado acima, a Criminologia Crítica assumiu inúmeras vertentes, optando-se por abordar aquelas mais expressivas e que irão servir aos objetivos do presente estudo.

3.1. A Criminologia do “*labeling approach*”

Não obstante as diversas vertentes assumidas pela Nova Criminologia¹⁰, que demandariam até mesmo um outro ensaio, pode-se reforçar a este ponto, que todas elas criticam a natureza ontológica do crime e da criminalidade preconizada pela Criminologia Clássica, apontando outros fatores que devem ser levados em conta na análise do fenômeno criminal, mormente aqueles ligados à eleição das condutas desviantes.

10- Podemos citar algumas delas: Criminologia Interacionista ou “Labeling Approach” (fundada por Hans Beckher), Criminologia da Etnometodologia (Garfinkel), Criminologia Radical (Hans e John Schwendinger nos EUA e Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young na Inglaterra), Criminologia Abolicionista (Louk Hulsman), Criminologia Minimalista ou Crítica (Lola Aniyar de Castro e Alessandro Baratta) e Criminologia Neo-Realista (Jock Young e John Lea).

Assim, a Criminologia Interacionista ou *Labeling Approach*¹¹ nasce nos Estados Unidos, no final da década de 50 e início da década de 60, com Hans Becker. Para essa corrente, uma conduta não é criminosa por si mesma e nem o seu autor é um criminoso por traços específicos de sua personalidade. O crime se revela através da eleição de determinadas condutas que passam a ser assim consideradas (definição legal de crime) e da seleção penal que é exercida sobre os indivíduos praticantes de tais comportamentos.

Destarte, há uma total mudança do paradigma, com o abandono da figura individual do homem criminoso e a centralização do discurso na dimensão política daqueles que têm o poder de definir as condutas etiquetadas como criminosas. A investigação desloca-se das causas do crime, da pessoa de seu autor e do seu meio, para a reação social da conduta desviada, focando a análise especificamente no sistema penal, que, no mais das vezes, reflete processos de estigmatização e etiquetamento existentes no seio da própria sociedade.

A tese desta vertente criminológica encontra-se definitivamente formulada na obra de BECKER (*apud* ANDRADE, 2003, p.41), nos seguintes termos:

Os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um 'ofensor'. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente.

Afastado o caráter ontológico do fenômeno criminoso, torna-se mais apropriado falar da criminalização e dos indivíduos criminalizados do que falar em criminalidade e criminosos. Ao invés de indagar (como fez a Criminologia Positivista), quem é o criminoso e porque comete o crime, o *labeling* passa a questionar quem é definido como desviante, o porquê de tal eleição, quem tem o poder de definição e quais os efeitos dela sobre o indivíduo etiquetado. Em resumo, o enfoque desloca-se dos controlados para os controladores e para o poder político de controlar.

3.2. A criminologia radical

¹¹ A idéia central dessa corrente criminológica é extraída de seu próprio nome, que provém de etiquetamento, rotulação.

SANTOS (2006, p.06), apesar de apontar também o trabalho coletivo *The New Crimilogy* (Taylor, Walton e Young – 1973), afirma que o acontecimento crucial para a formação da Criminologia Radical foi a fundação do Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social, em Florença (Itália) em 1972, com a publicação de um *Manifesto*. Tal documento denunciava os modos dominantes de análise do crime e dos mecanismos de controle, propondo uma crítica radical da teoria criminológica e social dominante, com a definição de um programa teórico e prático no contexto das relações entre os sistemas de controle social e a estrutura de classes do modo de produção capitalista.¹²

Assim, a tarefa de esclarecer a relação entre o delito e a formação econômico-social leva à inserção do fenômeno criminoso na esfera de produção (e não somente na esfera de circulação), sendo que as relações de produção e as questões de poder econômico e político passam a ser as questões fundamentais da Criminologia Radical.¹³

Para SANTOS (op.cit., p.10):

A gênese crítica da Criminologia Radical começa nas questões conexas do conceito de crime e das estatísticas criminais, deslindando as implicações políticas e as premissas ideológicas que fundamentam as teorias criminológicas tradicionais e informam as ciências sociais, em geral, nas sociedades de classes, e prossegue nos aspectos superestruturais fetichizados das relações de produção, sob a teoria da inseparabilidade das lutas sociais contra a exploração econômica, no contexto das relações de poder, em que a prisão se caracteriza como a forma específica do poder burguês, “diretamente determinada pelo modo de produção capitalista.”

Percebe-se que o objetivo da Criminologia Radical é a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas, visando identificar as

¹² Uma das maiores críticas da Criminologia Radical contra a Criminologia tradicional recaía sobre a questão das estatísticas criminais, que eram consideradas produto da luta de classes nas sociedades capitalistas, já que os crimes da classe trabalhadora desorganizada (*lumpen*-proletariado, desempregados crônicos e marginais sociais), integrantes da criminalidade de rua eram super-representados nas estatísticas, ao passo que a grande criminalidade das classes dominantes, a do “colarinho branco”, produtora do mais intenso dano à vida e à saúde da coletividade, estaria excluída das estatísticas criminais.

¹³ As teorias radicais, na Europa e nos EUA, a partir da década de 60, germinam nas lutas políticas por direitos civis, no ativismo negro americano, nos movimentos contra a guerra, nas lutas estudantis, nas revoltas nas prisões e nas manifestações anti-imperialistas dos povos e nações do “Terceiro Mundo”.

forças sociais subjacentes às formas institucionais e mecanismos legais de controle social, negando o mito de um direito penal igualitário.

Assim, o programa de uma ciência do crime e do controle social para as condições de desenvolvimento econômico e político da sociedade capitalista, compreende a crítica do Direito e do modo de produção dominante, e do Estado como a organização política do poder de classes, além da formulação concomitante de uma teoria do crime, apta a demonstrar que as mudanças do capitalismo contemporâneo não alteraram seus objetivos principais de propriedade privada e lucro e nem sua dinâmica de reprodução das desigualdades e da marginalização.

SANTOS (op.cit.p.46) resume os principais aspectos da Criminologia Radical: seu objeto é o conjunto de relações sociais, compreendendo a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social; seu compromisso é com a transformação da estrutura social e a construção do socialismo, mostrando a insuficiência das reformas penais e alertando para o oportunismo pragmatista das políticas alternativas, mas apoiando as medidas liberalizantes e afirmando a impossibilidade de se equacionar o problema do crime na economia capitalista; sua base social são as classes trabalhadoras subalternas e o conjunto das categorias sociais marginalizadas da sociedade capitalista. Por fim, sua política criminal objetiva a penalização da criminalidade econômica e política das classes dominantes e a despenalização da criminalidade típica das classes e categorias subalternas e no processo de execução penal, pretende a abolição da prisão, já que a correção do criminoso e a prevenção do crime dependem do desenvolvimento de sua consciência de classe e de seu engajamento nas lutas políticas e econômicas.

3.3- A criminologia abolicionista

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na sociedade contemporânea e a de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro, pretendendo a sua completa abolição e substituição por outras instâncias de solução do conflito.

ZAFFARONI (2001, p.98) aponta diferentes variantes do movimento abolicionista, fazendo menção à preferência fenomenológica de Louk Hulsman, à

marxista de Thomas Mathiesen, à fenomenológica-historicista de Nils Christie e ainda, à estruturalista de Michel Foucault.

HULSMAN (1993) afirma ser o sistema penal um problema em si mesmo, e considerando sua absoluta inutilidade, é preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo¹⁴, substituindo-o por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos. Propõe a supressão das categorias “crime” e “criminalidade” e sua redefinição como “situações problemáticas”, que podem encontrar soluções efetivas, em instâncias distintas das punitivas.

Mathiesen encontra-se estreitamente vinculado a um esquema relativamente simples do marxismo, vinculando a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, visando não apenas a abolição do sistema penal, mas de todas as estruturas repressivas da sociedade (ZAFFARONI, 2001, p.99).

Christie destaca a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter pulverizador das relações de horizontalidade e os conseqüentes perigos e danos da verticalização corporativa, já que nos grandes grupos as condições de solidariedade são limitadas e os indivíduos são altamente descartáveis e substituíveis, de forma a tornar os excluídos do mercado de trabalho candidatos ideais para o sistema punitivo (ZAFFARONI, 2001, p.101).

ZAFFARONI (2001, p.61 e 101) considera Foucault¹⁵ um abolicionista, já que um dos pontos mais importantes de seu pensamento é a deslegitimação radical do próprio saber. Com a microfísica do poder-saber¹⁶, o autor afirma que cada uma das instituições sociais de controle funciona como uma verdadeira “instituição de seqüestro”, sendo a prisão seu maior exemplo.

¹⁴ Hulsman aponta três razões fundamentais que o fazem posicionar-se favoravelmente à abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários, distribuídos de modo injusto na sociedade; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas no conflito e é de difícil controle.

¹⁵ Foi, sem dúvida, o autor de maior expressão no movimento contemporâneo de construção de novas formas críticas de pensar a questão do controle social. Em **Vigiar e Punir**, Foucault trata da evolução dos métodos e meios coercitivos adotados pelo poder público na repressão da criminalidade, até chegar à pena de prisão, cuja lógica espalha-se por toda a sociedade.

¹⁶ O termo “Microfísica do poder” é também um livro de Foucault, lançado em 1979. Trata-se de uma coletânea de textos (artigos, entrevistas, cursos, debates, dentre outros), onde a abordagem recai sobre variadas questões relacionadas à psiquiatria, geografia, economia, sexualidade e, como não poderia deixar de ser, à prisão, à justiça e ao Estado.

3.4- A criminologia crítica

Numa contínua ruptura com os postulados clássicos da Criminologia, que passou pelo interacionismo criminológico, como descrito acima, chegou-se ao amadurecimento e à complementação de suas idéias com a Criminologia Crítica, quando o enfoque se desloca definitivamente para o processo de criminalização (eleição das condutas criminosas e dos indivíduos sobre os quais irá recair o controle penal), com o estudo das razões que lhe servem de embasamento, numa sociedade de classes perfeitamente definidas.

A Criminologia passa a propugnar uma teoria crítica e sociológica do sistema penal, enquanto mais forte instrumento de controle e dominação exercido sobre uma parcela da população.

Tendo em conta toda a evolução do pensamento criminológico, leciona BARATTA (2002, p.161), um dos maiores expoentes da teoria crítica contemporânea:

O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macro-sociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos de analisáveis separadamente: o mecanismo de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

A crítica recai sobre o mito da igualdade do direito penal, que está na base da ideologia da defesa social e que se fundamenta em duas proposições: a crença na proteção integral que este ramo do ordenamento jurídico destina aos cidadãos e aos seus bens jurídicos essenciais e a crença de que a lei penal é igual para todos, atingindo indistintamente aqueles que violarem suas normas.

Neste contexto, o sistema penitenciário também é objeto da análise dos teóricos, passando a ser considerado um instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, recrutada quase que exclusivamente nas classes mais pobres, visando demonstrar a falácia do discurso das funções preventiva e ressocializadora que lhe foram historicamente atribuídas.

4. A INFLUÊNCIA MARXISTA NAS VERTENTES CRIMINOLÓGICAS CRÍTICAS

Traçar o paradigma epistemológico marxista, em toda a sua extensão e complexidade, foge aos objetivos do presente ensaio, limitando-se apenas a abordar, de forma bastante resumida e simplista, sua análise do Direito e principalmente do crime e do controle penal.

Segundo ZAFFARONI (2001, p.51), o Marxismo já nasceu deslegitimante, já que seu criador foi testemunha de um genocídio europeu, considerando que a civilização industrial foi não apenas a mais agressiva e predatória da história em sua projeção sobre a área marginal do planeta, como também no que tange à vida e dignidade humana no próprio centro:

Diante da visão de genocídio europeu, sacrificando massas humanas ao altar da acumulação originária do capital produtivo, Marx levou a cabo uma análise da história que procurava capacitar os marginalizados europeus de seu tempo com um instrumento de compreensão e com uma fronteira ideológica de luta. Embora Marx não tenha analisado em profundidade o sistema penal, ao qual foram dedicados escassos e dispersos parágrafos, sujeitos a interpretações muito controvertidas, considerava, obviamente, que para tanto seria necessário deslegitimar todo o direito, especialmente o direito penal, relegando-o à categoria de superestrutura ideológica.

Marx idealizava uma sociedade sem classes; mas para atingir tal estágio era necessário primeiro passar por uma sociedade organizada sob a ditadura do proletariado, a fim de suprimir as classes sociais, até restar apenas o *lumpen*. Quando isto acontecesse, o Estado e o Direito, como produtos das lutas de classes iriam desaparecer. Novamente ZAFFARONI (2001, p.292):

O direito não era para Marx mais do que uma superestrutura ideológica de domínio da classe opressora. O delito, dentro desta teoria, era concebido como resultado de tensões sociais, no que, por certo, há um elevado coeficiente de verdade. Daí ser certa a afirmação de Marx de que ‘não se deve castigar o crime no indivíduo, mas destruir as razões anti-sociais do crime e dar a cada qual a margem social necessária para exteriorizar a sua vida de um modo social.’ Marx prossegue e penetra no perigoso caminho da utopia. Sonha com uma sociedade sem classes e sem tensões, vaticina que o delito desaparecerá e que se tornarão desnecessários o direito e o Estado.

Apesar destas breves considerações, pode-se perceber que as preocupações centrais de Marx não estavam no estudo do direito e muito menos no do direito penal, já que a sua percepção era revolucionária e partia da premissa de que a transformação da sociedade passava pelos seus aspectos estruturais e não pela superestrutura (da qual o direito faz parte).

No entanto, Marx reconhece que a história de todas as sociedades é uma história de lutas de classes, seja entre homens livres e escravos, patrícios e plebeus, barões e servos, detentores dos meios de produção e o capital e operários, enfim, entre opressores e oprimidos. Tais guerras, abertas ou veladas, ou terminam com uma transformação revolucionária ou pela destruição das classes em luta.

Após Karl Marx, surgiram diversos outros “marxismos”, conjuntos de teorias e interpretações que pretenderam ser a continuação de seu pensamento. Nenhuma dúvida resta de que o marxismo chamou a atenção para a consideração econômica de qualquer fenômeno social conflituoso, aí incluídos o crime e os processos de criminalização.

Tendo em conta este paradigma, é inegável a afirmação de que ele projetou reflexos, com maior ou menor intensidade, nas vertentes da Criminologia Crítica, acima detalhadas.

Assim, desde a vertente criminológica da rotulação, passando pela criminologia radical e pelo abolicionismo (nas quais o marco teórico marxista é mais evidente) até chegar à maturação com a Criminologia Crítica, buscou-se recuperar a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que deram origem, na sociedade capitalista, aos fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou das classes dominantes.

Isto porque o sistema penal como um todo e mais especificamente o cárcere¹⁷ são absolutamente seletivos e desempenham um papel de perpetuação das estruturas de poder existentes na sociedade. O controle social exercido através do direito, mais especificamente pelo direito penal, revela-se particularmente cruel nos tempos modernos, uma vez que reflete uma invisível e poderosa dominação e perpetuação de valores pertencentes a uma classe economicamente dominante e insiste em se dirigir, com absoluto sucesso, a uma parcela bem delimitada da população.

¹⁷ A este respeito, ver WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**; tradução por André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001.

O discurso dominante, mesmo mascarado, prega a possibilidade de solução de problemas de cunho eminentemente social, através do controle penal¹⁸, cuja lógica de operacionalização é a da seletividade, já que a criminalização, o etiquetamento e o efetivo exercício do controle dirigem-se, fundamentalmente, aos estratos sociais mais pobres da sociedade.

Nesse sentido, são imperativos os dizeres de BATISTA (1990, p.169):

A construção social do delinqüente se subordina a sua origem de classe, mas o sistema penal – caracterizado na América Latina, como consta do relatório Zaffaroni para o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pela seletividade, repressividade e estigmatização – se encarrega de disfarçá-lo: o principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário.

A seletividade do sistema penal manifesta-se por duas variáveis básicas: a primeira é a manifesta incapacidade do sistema penal operacionalizar toda a programação da lei penal e a segunda é que tanto a impunidade quanto a criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social.

Diante de tais afirmações, é possível afirmar que o marxismo exerceu influência nas vertentes da Criminologia crítica, em maior ou menor grau, tendo o inegável mérito de ser a alavanca que representou o avanço e a superação do paradigma etiológico positivista.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi visto, é possível afirmar que, sob a denominação “Criminologia Crítica”, encontram-se reunidas distintas concepções, com discursos não homogêneos, mas com um marcante ponto de convergência, que as distingue todas da Criminologia Positivista: a nova forma de definir o objeto e os termos da questão criminal, traduzindo-se no que se pode chamar de uma mudança total de paradigma, passando da etiologia positivista para o enfoque da reação social.

¹⁸ Essa abordagem é marcante na obra de DE GIORGI (2006), demonstrando que a tentativa de controlar a miséria através do sistema penal não é invenção recente.

Isto porque a Criminologia Etiológica partia de uma definição ontológica do crime e da criminalidade, centrando a análise de suas causas no homem delinqüente, legitimando o controle penal, sob a perspectiva da defesa social. Ao revés, as vertentes da Nova Criminologia passaram a se preocupar com as reações, institucionalizadas ou não, aos comportamentos desviantes, e com o controle penal, que reflete as estruturas de poder existentes na sociedade.

A influência marxista apresenta-se de forma mais nítida nas vertentes criminológicas radicais e no abolicionismo penal, mas também pode ser visualizada no *labeling approach* e na criminologia crítica propriamente dita, posto que em todas elas está patente a consideração econômica dos fenômenos sociais conflituosos, aí incluídos o crime e, por conseqüência, os processos de criminalização. Como dito, toda sociedade tem suas estruturas de poder político e econômico com grupos mais próximos ou mais aliados destes poderes, cuja influência será sentida, principalmente, no sistema penal, que seleciona o que punir, quem punir, quando punir e como punir.

As próprias vertentes criminológicas reacionistas não estão imunes às inúmeras críticas que sobre elas são tecidas, mormente no que toca ao fato de que, pretendendo afastar-se da criminologia positivista, acabam cometendo o mesmo erro, ao centrar a análise do fenômeno criminal apenas na questão da eleição das condutas proibidas. Seu mérito, no entanto, é inegável: propugnarem um estudo integrado do direito penal com a sociologia, a economia e a política, objetivando situar tal disciplina nas intrincadas teias do poder existentes no seio da própria sociedade.

Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:**

Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado

Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à

sociologia do direito penal. [Tradução Juarez Cirino dos Santos]. 2. ed. Rio de Janeiro:

Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. [Tradução J. Cretella Júnior e Agnes Cretella]. 2 ed. rev. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis, Vozes, 2004.

_____. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 4. ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006. (Pensamento Criminológico; v.12)

HULSMAN, Louk e CELIS, Jaqueline Bernart de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1993.

MARX, Karl. **Manuscritos econômicos, filosóficos e outros textos escolhidos**. Seleção de textos de José Arthur Gianotti; traduções de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. [Tradução de André Teles]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. [Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição] Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

O FENÔMENO DO DESEMPREGO SEGUNDO A ÓTICA DE MARX

THE UNEMPLOYMENT PHENOMENON FROM THE VIEWPOINT OF MARX

Wallacy Luiz Vargas da Cruz*

Resumo

O objetivo deste trabalho não foi avaliar a atualidade ou veracidade dos princípios de Marx sobre o tema. Mas, sim, de tratar do conceito de desemprego em Marx de uma forma mais consistente e fiel ao seu pensamento, sem simplificá-lo ou distorcê-lo. O desemprego não somente é inerente ao processo de acumulação capitalista, como também possui formas peculiares e também terá funções próprias que são: reserva de mão de obra e regulador de salários. Como característica própria do sistema, ele se verifica fortemente em nossa economia, e está presente em todas as economias mundiais. Diante de toda a análise de Marx sobre o processo de trabalho e a lei de acumulação capitalista, vimos que o desemprego é fato, no modo de produção capitalista. É uma consequência inexorável das alterações orgânicas do capital. Sem as transformações do mesmo, é impossível o aumento da produtividade e, conseqüentemente, da redução do capital variável em relação ao capital constante.

Palavras Chave: Desemprego. Trabalho. Estrutura do Capital. Acumulação Capitalista. Análise Marxista.

Abstract

The objective of this work was not to evaluate the timeliness or accuracy of Marx's principles on the subject. But to deal with the concept of unemployment of Marx in a more consistent and faithful to his thinking, without simplifying or distorting it. Unemployment is not only inherent to the capitalist accumulation process, but also have peculiar shapes and specific functions that are: skilled labor reserve and salary regulator. As a characteristic of the system, it verifies heavily on our economy, and the same is present in all world economies. Due to all Marx's analysis about the labor process and the capitalist accumulation law. We saw that unemployment is a fact, in the capitalist mode of production. It is an inexorable consequence of organic capital changes. Without its transformations, is impossible to increase productivity and consequently the reduction of variable capital relative to constant capital.

Keywords: Unemployment, Labour, Capital Structure, Capitalist Accumulation, Marxist

* Professor Adjunto da Faculdade de Administração de Itabirito. Email: wallacyvargas@yahoo.com.br

Analysis.

1 INTRODUÇÃO

O desemprego é um fato regular. Tem ocorrido até mesmo nas maiores potências capitalistas do mundo e tem se repetido ao longo da história. Em economias mais prósperas, capazes de gerarem produtos internos positivos, o desemprego é um fato observável em economias em desenvolvimento, como a brasileira.

Ricardo (1982), em sua época, também observou esse fato e relatou suas conclusões na sua teoria do valor e lucro. No capítulo intitulado “Da Maquinaria”, que constou pela primeira vez na terceira edição dos *Principles*, Ricardo (1982) afirmava que a maquinaria, economiza trabalho, “liberta” os trabalhadores sem libertar o capital variável para outra utilização e daí, que seu reemprego depende principalmente da acumulação adicional.

Segundo Sweezy (1942), Marx não escreveu muito sobre fatores que determinam o crescimento populacional, por não ver qualquer utilidade na teoria malthusiana, ou qualquer outra de suas variantes, para a análise do desemprego.

Keynes (1936) formulou sua teoria econômica e uma das suas aplicações foi o estudo das causas do desemprego. Segundo Keynes (1936), a solução para este problema pode ser encontrada no aumento do investimento, ou seja, no setor produtivo da economia. O aumento da atividade produtiva gera demanda por outros fatores de produção. Com isso, são geradas rendas: mais salários, mais lucros, mais juros, mais aluguéis. Esse aumento de rendas traz aumento do consumo e da poupança, os quais irão influenciar de novo a produção, obrigando à abertura de novos empregos. Neste sentido, algum investimento pode ser feito diretamente pelo Estado, devido à sua capacidade de financiamento e mecanismos para estimular o setor privado.

Ao passo que na teoria clássica as modificações dos métodos produtivos são tratadas como invenções essencialmente fortuitas, na teoria de Marx elas se tornam as condições necessárias para a existência da produção capitalista. Isso porque é principalmente por meio de inovações tecnológicas que poupam o trabalho em que o exército de reserva é recrutado, e é somente devido à existência dessa reversa que a mais-valia e classe por esta sustentada podem sobreviver (SWEEZY, 1942, p.121).

Este trabalho pretende analisar o fenômeno do desemprego segundo a ótica de Marx. Apesar das várias teorias de outros autores, cujas idéias baseiam-se no pensamento de Marx (Lênin, Stalin, Kalecki, Sweezy), o trabalho basear-se-á somente na teoria de Marx. Para nós, o importante é buscar as explicações e causas do desemprego, segundo, exclusivamente, os conceitos marxianos.

O método pelo qual iremos tratar da questão do desemprego será o estudo e interpretação da obra de Marx. O principal instrumento para a elaboração deste trabalho será **O capital**, livro I. Nesta obra de Marx, basearemos nossa pesquisa, pois nela se encontram os principais conceitos marxianos relativos ao tema. O trabalho será esquematizado de forma que possamos tratar do fato do desemprego, segundo Marx, de maneira concisa, objetiva e fiel ao seu pensamento. Para isso, iremos trabalhar detalhadamente o conceito marxiano relativo ao processo de trabalho (seção 1), para analisarmos, posteriormente, o processo de reprodução e acumulação capitalista (seção 2). Através do estudo desses conceitos, sob a ótica de Marx, poderemos extrair de sua obra, elementos para formular a concepção marxiana sobre o fenômeno do desemprego.

2 PROCESSO DE TRABALHO E ESTRUTURA DO CAPITAL

2.1 Processo de trabalho

Segundo Marx (1984), “[...] antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza” (MARX, 1984, p. 149).

O Homem se defronta com o seu meio como uma força natural. Ele faz uso de forças inerentes a sua corporalidade: braços, pernas, cabeça e mãos e as utiliza para transformar a matéria que o rodeia em algo útil para sua própria sobrevivência. Ao interagir com a Natureza, na busca de meios para seu sustento, o homem a transforma, pois desenvolve potencialidades nela adormecidas e passa a dominá-las.

Marx parte do pressuposto de que o trabalho existe numa forma que pertença unicamente ao homem.

Uma aranha executa operações semelhantes as do tecelão, e a abelha envergonha

mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colméias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e, portanto idealmente (MARX, 1984, p. 149).

O homem não realiza simplesmente um metabolismo com a Natureza, ou seja, um dispêndio específico de energia, mas, além disto, processa seu trabalho idealmente, distinguindo-se dos animais, sendo o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. Há uma transformação da matéria ao seu redor em valores de uso, mas há uma vontade orientada a um determinado fim, ou seja, há um objetivo ideal que, durante a execução do trabalho, irá orientar suas forças físicas e espirituais.

Um casaco, por exemplo, é um valor de uso que satisfaz uma necessidade humana. Para produzi-lo, é necessária uma atividade produtiva específica, que é determinada por seu fim, modo de operar, objeto, meios e resultado. Segundo Marx (1984), o trabalho cuja utilidade se representa no valor de uso de seu produto, ou cujo produto é um valor de uso, chama-se trabalho útil. Portanto, o valor de uso que contém cada mercadoria engloba determinada atividade produtiva voltada para um fim, ou trabalho útil.

O trabalho é uma condição de existência do homem, como criador de valores de uso, como trabalho útil, independente de todas as formas sociais, eterna necessidade natural de interação do gasto de forças do homem com a natureza. Os valores de uso são a ligação de dois elementos: a matéria existente na natureza e o trabalho propriamente dito.

Os elementos simples do processo de trabalho são: 1º a atividade orientada para um fim, ou o próprio trabalho; 2º o meio pelo qual se exerce; 3º o objeto em que se exerce o trabalho.

1º - A atividade pessoal do homem é um gasto de forças de que está dotado o seu corpo. O resultado desta atividade existe, antes do gasto de força, na imaginação humana, não sendo outra coisa senão o propósito para cuja realização ele aplica a sabedoria à sua vontade. O processo de trabalho, em seus elementos simples e abstratos, é uma atividade cujo objetivo é produzir valores de uso, uma utilização do natural para satisfazer necessidades humanas.

2º - O meio de trabalho é uma coisa ou um conjunto de coisas que o homem põe entre si e o objeto de seu trabalho para ajudar a sua ação. É o meio pelo qual o homem dá forma e consistência à coisa útil que ele criou idealmente. Ou seja, o instrumental de sua ação. Para alcançar o objeto, é preciso que o homem converta coisas exteriores em órgãos que, ao agregar aos seus, possuem o poder de transformar a matéria conforme suas necessidades. A

terra é o armazém primitivo dos seus meios de trabalho. Ela lhe subministra, por exemplo, a pedra de que se vale para construir, cortar, lançar, comprimir etc. Assim que o trabalho alcança algum desenvolvimento, por pequeno que seja, não pode prescindir de meios já trabalhados.

O que distingue uma época econômica de outra, o que mostra o desenvolvimento do trabalhador, não é tanto o que se fabrica, como a maneira de se fabricar, como os meios de trabalho os quais, com seu auxílio, se fabrica. Além das coisas que servem de instrumento, de auxiliares de ação do homem, os meios de trabalho compreendem, numa acepção mais alta, todas as condições materiais que, entram diretamente nas operações executadas, são, sem embargo, indispensáveis, ou cuja falta tornaria defeituoso o trabalho, como são os motores, oficinas, canais, estradas, etc.

Do seu ponto de vista, o processo de trabalho é apenas o consumo da mercadoria, força de trabalho por ele comprada, que só pode, no entanto, consumir ao acrescentar-lhe meios de produção. O processo de trabalho é um processo entre coisas que o capitalista comprou, entre coisas que lhe pertencem. O produto desse processo lhe pertence de modo inteiramente igual ao produto do processo de fermentação em sua adega (MARX, 1984, p. 154).

3º- Marx afirma que todas as coisas em que o trabalho rompe o elo direto com a terra, são objetos de trabalho preexistentes por natureza. Assim, o peixe que é pescado e retirado de seu elemento vital, a água, a madeira cortada na selva virgem, o mineral extraído de seu veio, são objetos de trabalho, por graça da Natureza. Chamamos de matéria-prima o próprio objeto de trabalho, depois de ter sofrido uma ação de algum meio de trabalho anterior. Por exemplo, o minério já retirado de seu veio, que agora será lavado.

Possuindo todo o objeto propriedades diversas e se prestando por elas a mais de uma aplicação, o mesmo produto é apto para formar a matéria-prima de diferentes operações. Assim, os grãos servem de matéria-prima ao moleiro, ao destilador, ao criador de gado, etc. e como sementes, servem de matéria-prima na sua própria produção.

Na mesma produção, o mesmo produto pode servir de meio de trabalho e de matéria-prima; na criação de gado, por exemplo, o animal, matéria trabalhada, funciona também como meio de trabalho para preparação do esterco.

Vê-se que o caráter do produto, de matéria-prima ou de meio de trabalho, depende, quando se trata de um valor de uso ou objeto útil, do lugar que ocupa no ato do trabalho, e ao mudar de lugar, muda de caráter.

No processo de trabalho, há um processamento de seus elementos materiais: seu objeto e seus meios, ou seja, o trabalho consome produtos para gerar produtos, ou os consome como meios de produção de produtos. Este fato, Marx chamou de “consumo produtivo”; distingue-se do que ele também denominou de “consumo individual”, pois ele consiste no consumo de produtos para a manutenção da própria vida do indivíduo. Por isso, o produto do consumo individual é o próprio consumidor. Já, o resultado do consumo produtivo é um produto distinto daquele que o consome.

O capitalista compra, no mercado, todos os elementos necessários para o processo de trabalho: meios de produção e força de trabalho. Ele escolhe os meios de produção e força de trabalho próprios para a realização de seu negócio. O capitalista torna-se consumidor de sua mercadoria, ou seja, a força de trabalho. Logo, ele faz com que o portador da força de trabalho, o trabalhador, consuma os meios de produção através de seu trabalho, de maneira que as matérias-primas não sejam desperdiçadas e que os meios de produção sejam empregados devidamente para os seus fins. É importante lembrar que a natureza do processo de trabalho não se altera devido ao fato de o trabalhador executá-lo para o capitalista. Porém, o processo de trabalho enquanto processo de consumo da força de trabalho pelo capitalista, possui características peculiares:

- O trabalhador exerce sua função sob o olhar cuidadoso do capitalista, a quem pertence sua força de trabalho.
- O objeto do processo de trabalho, ou seja, o produto, pertence ao capitalista e não, ao trabalhador.

2.2 Estrutura do capital – capital constante e capital variável

2.2.1 Valor simplesmente conservado e valor reproduzido e aumentado

A força de trabalho em atividade, o trabalho vivo, tem, pois, a propriedade de conservar o valor, adicionando valor. Se essa propriedade não custa nada ao trabalhador, produz muito ao capitalista, que lhe deve a conservação do valor atual do seu capital. Desaparece perfeitamente no momento das crises, das interrupções de trabalho, em que tem

que suportar as despesas de deterioração dos meios de produção de que se compõe o seu capital: matérias-primas, instrumentos, etc., que permanecem inativos.

Dizíamos que o valor dos meios de produção se conserva e não se reproduz, porque os objetos, nos quais existe em principio, não desaparecem senão para revestir nova forma útil, e o valor persiste sob as trocas de forma. O produzido é um novo objeto de utilidade em que continua aparecendo o antigo valor.

Enquanto o trabalho conserva e transmite ao produto o valor dos meios de produção, cria a cada instante um novo valor. Suponhamos que a produção cessara quando o trabalhador criou, deste modo, o equivalente do valor diário da sua própria força, quando adicionou ao produto, por meio de um trabalho de seis horas, um valor de R\$ 4.00. Esse valor substitui o dinheiro que o capitalista antecipa para a compra da força de trabalho e que o operário converte, em seguida, em subsistência. Porém, este valor, ao contrário do que assentamos a respeito do valor dos meios de produção, foi produzido em realidade; se um valor substitui outro é resultado de uma nova criação.

Sabemos já, sem embargo, que a duração do trabalho transpassa o limite em que o equivalente do valor da força de trabalho se acharia reproduzido e ligado ao objeto trabalhado. Em lugar de seis horas, que supusemos que bastariam para isso, a operação dura doze horas ou mais.

A força de trabalho em movimento, não reproduz só o seu próprio valor, mas produz também valor de mais. Esse sobrevalor forma o excedente do valor do produto sobre o de seus elementos constitutivos: os meios de produção e a força de trabalho.

Assim, pois, numa produção, a parte do capital que se transforma em meios de produção, isto é, em matérias-primas, materiais auxiliares ou instrumentos de trabalho, não muda, no ato da produção, a magnitude do seu valor. Por isso, é denominado parte constante do capital ou simplesmente *capital constante* (*C*).

Ao contrário, a parte do capital transformada em força de trabalho, muda o valor numa nova produção e pelo próprio fato dessa produção. Reproduz primeiro o seu próprio valor e, além disso, produz um excedente, um sobrevalor maior ou menor. Esta parte do capital, de magnitude alterável, denomina-se parte variável do capital ou simplesmente *capital variável* (*Cv*).

Temos assim, no objeto e meios do processo de trabalho, os elementos constitutivos do capital constante. E na atividade do homem, ou seja, na força de trabalho propriamente dita, os elementos que formam esta parte variável do capital, ou seja, capital variável. Vemos como Marx descreve, pacientemente, todo o processo de trabalho e desmembra todos os seus

elementos e peculiaridades próprias para formar a base de sua análise da acumulação capitalista, na qual no próximo capítulo, detalharemos e analisaremos uma das suas consequências: o desemprego.

3 ACUMULAÇÃO E DESEMPREGO

3.1 O processo de produção e reprodução do capital

A transformação de um determinado montante de dinheiro em meios de produção e em força de trabalho, que é a primeira manifestação do movimento do valor destinado a funcionar como capital, tem lugar no mercado, dentro do domínio da circulação. A este movimento chamamos de Capital-dinheiro. O ato de produção, segunda manifestação do movimento, termina, enquanto os meios de produção se transformam em mercadorias, cujo valor é maior que o dos elementos que contribuíram para formá-las; isto é, contém uma valia a mais do capital adiantado. Este movimento denomina-se de Capital produtivo. E por fim, quando as mercadorias são postas em circulação, sendo necessário vendê-las, realizar o seu valor em dinheiro para depois, transformar de novo este dinheiro em capital e assim sucessivamente. A essa fase da circulação do capital chamamos de Capital-mercadoria. E todo este ciclo de metamorfoses do capital é o que constitui a Circulação do Capital.

A primeira condição da acumulação é a de que o capitalista consiga vender suas mercadorias e volte a transformar em capital a maior parte do dinheiro assim obtido. É necessário que o capital tenha circulado com regularidade, e suponhamos que assim tenha sido, com efeito.

O capitalista que produz a mais valia, isto é, que apropria diretamente ao trabalhador, através do trabalho não pago, extrai primeiro, porém não como lucro industrial, juros, lucro comercial, renda agrícola, etc. Esta participação não muda a natureza da mais valia nem as condições pelas quais se converte em origem da acumulação. Qualquer que seja a parte da mais valia que o capitalista empresário retenha para si, ele é sempre o primeiro o qual dela se apropria por completo e único a transformá-la em capital; podemos, pois, considerar o capital como representante de todos os que repartem o bolo. A acumulação ocorre de fato, quando o capitalista consegue vender a mercadoria fabricada e transforma o dinheiro recebido em capital. Vamos encarar a acumulação, a priori, de um ponto de vista abstrato, como um fato peculiar do processo de produção.

O movimento intermediário da circulação e a divisão da mais valia em varias partes,

revestem formas diversas, que complicam e obscurecem o ato fundamental da acumulação. Assim, pois, e a fim de simplificar a sua análise, é necessário estudar a acumulação sob o ponto de vista da produção.

O processo de produção engloba a produção dos meios de subsistência e meios de produção, e seja qual for a sua forma social, deve ser contínua. Uma sociedade não pode deixar de produzir, é obrigada a transformar continuamente uma parte de seus produtos em meios de produção, em elementos de novos produtos. O processo de produção deve suprir as necessidades dos consumos individuais e produtivos de toda a sociedade, independente de sua forma social.

As condições da produção são simultaneamente as da reprodução. Nenhuma sociedade pode produzir continuamente, isto é, reproduzir, sem reconverter, de maneira constante, parte de seus produtos em meios de produção ou elementos da produção nova (MARX, 1987, p. 659).

Para manter a sua riqueza à mesma altura, em iguais circunstâncias, necessita de substituir os meios de trabalho, as matérias-primas, as matérias auxiliares, numa palavra, os meios de produção consumidos, por exemplo, durante um ano, por idêntica quantidade anual de artigos da mesma espécie, ou, de outra forma, é necessário que haja reprodução da riqueza. Se a produção afeta a forma capitalista, de igual forma afetará a reprodução. Debaixo do primeiro ponto de vista, o ato de trabalho serve então de auxiliar para criar mais valia; sob o segundo, serve de meio de reproduzir ou perpetuar capital, isto é, como valor produz valor. "Se a produção tem a forma capitalista, também a terá a reprodução" (Marx, 1987, p. 660).

Enfim, dado que a sociedade, para se manter, não pode deixar de consumir, logo de produzir, o processo de produção é, ao mesmo tempo, processo de reprodução. Assim, devem-se reproduzir as condições de produção que são, no modo capitalista de produção: os meios de produção ($Mp = C$), a força de trabalho ($Ft = Cv$) e o caráter capitalista da relação social (de um lado, a classe capitalista; de outro, a trabalhadora).

3.1.1 Reprodução simples

Seja o seguinte exemplo numérico: Sendo C_0 = Capital Inicial; C = Capital Constante, e v = capital variável; m = mais valia. Supondo uma taxa de mais valia (m') = 100% , temos:

$$C_0 = 40c + 60v \rightarrow 60m$$

$$C_1 = 40c + 60v + 60m$$

Supondo que 60m sejam consumidos pela classe capitalista, então, o montante de C permanece o mesmo ($40c+60v$)→ Reprodução Simples. Ou seja,

“Se o capitalista só utiliza esse rendimento para consumo, gastando-o no mesmo período em que o ganha, ocorrerá então, não se alterando as demais circunstâncias, reprodução simples” (MARX, 1987, p. 660)

No processo de reprodução simples, não temos alteração de escala, ou seja, a mais valia gerada é consumida pela classe capitalista, o capital continuará funcionando sem aumentar.

3.1.2 Reprodução ampliada

Seja o seguinte exemplo numérico: C_0 = capital inicial; c = capital constante, v = capital variável e m = mais valia. Supondo uma taxa de mais valia (m') = 100% e, sendo a composição orgânica do capital (q) igual a $q=c/v$. $c= 1/3$ e $v= 2/3$.

$$C_0 = 40c + 60v \rightarrow 60m$$

$$C_i = 40c + 60v + 20c + 40v$$

$$C_i = 60c + 100v$$

Uma vez que m se converteu em Δc e Δv , ou seja, em capital constante adicional e capital variável adicional, então temos a reprodução ampliada. Quando a mais valia é consumida parcialmente ou totalmente para comprar meios de produção e força de trabalho adicionais, ampliando a escala, a reprodução é ampliada.

Para acumular, é necessário transformar parte do produto excedente em capital. Mas, sem fazer milagres, só se pode transformar em capital coisas que são aplicáveis no processo de trabalho, isto é, meios de produção, e coisas das quais o trabalhador precisa para manter-se, isto é, meios de subsistência. Em consequência, parte do trabalho anual excedente tem de ser transformado para produzir meios adicionais de produção e de subsistência acima da quantidade necessária para substituir o capital adiantado. Em suma, a mais valia só pode ser transformada em capital porque o produto excedente, do qual é o valor, já contém os elementos materiais de um novo capital (MARX, 1987, p. 676).

A reprodução ampliada é a tendência histórica do capitalismo. A acumulação do capital é o processo de reprodução ampliada, ou seja, é a transformação da mais valia em capital. De forma concreta, a acumulação reduz-se à reprodução do capital em escala

progressiva.

3.2 A transformação do capital em mais valia

Na primeira seção, percorremos detalhadamente todo o conceito relativo ao processo de trabalho, e segundo a análise de Marx, o dinheiro transforma-se em capital, via termos absolutos, devido ao prolongamento da jornada de trabalho, além do tempo de trabalho necessário para a subsistência do vendedor da força de trabalho. “O trabalhador encontra, por isso, na oficina, os meios de produção necessários não para um processo de trabalho de 6 horas, mas de 12” (MARX, 1984, p. 160). O capital constante subministra à força de trabalho os meios de se materializar, meios cujo valor, reaparecendo somente, é igual antes e depois do ato da produção; por outro lado, o capital variável, que, antes da produção, equivale ao preço da compra da força de trabalho, e depois é igual a este valor, reproduzindo com um aumento maior ou menor. Resultando a mais valia do aumento que experimenta o capital variável, é evidente que a relação da mais valia com o capital variável, determina a proporção em que tem lugar esse aumento. Analisaremos agora os meios e as formas em que a mais valia é gerada, durante o processo de produção capitalista, e por consequência, a acumulação.

3.2.1 Mais valia absoluta

“Partimos do pressuposto de que a força de trabalho seja comprada e vendida pelo seu valor. Seu valor, como de qualquer outra mercadoria, é determinado pelo tempo de trabalho necessário para a sua produção” (MARX, 1984, p. 187).

A produção dos meios necessários para a manutenção da vida do trabalhador exige 6 horas diárias, e esse tempo de trabalho destinado para a produção de meios de subsistência. Então, denomina-se tempo de trabalho necessário que é igual ao trabalho necessário. Seja a linha A_____B a representação do tempo de trabalho necessário (6 horas). O prolongamento da jornada de trabalho, além do tempo de trabalho necessário, torna-se trabalho excedente, que é igual ao tempo de trabalho excedente.

Assim temos:

m = trabalho necessário.

T_{tn} = tempo de trabalho necessário.

t_e = trabalho excedente.

T_{te} = tempo de trabalho excedente.

$A_{tn}=T_{tn}$ _____ $B_{te}=T_{te}$ _____ C

No intervalo de B a C, temos a mais valia absoluta, gerada a partir do tempo de trabalho excedente ao tempo de trabalho necessário, para a sobrevivência do trabalhador.

3.2.2 Mais valia relativa

Consideramos até aqui a parte da jornada de trabalho, durante a qual o operário substitui o valor que o capitalista lhe paga, como uma duração fixa, o que na realidade, é em condições de produção invariáveis. Passando dessa duração fixa, desse tempo necessário, o trabalho podia prolongar-se mais ou menos horas e, segundo a magnitude dessa prolongação, variam o tipo de mais valia e duração total da jornada. Assim, o tempo de trabalho necessário era fixo e a jornada inteira de trabalho, invariável.

Suponhamos agora uma jornada inteira de trabalho A _____ B _____ C de limite determinado, por exemplo, uma jornada de doze horas. A mais valia e o trabalho necessário, considerados em conjunto, não excedem doze horas. Nessas condições, como aumentar a mais valia? Só há um meio: encurtar o tempo de trabalho necessário e aumentar, em igual proporção, a parte das doze horas consagradas a mais valia. Desse modo, uma parte do tempo que empregava o operário, na realidade para si próprio, se converterá em tempo de trabalho para o capitalista. O limite da jornada não variará, só mudará a sua divisão em trabalho necessário e mais valia.

Sendo assim, temos:

A _____ B' _____ B_0 _____ C

Tempo de trabalho necessário inicial $\rightarrow AB_0$.

Tempo de trabalho excedente inicial $\rightarrow B_0C$.

Tempo de trabalho necessário final $\rightarrow AB'$.

Tempo de trabalho excedente final $\rightarrow B'C$.

Mais valia relativa $\rightarrow B'B_0$.

Como é possível a mais valia relativa? Como se reduz o tempo de trabalho necessário?

A mais valia relativa só é possível via um aumento da força produtiva, ou seja, da produtividade do trabalho. Isso se dá apenas, através de uma mudança nos seus processos que abrevie o tempo atualmente necessário por termo médio, para a produção de uma mercadoria, de forma tal que uma quantidade menor de trabalho adquira a faculdade de produzir mais objetos úteis. O tempo de trabalho necessário é igual ao valor dos meios de consumo. Se há um aumento na produtividade, logo ocorrerá uma queda no valor das mercadorias. A elevação da produtividade ocasiona um declínio no valor dos meios de consumo. Dado que o valor dos meios de consumo é igual ao tempo de trabalho necessário, temos assim, o ciclo que viabiliza a formação da mais valia relativa. Quanto ao setor produtivo dos meios de produção, o aumento da produtividade gera uma diminuição do valor dos produtos gerados neste segmento da economia. Ele, por sua vez, afeta o setor produtor de meios de consumo, pois, durante o processo de trabalho, uma menor quantidade de valor será transferida às mercadorias, tendo em vista a diminuição do valor dos meios de produção. Esse desenvolvimento, no regime capitalista, tem por resultado diminuir o tempo da jornada em que o operário trabalha para si próprio, e prolongar, por consequência, aquele em que o operário trabalha “grátis” para o capitalista. Das consequências deste fenômeno e seu desenvolvimento, trataremos mais detalhadamente, quando analisarmos o processo de desemprego.

3.2.3 A mais valia extra

Portanto, o processo inteiro só afeta finalmente a taxa geral de mais valia se o aumento da força produtiva do trabalho atingiu ramos de produção, portanto barateou mercadorias, que entram no círculo dos meios de subsistência necessários e consequentemente constituem elementos do valor da força de trabalho (MARX, 1987, p. 253).

O processo da mais valia extra se dá como consequência da formação da mais valia relativa. O capitalista que transforma seu modo de produção, aperfeiçoando-o, ou seja, tornando-o mais produtivo; extrai mais valia relativa sobre a redução do tempo de trabalho necessário. Num primeiro momento, esse capitalista o faz individualmente, adquirindo então uma mais valia extra, em relação aos demais capitalistas. Mas, essa mais valia irá desaparecer, assim que o novo processo de produção se generalize. O fato é que esse capitalista, que se apropria da mais valia extra, consegue vender suas mercadorias, abaixo de seu valor social. Logo, os demais capitalistas tendem a se convergirem para o novo modo de produção; como

uma lei coerciva da concorrência.

4 O PROCESSO DE ACUMULAÇÃO CAPITALISTA

4.1 Composição do capital

Vamos agora, tratar da influência que o acréscimo do capital exerce na sorte da classe operária. O elemento mais importante para a solução deste problema é a composição do capital e as mudanças que ele experimenta com o progresso da acumulação.

A composição do capital pode ser considerada debaixo de um duplo ponto de vista. Com relação ao valor, acha-se determinada pela forma com que o capital se divide: meios de produção e objeto do trabalho em capital constante e força de trabalho em parte variável ou capital variável. Segundo Marx (1984) o capital assume formas, durante o processo de trabalho. A forma determina, ou seja, imputa uma característica, uma qualidade ao conteúdo, de modo que forma-e-conteúdo constitui o ser de algo. Na primeira seção desta pesquisa, analisamos esta forma que o capital assume, e assim sendo temos:

MP = meios de produção.

FT = força de trabalho.

MP → capital constante.

FT → capital variável.

4.1.2 Composição técnica

Do ponto de vista da matéria que funciona no processo de produção, todo capital se decompõe em meios de produção e força de trabalho viva; essa composição é determinada pela relação entre a massa dos meios de produção empregados e a quantidade de trabalho necessária para eles serem empregados (MARX, 1987, p. 712).

Podemos expressar a composição técnica do capital da seguinte forma:

Composição técnica = massa dos meios de produção/massa da ft (força de trabalho).

Com a composição técnica, temos as partes materiais do capital, conforme já fora citado no item 1 deste artigo. No processo da acumulação, não há somente aumento quantitativo dos diversos elementos do capital; o desenvolvimento das potências produtivas,

que este progresso traz. Manifesta-se ainda por trocas qualificativas na composição técnica do capital: a massa dos meios de produção, maquinismo e materiais, aumentam cada vez mais, em comparação com a quantidade de força obreira necessária, para fazê-los funcionar.

4.1.3 Composição em valor

“Do ponto de vista do valor, é determinada pela proporção em que o capital se divide em constante, o valor dos meios de produção e variável, o valor da força de trabalho, a soma global dos salários” (MARX, 1987, p. 712).

Podemos representar a composição em valor da seguinte forma:

$$\rightarrow \text{Composição em valor} = \frac{\text{capital constante}}{\text{capital variável}} = \frac{C}{V}$$

4.1.4 Composição orgânica do capital

Há estreita correlação entre ambas. Para expressá-la, chamo a composição do capital segundo o valor, na medida em que determinada pela composição técnica e reflete as modificações desta, de composição orgânica do capital. Ao falar simplesmente de composição do capital, estaremos sempre nos referindo à sua composição orgânica (MARX, 1987, p. 713).

A composição orgânica do capital reflete as interações entre a composição técnica, através das mudanças ocorridas na quantidade de meios de produção e de força de trabalho, e a composição em valor, que reflete em que proporção o capital se divide em constante e variável. Temos a formação de um “organismo”, uma interação entre as partes elementares do capital.

O processo de acumulação dar-se-á mediante as alterações orgânicas do capital. Se não modificarmos a composição do capital (composição orgânica), ou seja, se determinada massa de meios de produção (capital constante) exigir sempre a mesma quantidade de força de trabalho (capital variável) para se reproduzir, a cada ano, o montante da mais valia gerado por esse capital retornará ao montante inicial. Isso vai gerar um acréscimo proporcional sobre

o capital constante e variável, ocorrendo, então, aumento nos postos de trabalho e consequente alta nos salários.

Com efeito, não esqueçamos que a lei absoluta do sistema de produção capitalista é fabricar mais valia. O que se propõe o comprador da força obreira é se enriquecer, fazendo valer o seu capital, produzindo mercadorias as quais contêm mais trabalho do que paga por elas, e com sua venda realiza, portanto, uma porção de valor a qual nada lhe custou, sejam quais forem as condições da venda da força de trabalho gratuito. O aumento do salário não indica, pois, senão uma diminuição relativa do trabalho gratuito que o operário deve proporcionar sempre. Porém, essa diminuição não chegará nunca a ser tal que ponha em perigo o sistema capitalista.

Assim, o mecanismo da produção capitalista vence, por si só, o obstáculo que pode chegar a criar, ainda dado o caso de que não varie a composição do capital. Mas, o ponto de partida para a acumulação do capital consiste nas alterações de sua composição orgânica.

5 ACUMULAÇÃO, COMPOSIÇÃO DO CAPITAL E PRODUTIVIDADE

Até agora, tratamos dos principais conceitos e estrutura do processo de reprodução do capital, e sua consequente acumulação. Fizemos uma exposição fiel ao pensamento de Marx, desde o processo de trabalho, propriamente dito, ou seja, da interação do homem com a Natureza, na qual o mesmo retira os meios necessários para a sua subsistência e a forma (característica, qualidade) que o capital assume, durante o ciclo da reprodução capitalista.

A acumulação do capital é igual à reprodução ampliada pois, através da reprodução ampliada, temos capital constante e capital variável adicionais agregados ao montante do capital inicial, alterando assim, a escala produtiva. Como analisamos no item 3.1.2, a reprodução ampliada será formada através da alteração da composição orgânica do capital, ou seja, ocorre uma redução relativa da parte variável do capital (capital variável), e consequente aumento da parte constante do capital (capital constante). Essa alteração se torna possível, graças à diminuição do tempo de trabalho necessário, que é a formação da mais valia relativa (item 3.2.2.). Essa forma de mais valia somente será possível via um aumento na produtividade, porque um montante maior de meios de produção será transformado em

mercadorias, demandando um menor montante de capital variável, ou seja, força de trabalho.

O aumento da produtividade promove uma elevação da composição do capital, e em consequência, o aumento da mais valia. O aumento da mais valia proporciona uma elevação do nível da acumulação, uma vez que a mesma será consumida para a aquisição de capital constante e capital variável adicionais, proporcionando o processo de acumulação capitalista.

Podemos representar essa relação da seguinte forma:

$$P \uparrow (\Rightarrow q \uparrow) = M \uparrow$$

$$M = \Delta C + \Delta V$$

Sendo assim, a acumulação do capital é a aplicação de mais valia como capital ou a conversão de mais valia em capital. Considerando concretamente, a acumulação se reduz à reprodução do capital em escala progressiva.

5.1 A formação de uma superpopulação relativa

O capital adicional formado no curso da acumulação atrai, relativamente à sua grandeza, cada vez menos trabalhadores. E o velho capital periodicamente reproduzido com nova composição repele, cada vez mais, trabalhadores que antes empregava (MARX, 1987, p. 730).

Seja o seguinte exemplo numérico:

Supondo uma taxa de mais valia (m') de 100%.

$$C = 3000c + 3000v = 6000 \text{ dado que } q = \frac{c}{v} \longrightarrow \frac{0.5}{0.5}.$$

q = composição orgânica do capital.

Como podemos observar, sendo constantes a massa de meios de produção em relação à força de trabalho, não temos alterações na escala produtiva. Enfim, não houve um processo de acumulação (reprodução ampliada).

O aumento de valor dos meios de produção indica apenas, ligeiramente, o aumento muito mais rápido e mais considerável da sua massa; a razão disso é que esse mesmo progresso das potências do trabalho, que se manifesta pelo aumento da maquinaria e dos

materiais postos em atividade com auxílio de uma menor quantidade de trabalho, faz diminuir o valor da maior parte dos produtos, e principalmente, aqueles dos que funcionam com meios de produção. O seu valor não se eleva tanto, como a sua massa.

Mas, dado que, numa época mais adiantada, se empregará 80% do valor-capital em meios produtivos e outros 20%, em força de trabalho, e que o capital total crescerá três vezes, em relação ao capital inicial, teremos a seguinte composição do capital:

$$C = 14400c + 3600v = 18000 \text{ dado que } q = \frac{c}{v} \longrightarrow \frac{0.8}{0.2}.$$

Notamos que houve ganho de escala, ou seja, tivemos a produção de capital constante e capital variável adicionais, ao diminuir o capital variável relativamente, ao capital constante. Tivemos um crescimento do montante do capital constante, com o aumento da produtividade. Porém, para ter um crescimento proporcional da parte variável do capital, em relação à parte constante, terá que ocorrer um aumento considerável do capital inicial.

Achando-se regida a procura de trabalho, não somente pela quantidade de capital variável posto já em atividade, mas também pelo termo médio do seu aumento contínuo, a oferta de trabalho, no entanto, continua sendo normal ao seguir este movimento. Mas, quando o capital variável chega a um termo médio de aumento inferior, a mesma oferta de trabalho, que até então era normal, torna-se superabundante. Assim, uma parte mais ou menos considerável da classe assalariada, deixando de ser necessária para por em atividade o capital, é então supérflua, supranumerária. Como semelhante fato se repete com o progresso da acumulação, a qual arrasta após si um excesso de população que vai, continuamente em aumento.

O progresso da acumulação e o movimento que a acompanha, de diminuição proporcional do capital variável e de diminuição correspondente na procura relativa de trabalho, os quais, como acabamos de ver, dão em resultado o aumento efetivo do capital variável e da procura do trabalho numa proporção decrescente. Eles tendem, finalmente, por completo, à criação de um excesso de população relativa. É chamada “relativa” porque provém, não de um aumento real da população operária, mas sim, da situação do capital social, que lhe permite prescindir de uma parte mais ou menos considerável dos seus operários.

Se a acumulação, o progresso da riqueza sobre a base capitalista, cria necessariamente, um excesso de população operária, ela se converte, por sua vez, em auxiliar mais poderoso da acumulação, numa condição de existência da produção capitalista, no seu estado de completo

desenvolvimento. Esta “sobra” de população, Marx denominou de exército industrial de reserva, porque essa população está a “serviço” do capitalista, como se ele a tivesse educado, disciplinado. Essa massa humana está sempre disponível para atender as necessidades do capital, independentemente do aumento natural da população.

Vimos que as alterações orgânicas do capital são essenciais para o processo de acumulação e que a redução relativa do capital variável, é condição *sine qua non* para o aumento de escala no sistema produtivo capitalista. Daí chegamos à conclusão de que o desemprego está inerente ao processo de acumulação capitalista que assume formas e exerce funções próprias. Trataremos desses assuntos mais adiante.

5.2 Formas diversas da superpopulação relativa

Por mais que o excesso relativo de população apresente matizes que variam até o infinito, distinguem-se, sem embargo, algumas grandes categorias: a forma flutuante, latente e estagnada.

Os centros da indústria moderna, oficinas mecânicas, manufaturas, fundições, minas etc. não cessam de atrair e de repelir, alternativamente, os trabalhadores; porém, em geral, concluem por atrair mais do que repelem, de sorte que o número de operários explorados vai aumentando, ainda que diminua, proporcionalmente, na escala da proporção. O excesso de população existe ali, no estado flutuante.

Desde quando a produção capitalista se apodera da agricultura e nela introduz o emprego de máquinas, a procura de trabalho diminui efetivamente à medida que o capital se acumula neste ramo; uma parte da população se encontra sempre pronta a se transformar em população urbana e manufatureira. Para que a população dos campos se dirija, como faz, às cidades, é preciso que, nos próprios campos, haja um excesso de população latente, cuja extensão não se deixa ver senão no momento em que a emigração dos campos às cidades tem lugar, em grande escala.

A terceira categoria do excesso relativo de população, a estagnada, pertence ao exército industrial ativo.

Porém, ao mesmo tempo, a extrema irregularidade das suas ocupações faz dele um depósito inesgotável de forças disponíveis. Acostumado à miséria crônica, às condições de existência completamente incertas e, vergonhosamente, inferiores ao nível ordinário da classe operária, converte-se em extensa base de ramos especiais de exploração, nos quais o tempo de trabalho chega ao máximo e o tipo de salário, ao seu mínimo.

5.3 As funções do desemprego para o sistema de acumulação capitalista

Como vimos anteriormente, o desemprego não somente é inerente ao processo de acumulação capitalista, como também possui formas peculiares e tem funções próprias que são:

1ª - Reserva de mão de obra

Mas a verdade é que a acumulação capitalista sempre produz, e na proporção da sua energia e de sua extensão, uma população trabalhadora supérflua relativamente, isto é, que ultrapassa as necessidades médias da expansão do capital, tornando-se, desse modo, excedente (MARX, 1987, p. 731).

O excesso de mão-de-obra gerado a partir das transformações orgânicas do capital, inexoravelmente, irá produzir uma reserva de mão-de-obra, para atender as necessidades do capital, em seus ciclos de desenvolvimento. Temos assim uma funcionalidade específica da superpopulação relativa (desempregados).

Ao produzir a acumulação do capital, e à medida que o consegue, a classe assalariada produz pois, os instrumentos da sua anulação ou da sua transformação em excesso de população relativa. Tal é a lei de população a qual distingue a época capitalista e correspondente ao seu sistema social, tem a sua lei de população adequada, lei que só a ele se aplica, que passa com ele e não tem, por consequência, mais que um valor histórico.

2ª - Regulador de salários

“Em seu conjunto, os movimentos gerais dos salários se regulam exclusivamente pela extensão e contração do exército industrial de reserva, correspondentes às mudanças periódicas do ciclo industrial” (MARX, 1984, p. 739).

Neste trecho, Marx afirma claramente uma das funções que a superpopulação relativa exerce sobre o nível geral dos salários. É um poderoso instrumental de uso capitalista, como regulador dos salários. O excesso de trabalho imposto à parte da classe assalariada que se acha em serviço ativo, aos ocupados, engrossa as filas dos desocupados, da reserva, e a competição desses últimos, que procuram naturalmente colocação, contra os primeiros, exerce

sobre eles uma pressão que os obriga a suportar mais docilmente, os mandatos do capital.

5.4 Desemprego

Vimos que o desemprego é um fato inerente ao processo de acumulação capitalista. Ele exerce funções: controlador de salários e reserva de mão-de-obra e formas específicas: flutuante, latente e estagnada.

O processo de acumulação capitalista surge quando a mais valia é aplicada como capital constante e capital variável adicionais. Assim, a acumulação do capital se reduz à reprodução do capital, em escala progressiva. Para que esse incremento na escala produtiva seja dado, é preciso que haja alterações da composição orgânica do capital. Somente através da diminuição relativa da parte variável do capital, em relação a sua parte constante, o modo de produção capitalista é capaz de gerar a mais-valia relativa, que está condicionada à diminuição do tempo de trabalho necessário. Este intervalo do processo de trabalho será diminuído, através do aumento da produtividade. Na economia, podemos perceber que o aumento da produtividade gera uma queda no valor das mercadorias, impactando assim, o setor produtor de meios de consumo.

O desenvolvimento dos meios de produção, e da produtividade do trabalho é maior em relação ao crescimento da população produtiva (força de trabalho), porém numa relação inversa, no modo de produção capitalista. Assim, a classe trabalhadora cresce sempre mais que a capacidade do capital de empregar os acréscimos desta população.

“Graças ao progresso da produtividade do trabalho social, quantidade sempre crescente de meios de produção pode ser mobilizada com dispêndio progressivamente menor de força humana” (MARX, 1987, p. 748).

Segundo Marx (1984), este enunciado é uma lei na sociedade capitalista, na qual “o instrumental de trabalho emprega o trabalhador e não ele emprega o instrumental” (MARX, 1987, p. 748). Diante disso, temos a seguinte relação de que quanto maior a produtividade do trabalho, maior será o impacto sobre os meios de emprego, tornando-os precários.

Ao analisar a formação da mais valia relativa, vimos que o caminho para que aumente a produtividade do trabalho coletivo passa pela exploração do trabalho individual. Logo, “[...] todos os métodos para produzir mais valia são, ao mesmo tempo, métodos de acumular, e todo aumento da acumulação torna-se, reciprocamente, meio de desenvolver aqueles métodos” (MARX, 1984, p. 748). Temos assim, uma relação danosa para a classe trabalhadora, pois o desenvolvimento destes “métodos” está relacionado com um grau maior

de exploração sobre o trabalho individual, com conseqüente aumento da produtividade.

A pior conseqüência desse processo, segundo Marx, é o pauperismo da classe trabalhadora. Marx dedica longas páginas, no capítulo de número XXIII intitulado: “A Lei Geral da Acumulação Capitalista” na qual “à medida em que se acumula o capital, tende a piorar a situação do trabalhador, suba ou desça sua remuneração”. (MARX, 1987, p. 749).

A lei que mantém a superpopulação relativa ou o exército industrial de reserva no nível adequado ao incremento e à energia da acumulação acorrenta o trabalhador ao capital mais firmemente do que os grilhões de Vulcano acorrentavam Prometeu ao Cáucaso. Determina uma acumulação de miséria correspondente à acumulação de capital. Acumulação de riqueza num pólo é ao mesmo tempo acumulação de miséria, de trabalho atormentante, de escravatura, ignorância, brutalização e degradação moral, no pólo oposto, constituído pela classe cujo produto vira capital (MARX, 1984, p. 749).

Enfim, o desemprego está incluso no processo de acumulação capitalista. É uma conseqüência natural deste processo. Portanto, o mesmo não pode ser analisado como apenas um fato isolado, durante os ciclos do capital, sejam ascendentes ou descendentes. O mesmo estará presente em ambos, em maior ou menor intensidade, conforme as necessidades deste capital para se reproduzir.

Marx rompeu definitivamente com a tradição clássica, e lançou as bases para uma nova análise econômica. Na teoria clássica, as alterações dos métodos produtivos são tratadas como descobertas, invenções fortuitas, que “infelizmente” geram o desemprego; até que os novos métodos se reproduzam em toda sociedade, aumentando a demanda e retornando o nível de emprego a novos patamares. Na teoria de Marx, estas transformações do processo produtivo são condições essenciais para o processo de acumulação. Devido a este desenvolvimento dos meios de produção, ou seja, a esta alteração orgânica da composição do capital, temos a superpopulação relativa, e somente através desta reserva de mão-de-obra, temos a formação da mais valia e da classe que dela depende.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, ocorre no processo de trabalho uma interação do homem com a Natureza. Sendo o homem um ser natural, ele interage com a natureza, retirando dela os meios necessários para sua sobrevivência.

Marx denominou a parte constante do capital, ou seja, o objeto de trabalho e os meios de produção de capital constante. E a parte variável do capital, ou seja, a força de trabalho de capital variável, pois ela altera sua magnitude durante o processo, gera capital adicional ao

processo.

A formação do capital surge em termos absolutos, a partir do prolongamento da jornada de trabalho, além do tempo de trabalho necessário, ou seja, além do trabalho necessário para que o trabalhador obtenha o equivalente ao valor dos meios necessários para sua sobrevivência, ao vender sua força de trabalho.

O processo de produção abrange a produção dos meios de subsistência e meios de produção, atendendo, seja qual for a sua forma social, a necessidade de consumo individual e produtivo. Mas, dado que a sociedade não pode parar de consumir e, logo, também de produzir, o processo de produção é, ao mesmo tempo, processo de reprodução. Assim, devem-se periodicamente, repor as condições de produção que são no capitalismo: os meios de produção ($MP=C$), a força de trabalho ($Ft=V$) e o caráter capitalista da relação social (de um lado a classe capitalista; de outro, a trabalhadora).

A transformação do capital em mais valia ocorre sob três formas: mais valia absoluta, mais valia relativa e mais valia extra.

A acumulação do capital é igual à reprodução ampliada, pois através dela temos: capital constante e capital variável adicionais agregados ao montante do capital inicial, alterando desta forma a escala produtiva. Sendo assim, a acumulação do capital é a aplicação de mais valia como capital ou a conversão de mais valia em capital. Considerando concretamente, a acumulação se reduz à reprodução do capital em escala progressiva.

Por mais que o excesso relativo de população apresente matizes que variam até o infinito, distinguem-se, sem embargo, algumas grandes categorias: a forma flutuante, latente e estagnada.

O desemprego não somente é inerente ao processo de acumulação capitalista, como também possui formas peculiares e terá funções próprias que são: reserva de mão-de-obra e regulador de salários.

Diante de toda a análise de Marx sobre o processo de trabalho e a lei de acumulação capitalista, vimos que o desemprego é fato no modo de produção capitalista. É uma consequência inexorável das alterações orgânicas do capital. Sem as transformações do capital é impossível o aumento da produtividade e conseqüentemente, da redução do capital variável em relação ao capital constante. O desemprego não é somente uma consequência inerente ao processo, como também exerce funções e assume formas.

O fenômeno do desemprego é um tema atualíssimo e, como podemos perceber, a análise de Marx é atual em relação ao fato. Como característica própria do sistema, ele se verifica fortemente em nossa economia, e o mesmo está presente em todas as economias

mundiais, sejam de países desenvolvidos ou em economias em desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

EATON, John. **Manual de política econômica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução: Conceição Jardim e Eduardo Lúcio. Lisboa: Presença, 1975.

KEYNES, J.M. **A teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro**. São Paulo: Abril Cultural, [1936] 1983.

MARX, Karl. **O capital** vol. 1 tomo 1 e 2, 2. ed. Tradução: Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1984.

MARX, Karl. **O capital** vol. 1 tomo 1 e 2, 3. ed. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. São Paulo: Civilização Brasileira, 1987.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Os Economistas)

SWEEZY, Paul M. **Teoria do desenvolvimento capitalista**. 3. ed. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

**A DEFINITIVIDADE DA DECISÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
TRIBUTÁRIO – NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO**

**THE FINAL DECISION ON THE TAX ADMINISTRATIVE PROCEDURE – FROM
THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTION PROCESS**

Felipe Lobato Carvalho Mitre¹

RESUMO

O presente tema é sobre a definitividade das decisões oriundas procedimento administrativo tributário. É recorrente o debate se quando exaurido o procedimento administrativo, poderia ocorrer a revisão da decisão administrativa no âmbito judicial, principalmente, naqueles casos que a fazenda pública sagra-se vencida. Para tanto, perpassa a crítica teórica sobre o procedimento, para que a constituição do crédito tributário seja compatível com os ditames constitucionais do processo, com destaque para o fundamento democrático. E assim, compreender sobre a definitividade da decisão no âmbito administrativo, a partir de bases esclarecidas, que permitam conclusões compatíveis ao paradigma atual.

Palavras-chave: Tributário. Procedimento. Administrativo. Definitividade. Decisão.

ABSTRACT

This theme is about the final decisions from administrative tax procedure. Is applicant the debate when exhausted the administrative procedure could occur the review of the administrative decision under judicial, mainly in those cases that the public administration reach unsuccessful. To this end, theoretical criticism about pervades procedure, for which the constitution of the tax credit is compatible with the dictates of the constitutional process, with emphasis on the democratic basis. And so, to understand about the final decision in administration, from bases clarified, enabling conclusions compatible to the current paradigm.

Keywords: Tax. Procedure. Administrative. Final decision. Decision.

¹ Advogado e Professor nos cursos de Graduação e Pós Graduação em Direito. Mestre em Direito Público e pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual.

1 Introdução

O tema em questão debate sobre a definitividade da decisão advinda do procedimento administrativo tributário, com intuito de esclarecer sobre a possibilidade de revisão no âmbito do Judiciário.

Para tanto, é necessário abordar sobre o aspecto primordial, que é o lançamento do crédito tributário, principalmente, na sua modalidade lançamento de ofício. E, com efeito, imprescindível analisar sobre o procedimento administrativo tributário, que proporcionará em exercício do devido processo, a participação do interessado.

A formação do crédito tributário é tema corrente na disciplina Direito Tributário, sendo abordada como exercício da legalidade pela Administração Pública. É sistemática, reiterada a menção que a constituição do crédito tributário é pelo lançamento, sendo este uma espécie de ato administrativo, mais especificamente um ato administrativo vinculado.

Entretanto, o presente trabalho tem como escopo esclarecer a base teórica envolvendo o procedimento administrativo tributário, a partir do reconhecimento do processo, com instituto para exercício democrático.

A explanação teórica do processo a ser inserida no procedimento administrativo tributário, que permitirá relevar o debate e os argumentos acerca da definitividade das decisões administrativas.

2 Lançamento tributário pela teoria democrática processualizada

Preliminarmente ao debate sobre lançamento tributário, como esclarecimento, cumpre ressaltar que a obrigação tributária emerge do fato gerador, que por sua vez, em obediência ao princípio da legalidade, é exigido o tributo por lei prévia que assim o defina².

Portanto, decorrente da obrigação tributária há a formalização do crédito tributário pelo lançamento, nos dizeres de Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 110):

O crédito, como objeto da obrigação, é constituído pela simples ocorrência do fato impositivo. Com o fato, constitui-se a obrigação e, conseqüentemente, o crédito.

² Cf. Artigo 114 do Código Tributário Nacional: “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

Porém, para que o contribuinte cumpra sua obrigação no mundo prático, há necessidade de um ato administrativo de individualização da norma; ato de aplicação da lei ao caso concreto; ato de formalização do crédito tributário.

O ponto polêmico situa-se no deslinde conceitual do que vem a ser lançamento, tendo em vista que se para alguns doutrinadores, como Paulo de Barros Carvalho³ e Alberto Xavier (2005, p. 67), compreendem que basicamente o lançamento é ato jurídico.

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi (2000, p. 809), “lançamento é ato administrativo vinculado”, que em conformidade à doutrina do Direito Administrativo pode exclusivamente ser anulado, sendo vedada sua revogação, eis que não é possível análise de conveniência e oportunidade (ato discricionário). Veja os dizeres da Autora:

A modificação de um ato administrativo, na esfera administrativa, poderá ser feita por meio de revogação ou anulação. Mas a revogação supõe que a Administração desfça ou refaça o ato, por iniciativa própria, fundada em razões de conveniência e oportunidade. Não obstante, como o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado (arts. 3º e 142, parágrafo único), não pode ser revogado, por motivo de conveniência ou oportunidade, inexistindo margem de discricionariedade administrativa.

Afora a discussão doutrinária, decerto que a ciência jurídica deve ofertar esclarecimento teórico, que no presente trabalho inicia-se pela revisão do ato administrativo. Embora para alguns doutrinadores seja o lançamento um ato jurídico (não administrativo), importa ressaltar a redação do artigo 142 do CTN, que assim prevê:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Conforme será exposto, a conclusão conceitual do lançamento esbarra nas suas modalidades, vez que como há particularidades em cada qual, concluir que é ou não, o lançamento um ato administrativo, poderia implicar em vício científico.

As modalidades de lançamento estão previstas nos artigos 147 a 150 do CTN, sendo que existem as modalidades de lançamento: de ofício, por declaração e por homologação.

³ Para Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 423) : “lançamento é ato jurídico e não procedimento, como expressamente consigna o Art. 142 do Código Tributário Nacional. Consiste, muitas vezes, no resultado de um procedimento, mas com ele não se confunde. É preciso dizer que o procedimento não é imprescindível para o lançamento, que pode consubstanciar ato isolado, independente de qualquer outro.”

A primeira modalidade de lançamento prevista no CTN, é o lançamento por declaração, veja a redação do artigo 147:

O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

Assim, o contribuinte participa do lançamento através da declaração, que será efetivada pela Administração Pública competente, ou seja, há a conjugação de atuação das partes envolvidas.

Outra modalidade de lançamento é o lançamento por homologação, previsto no artigo 150 do CTN:

O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

No lançamento por homologação o contribuinte participa efetivamente do lançamento, inclusive com o recolhimento do tributo sem qualquer manifestação da Administração Pública, o que conduz ao entendimento de determinados doutrinadores que há o autolancamento⁴, como afirma Hugo de Brito Machado (2007, p. 206).

E, por fim, há a modalidade de lançamento de ofício, prevista no artigo 149 do CTN, que assim prevê:

O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

⁴ Referido termo é criticado por autores como Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 128) e José Souto Maior Borges

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

A concretização do lançamento de ofício é exclusivamente pela Administração Pública, não havendo participação do contribuinte, pelo contrário, exatamente pela não obediência legal do contribuinte (inciso I) ou nas demais hipóteses (incisos II a IX), como a não declaração como exigida em lei, exige-se a efetivação do lançamento.

Sobressai no lançamento de ofício que existe perfeita sintonia com o já citado artigo 142 do CTN, vez que este prevê que compete “*privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento*”, inclusive devendo a autoridade verificar o “*fato gerador da obrigação correspondente*” ou mesmo “*calcular o montante do tributo devido*”.

Como advertido, a discussão se lançamento é ou não ato administrativo, é obstada pela diversidade na formalização do crédito tributário, visto que se no lançamento de ofício, o contribuinte é omissor, noutra direção, no lançamento por homologação, a responsabilidade recai sobre o contribuinte.

Na formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, resta evidenciado pela participação oficiosa da autoridade tributante que, necessariamente, deverá haver instauração do procedimento administrativo tributário. Pois afinal o contribuinte foi omissor no cumprimento da lei que exige o tributo ou descumpriu alguns dos incisos previstos no artigo 149, acima já citado.

Logo, no lançamento de ofício como é imperativa a manifestação da Administração Pública pela via processual, vez que esta exclusivamente permitirá a aplicação da legalidade intermediada pela efetiva participação do contribuinte, para alcançar a esperada legitimidade democrática⁵.

Entretanto, cabe ressaltar que não é oportuno ingressar no debate existente no meio doutrinário acerca da classificação do lançamento como ato administrativo ou meramente ato

⁵ A utilização da expressão legitimidade democrática é expressada em conformidade às explanações de Marcelo Cattoni (2002, p. 117): “Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional.”

jurídico, pois o embasamento teórico emprega a teoria processual como a única forma legítima de manifestação da Administração Pública, logo, a classificação e teorização dos atos administrativos em elementos (competência, forma, motivo, finalidade e objeto) ou divisão entre atos vinculados/discricionários não é o foco para reflexão.⁶

O que merece atenção sobre o lançamento por homologação é que este não exige procedimento administrativo tributário⁷, eis que é elaborado pela confissão do próprio contribuinte, sem qualquer ratificação da Administração Pública.

Deste modo, está firmado o impasse, pois certamente não há qualquer caracterização de ato administrativo, vez que a competência é exclusiva da Administração Pública.

Portanto, a investigação sobre o lançamento por homologação é instigante, pois reconhecer que a formalização do crédito tributário ocorre exclusivamente pela declaração do contribuinte, sem qualquer manifestação da Administração Pública, contraria a redação do artigo 142 do CTN, sem teorização aparente que assim justifique.

No entanto, antes de adentrar na questão específica do lançamento por homologação, a desconstrução da teoria dos atos administrativos, principalmente, da sua classificação entre atos vinculados e discricionários, perpassa pela revisão da legalidade.

A referência à legalidade no âmbito da Administração Pública é celebrada, como se a menção ao embasamento legal em qualquer decisão, fosse o suficiente para alcançar mencionado princípio.

Contudo, a teoria do ato administrativo defendida por doutrinadores do Direito Administrativo, como Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p.393), na classificação de atos administrativos vinculados e discricionários, carece de embasamento teórico esclarecedor, como aponta Andreas J. Krell (2013, p. 50) sobre a irregular e instável interpretação doutrinária e do Judiciário sobre o tema.

⁶ Sob a análise pormenorizada das modalidades de lançamento do crédito tributário, cabe menção à obra *Processo Administrativo Tributário* (2011, p. 114), elaborado por Paulo Adyr Dias do Amaral, que embate a compreensão do direito administrativo, acerca dos atos administrativos, seus elementos e classificação, com cada modalidade de lançamento tributário. No lançamento por declaração conclui a mencionada obra que há sim a caracterização de ato administrativo, “*somente a partir da atuação da Administração*”, sendo o “*restante procedimento preparatório para o lançamento*”. Sobre o lançamento de ofício conclui peremptoriamente que “*é ato administrativo*”, pois facilmente verificável a presença de todos os elementos do ato administrativo.

⁷ A compreensão que no lançamento por homologação não é exigido o procedimento administrativo tributário é advindo de reiteradas decisões proferidas pelo STJ, que editou a seguinte súmula nº 436 (Brasil, 2010): “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.”

Ainda em Andreas J. Krell (2013, p. 29), após escorço histórico, para expor sobre o surgimento dos atos administrativos no Direito Alemão e no Direito Brasileiro, conclui criticamente na tentativa obscura da doutrina nacional, com expressa menção a Celso Antônio Bandeira de Mello, de afastar a teoria do ato decisional no âmbito administrativo e no âmbito judicial. Arremata Andreas J. Krell (2013, p. 33):

A principal diferença entre a decisão judicial e a administrativa está na sujeição desta a uma intensidade de revisão por outros órgãos estatais, enquanto a sentença do juiz somente pode ser controlada de acordo com o sistema dos recursos processuais. O grau de variação entre a vinculação e a liberdade das decisões proferidas por órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário depende, sobretudo, do conteúdo material da legislação de cada país.

Não é propósito do trabalho, aprofundar sobre a crítica à teoria dos atos administrativos, entretanto, a exposição acima, apenas norteia a importância de deveria ser imputada à expressão ato administrativo, pois, como a aplicação e interpretação do Direito é semelhante entre o agente no exercício da função da administração pública, como no caso do juiz no exercício da função jurisdicional, obviamente, todos os debates que ocorrem no processo judicial, também deveriam ocorrer no ato administrativo.

E mais, talvez a conclusão crítica a ser alcançada, muito provavelmente, afastaria a teoria do ato administrativo a sustentar a interpretação da legalidade no exercício da função pelo agente público, para o acolhimento de uma teoria do procedimento administrativo, para aplicar o propósito constitucional (art. 5º, LV), que equipara o processo no âmbito judicial ou administrativo.

Decerto, que a discussão demanda maior dedicação, todavia, o fundamento a ser utilizado no presente trabalho é na eclosão de uma teoria do procedimento administrativo, para substituir a estática e obscura teoria do ato administrativo, prevalecente na doutrina administrativista brasileira.

O embasamento teórico para sustentar a procedimentalização do ato administrativo, está na teoria neo-institucionalista que tem em sua base filosófica em Karl Popper, para elaborar um método não estático e provisório no Direito, que proporcione a ampla indagação e a lógica do discurso jurídico (LEAL, 2002, p. 59).

Na democracia pretendida pela teoria em questão, com embasamento em Popper, urge a necessidade da ampla fiscalidade por todos que participem da sociedade, não sendo possível que a interpretação do direito ocorra apenas por especialistas, com privação do cidadão nas decisões.

A construção democrática pela intersubjetividade juridicamente processualizada permite a ampla fiscalidade de todas as normas e decisões a serem alcançadas, com efeito, a coercitividade tradicional existente “*na razão instrumental pela jurisdição*” (LEAL, 2002, p. 103), é esvaziada, eis que incompatível com a teoria defendida.

Nesta linha, a teoria do procedimento administrativo permite uma teorização para aplicação da lei, a ponto de revelar minuciosamente sua construção, sujeitando-a a crítica ou questionamento, que permitirá a democratização pelo processo.

Não basta aos doutrinadores do direito administrativo repetirem indiscriminadamente o mantra que “*a Administração não pode fazer senão aquilo que a lei determina*” (MELLO, 2005, p. 95), como também não é suficiente a alegação que a Administração Pública decide “conforme a lei”, pois esse atuar decisório alcança exclusivamente uma pretensa formalização do princípio da legalidade, com evidente “*caráter retórico*”, como adverte Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 134).

A legalidade só é possível através da estrutura processualizada, que permite a exteriorização da interpretação da lei pelas partes, que discursivamente expõem seus argumentos, no espaço reconhecido do processo como instituto constitucionalizado, com lapidar esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 144)

Nesse sentido, por apego científico na construção do lançamento para a formalização do crédito tributário, como este ato concretiza a previsão legal diante do fato sujeito à tributação, há o seguinte discrimen: ou é reconhecido o procedimento como indispensável na formalização do crédito tributário, independente da modalidade de lançamento verificada; ou será permitida que a prática tributária⁸, não teorizada, discipline o tema, como vem ocorrendo no lançamento tributário, por exemplo, no lançamento por homologação e o entendimento do STJ (súmula 436).

Para alcançar tal conclusão, a premissa aplicada é que se a legalidade democrática apenas pode ser realizada pelo processo, logo, como todas as decisões da Administração Pública, em obediência ao artigo 37 da Constituição da República, perpassam pelo princípio da legalidade, não há outra resolução, senão o lançamento tributário adotar a procedimentalização.

⁸ Sobre o lançamento por homologação Sérgio André Rocha (2010, p. 309) conclui pela “mutação das regras” tributárias, diante da prática tomada na formalização pelo autolancamento. Segundo o mesmo autor, o lançamento por homologação (autolancamento) alcança os mesmos efeitos do lançamento (de ofício) exclusivamente construído pela Administração Pública,

Nesta linha, resta ultrapassada a discussão se lançamento é ato administrativo ou não, visto que, pelo ponto de vista defendido, há falhas irreparáveis que impedem a comunhão com a teoria dos atos administrativos existentes nos dias atuais⁹.

Decerto é que a legalidade como desenvolvida pela Administração Pública segundo a perspectiva da doutrina tradicional no direito tributário¹⁰ ou no direito administrativo¹¹, carece de lastro democrático, pois ao aplicar a melhor interpretação da lei, nada mais é do que impor “sua” verdade pressuposta, o que recai na repetição da *“fê na razão historicista ou moral-kantiana”*, a teor de crítica tecida por Rosemiro Pereira Leal sobre o princípio da legalidade, como compreendido na atualidade (2010, p.135).

E assim arremata o Autor supracitado sobre a legalidade (LEAL, 2010, p. 134):

Mais grave que o caráter retórico da legalidade é a tirania decisória que seus efeitos acarretam com a conseqüente exclusão da possibilidade processual de uma democratização do sentido da lei, o que tem levado a humanidade a experimentar secularmente a ditadura da linguagem historicista (paideica) dos líderes carismáticos que se apresentam como dirigentes predestinados, juizes oniscientes, funcionários íntegros e talentosos, patriotas autênticos e burocratas indispensáveis. A farsa dessa linguagem chega ao ponto de sustentar verdades de uma lógica para o direito aos moldes kantianos, ou seja: quando os sentidos da lei não estão amarrados ao fatalismo da história ideal ou cultural (material) dos homens (Hegel-Marx), aceita-se a ditadura categórica de um moral inata e os que não a tenham de modo imanente devem ser corrigidos (disciplinarizados) por um direito justo (direito ao ajuste) dos tecnocratas (fabricantes) de uma justiça social ressocializante.

Neste diapasão, embasado na teoria processual neo-institucionalista, compreende-se que a legalidade democratizada na formalização do crédito tributário é imprescindível e, com efeito, deverá haver procedimento em toda e qualquer modalidade de lançamento.

Alçar o embasamento teórico pela teoria processual que permita a ampla participação democrática prevista no texto constitucional, pressupõe que todas as decisões tomadas pela Administração Pública, ao debruçar sobre a aplicação da lei, deve esmerar para guardar a efetiva participação do cidadão/contribuinte e, sendo que esta participação, claramente passa pela obediência aos fundamentos normativos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da fundamentação das decisões.

⁹ Cf. José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 115)

¹⁰ A legalidade segundo Hugo de Brito Machado (2007, p. 63) visa *“garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (fisco)”*

¹¹ Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p.91) a legalidade é certeza que a *“atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”*.

Existem doutrinadores que reconhecem, por vias transversas, que a motivação é obrigatória em todo ato administrativo (ARAÚJO, 2005, p.136), inclusive no lançamento tributário, conforme esclarece Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 84).

Ocorre que, não partem da teorização que toda manifestação de legalidade da Administração Pública só ocorrerá pela via processualizada, pois apenas pela influência dos interessados na construção da motivação da decisão, poderá ter algo compatível com democracia.

Reitere-se que, a aplicação da lei não é acontecimento privativo da Administração Pública, como se fosse o único ser pensante capaz de diagnosticar os sentidos das palavras.

Aliás, pelo menos numa pretensa democracia, compreender que alguns são detentores de uma racionalidade superior, capaz de guiar a sociedade órfã e incapaz, é querer inculcar ao Estado, a função de superego da sociedade, como alerta Ingeborg Maus (2010, p. 33).

O estudo desenvolvido por Ingeborg Maus¹², sobre o Judiciário como superego da sociedade, amolda-se perfeitamente ao caso em debate, para aqueles que defendem a legalidade autoritária existente nos dias atuais, quando da aplicação da lei pela Administração Pública.

É perturbante a comparação acima elaborada com o Estado Nazista, no entanto, crer na Administração Pública como exclusiva e legítima intérprete da lei, por suas características de retidão ou porque seus agentes públicos são bem intencionados, é dizimar a pretendida construção democrática pela participação dos cidadãos.

Daí a insistente reflexão sobre a aplicação da lei, pois a vigilância ao texto constitucional, quando da instituição da democracia e do Estado de Direito, não pode falhar exatamente na efetivação da legalidade.

Assim, a aplicação da lei ao passar pelo crivo do devido processo constitucional, permite aos cidadãos participarem da decisão a ser alcançada, através das garantias do

¹² Ainda em Maus (2010, p. 33) é provocante a repercussão gerada na Alemanha, quando o Estado Nazista, formula a chamada Carta aos Juízes, para clamar pela retidão na conduta dos julgadores (como advertido acima na citação de Rosemiro Pereira Leal), visto que o subjetivismo dos julgadores será a complementação da imperfeição legal, veja os dizeres: “Assim, na ‘Cartas aos Juízes’ nazistas, a personalidade do juiz surge, com grande firmeza, como uma importante garantia para a jurisdição correta: suas tarefas somente podem ser cumpridas por pessoas livres, interiormente claras e decentes, sustentadas por uma grande consciência de responsabilidade e por uma grande satisfação com a responsabilidade, o corpo de juízes deve representar uma seleção da nação. [...] Assim, também em 1942, quando da pior perversão da justiça alemã, pronunciava-se a bela frase: O juiz é a encarnação da consciência viva da nação.”

contraditório e da ampla defesa, resguardada pela isonomia e com a certeza que seus argumentos serão apreciados na decisão fundamentada.

Sendo assim, como é no lançamento tributário que há a efetivação do texto legal, com apuração pela Administração Pública do tributo devido pelo contribuinte, a comunicação Estado-cidadão ocorrerá pela discursividade do processo, que como instituto constitucionalizado, garantirá pela intersubjetividade racional¹³ a crítica plena ao debate instaurado.

A noção defendida coaduna ao previsto no texto constitucional sobre participação democrática, mas, destacadamente, ratifica a redação do artigo 142 do CTN, que prevê o “*constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo*”.

Discorrer que a Administração Pública detém a exclusividade interpretativa da lei tributária é permitir que o Estado Democrático adote a atecnia pela autoridade, para expor que os decisidores preferem o monopólio do sentido das palavras existentes na lei, como garantia de exclusão da participação democrática e manutenção da convenção social¹⁴.

Definitivamente, a instituição democrática pela legalidade será viabilizada unicamente através da participação dos interessados pelo devido processo, para construção de quaisquer decisões, inclusive aquelas para a formalização do crédito tributário.

3 – A definitividade das decisões no procedimento administrativo tributário constitucionalizado

O objeto do trabalho é tema recorrente de discussão, sendo que a controvérsia assenta sobre a possibilidade de revisão das decisões administrativas. Há argumentos ofertados para sustentar a modificação das decisões no âmbito jurisdicional, como também há argumentos em sentido contrário.

¹³ Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 181) alerta que: “[...] a intersubjetividade é precária para o homem tomar consciência de si mesmo.” Portanto, quando utiliza-se a designação intersubjetividade racional, segundo a teoria neo-institucionalista é porque permite as partes agirem criticamente com intuito de apurar o conhecimento científico (LEAL, 2010, p. 182)

¹⁴ Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 147): “O fator da convenção social como algo fundado e praticado por uma sociedade já pactuada por todos é que cria a mitificação (mistificação) que enseja a sempre alegada e historicamente assentida (ideologizada) opinião de que todos teriam clara intuição de ser membro de uma comunhão civil [...]”

Antemão ao debate sobre o tema, impende o esclarecimento terminológico sobre a escolha de definitividade das decisões administrativas, ao invés da utilização da expressão coisa julgada administrativa.

Coisa julgada a partir da CR, artigo 5º, XXXVI, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 3) assume: “*contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo à inerência significativa de mero atributo*”, com distinção para a sentença transitada em julgado, que é ato afetado à preclusão máxima.

Portanto, a coisa julgada, ainda no dizeres de Leal (2005, p. 3) “*é garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritos pelo atendimento ao direito fundamental do devido processo*”.

Assim, a utilização do termo definitividade é para demonstrar que não há aproximação com a garantia constitucional da coisa julgada, todavia, enfatiza que há a preclusão processual definitiva, ou seja, não há qualquer ato procedimental posterior previsto em lei.

As partes não podem utilizar do procedimento administrativo tributário, para indefinidamente manifestarem em contraditório, como também não podem requerer a produção de provas que não sejam fundamentadas para demonstrar sua relevância, por conseguinte, evidentemente há o alcance de uma decisão definitiva.

A controvérsia está assentada na possibilidade ou não da decisão ser revisada, principalmente naqueles casos em que o lançamento é julgado improcedente, sendo a Administração Pública parte vencida.

Com intuito didático, os argumentos ora expostas serão tangentes ao procedimento administrativo tributário no âmbito federal, que é regulado pelo Decreto 70.235/72, bem como às peculiaridades desse procedimento.

O argumento utilizado pelos doutrinadores, como Aurélio Seixas Filho (2005), para defender a ausência de definitividade na decisão oriunda do procedimento administrativo tributário, é a ofensa ao princípio da isonomia, pois o contribuinte pode intentar ação no âmbito jurisdicional para anulação do débito, enquanto a Administração Pública seria privada de propor ação judicial.

Outro argumento comumente divulgado é elaborado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que por meio da portaria PGFN nº 820 (BRASIL, 2004), em seu artigo 2ª assim estipula:

As decisões dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário desde que expressa ou implicitamente afastem a aplicabilidade de leis ou decretos e, cumulativa ou alternativamente:

- I - versem sobre valores superiores a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
- II - cuidem de matéria cuja relevância temática recomende a sua apreciação na esfera judicial; e
- III - possam causar grave lesão ao patrimônio público.

A mencionada portaria elege hipóteses em que a procuradoria da fazenda poderá intentar medida judicial para reformar decisão proferida no procedimento administrativo tributário.

Em suma, os argumentos aduzidos na portaria como justificativa para a discussão jurisdicional são: a questão econômica, valores acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); questão pertinente a relevância temática ou que possa causar grave lesão ao patrimônio público.

Já os argumentos contrários existentes na doutrina, para justificar a não revisão das decisões administrativas pelo Judiciário, conforme bem esclarece Sérgio André Rocha (2010, p. 221) são: a insegurança jurídica, com redução da importância do CARF; falta de interesse de agir, pois tratam-se de órgãos (CARF, PGFN e MF) pertencentes à mesma pessoa jurídica de direito público, União Federal; e por fim, pela previsão do artigo 42 do decreto nº 70235/72¹⁵, que menciona a decisão de 1ª ou 2ª instância administrativa como definitiva.

Pois bem, propositalmente foram elencados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à revisão judicial das decisões oriundas dos procedimentos administrativos tributários, para traçar a ausência de argumento robusto, sob o ponto de vista científico, capaz de aferir a definição ao tema.

Primeiramente, sobre a portaria da PGFN, evidentemente, com argumentos apresentados, como questão econômica, relevância temática e grave lesão, são fundamentos genéricos, indeterminados, facilmente refutáveis pela singela conclusão que não há embasamento legal.

Não há no CTN ou Decreto nº 70235/72, norma que sustente a interpretação conferida pela PGFN, que deveras como órgão da Administração Pública Direta, observar o

¹⁵ Art. 42. São definitivas as decisões:

- I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;
- II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;
- III - de instância especial.

artigo 37 do texto constitucional, que lança os princípios que devem ser obedecidos pela gestão pública, dentre eles a legalidade.

A portaria publicada não apresenta qualquer legitimidade para vinculação normativa aos cidadãos, eis que não passa pelo crivo do processo legislativo, nem mesmo com designação de competência para editar tal interpretação.

Ressalte-se que, é inquestionável a vinculação interna do órgão ao ato administrativo em questão, todavia, como o interesse do contribuinte está em roga, não basta a PGFN mostrar irresignação, para justificar a abertura de uma processo judicial que implicará em discussão de direitos do cidadão.

E mais, além da ausência de força normativa da portaria, o que é estarrecedor são os critérios metajurídicos para o controle da decisão administrativa, como a chamada relevância temática.

A indeterminação do conceito da relevância temática ou grave lesão, eleva à máxima discricionariedade o agente público, que não obedece a legalidade, mas fica à mercê do seu próprio entendimento para justificar a discussão da decisão administrativa no Judiciário.

E não apenas o argumento favorável é sujeito à crítica, no caso dos argumentos arrolados como falta de interesse processual ou insegurança jurídica, a compreensão crítica é a mesma, pois, sob o ponto de vista jurídico são argumentos indeterminados, que pouco (ou nada) são sustentáveis cientificamente, mas apenas atendem o conhecimento não teorizado.

Alegar insegurança jurídica ou falta de interesse processual são facilmente refutados pela garantia constitucional do artigo 5º, XXXV da CR (BRASIL,1988), que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Portanto, é patente pela previsão constitucional o amplo acesso à prestação jurisdicional, sendo ainda que, restringir que tal garantia seja apenas para o cidadão, como pretende Alberto Xavier (2005, p. 143), ao defender o tratamento não isonômico entre cidadão e Estado, vez que este último detém “poderes” diferenciados, também não é a interpretação aceitável.

Alegar que a isonomia pode sofrer obstáculos, pela pré-compreensão que o Estado é antes detentor de poderes e, por conseguinte, não teria acesso ao Judiciário, pelo tratamento desigual em face ao cidadão, mostra argumento incompatível ao texto constitucional, ao subordinar a questão jurídica à questão política, numa retórica da desigualdade (LEAL, 2005, p. 81).

Permitir a interpretação pelo tratamento desigual, como alcance da isonomia, seria mascarar a vontade do intérprete ao objetivo pretendido.

Todavia, a crítica pela isonomia, também não implica no alinhamento ao argumento tecido por Aurélio Seixas Filho (2005), que defende a divergência entre a autonomia do Estado e do cidadão, que concederia a este último uma liberalidade para exercício da sua pretensão e, por conseguinte, para intentar a ação judicial para desconstituir a decisão administrativa.

Sustenta Aurélio Seixas Filho (2005), que o Estado não teria autonomia, para exercer sua pretensão de desconstituir uma decisão administrativa, sendo tal escolha exclusiva do cidadão.

O tratamento desigual na autonomia do cidadão e do Estado, não justifica em qualquer dos argumentos acima expostos, a oportunidade para um e a exclusão de oportunidade para outro de discutir no âmbito judicial. Até porque a isonomia não pode ser utilizada estrategicamente para excluir alguém do debate, mas perpassa pela compreensão de um princípio jurídico-processual (LEAL, 2005, p. 80), que se inicia pela compreensão teórica da aplicação da lei exclusivamente pelo processo.

A aplicação pretendida da isonomia, como demonstrado, seja nos argumentos favoráveis ou não à definitividade das decisões, não atendem à construção democrática na aplicação do direito. Os argumentos expostos estão assentados na apriorística interpretação do direito material, na sua concepção tradicionalista, para permitir a argumentação estratégica ao interesse de cada interessado e por fim, deixa ao saber do julgador, para a escolha do entendimento que lhe é mais afeito.

No entanto, a presente crítica tem seu fundamento principal no reconhecimento que a construção democrática passa pela discursividade, que através do crivo do devido processo constitucionalizado, permite que pelo contraditório e pela ampla defesa influencie e controle a aplicação da legalidade.

Não é possível na perspectiva do processo constitucionalizado, que haja a aplicação da lei pelo atuar isolado do intérprete, pois a legalidade não tem um sentido único previamente compreendido a ser aplicado estrategicamente.

No procedimento judicial ou no procedimento administrativo, não há justificativa para o saber solitário na interpretação da lei, assim, os argumentos daqueles que são favoráveis ou não à definitividade das decisões, não é o ponto para deslinde do tema.

O ponto crucial é o reconhecimento que o Estado quando aplicador da legalidade no gerenciamento do procedimento administrativo, permite a participação do cidadão na interpretação e aplicação do direito, com abertura para uma construção democrática.

Nesta linha, é imprescindível desmistificar a legalidade estática e pressuposta, para demonstrar que a legalidade segundo a teoria processual, perpassa pela operacionalização intersubjetiva entre as partes pelo processo e que todos estão subordinados por essa teoria, a começar pela própria Administração Pública.

Ao reconhecer que a Administração Pública não possui acesso privilegiado na interpretação da lei, deflagra-se a oportunidade para institucionalização jurídica do princípio do discurso (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 145), que concedendo aos interessados participação na construção racional das decisões, permitem alcançar o princípio da democracia.

Aliás, exatamente pela necessidade de conter esse suposto privilégio na aplicação da lei, que Habermas (1997, p. 216) aponta sobre a importância da separação dos poderes, para *“amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente”*, pois não é compatível com a teoria discursiva que decisões proferidas pela Administração Pública não sejam construídas pelo processo (como no legislativo e no judiciário), eis que este é o único capaz de fundamentar a aceitabilidade racional (HABERMAS, 1997, p. 217).

Portanto, ao limitar a atuação da Administração Pública, para que não profira decisões arbitrariamente é que permite a instauração dos tribunais administrativos (HABERMAS, 1997, p. 218), para que os direitos existentes na relação Estado-cidadão sejam observados.

Dessa construção teórica da legalidade processualizada, como forma limitadora de decisões não democráticas é que surge o argumento para defender a definitividade das decisões oriundas do procedimento administrativo tributário.

Quando as partes debatem no procedimento administrativo tributário e alcançam a preclusão máxima, logo, a decisão definitiva, o que ocorreu foi a derradeira manifestação da Administração Pública sobre a legalidade aplicada.

Como dito, se a Administração Pública subordina-se ao princípio da legalidade e este, por sua vez, só se realiza pela intersubjetividade das partes na busca da decisão racionalmente construída. O que se tem a partir da definitividade da decisão pela Administração Pública, qualquer tomada de decisão, ato administrativo, enfim, qualquer ato decisional fora da órbita processual é inconstitucional, pois renuncia ao devido processo.

A linguagem possível para manifestação da lei pela Administração Pública é pelo processo, portanto, ao extirpar o devido processo da construção racional de uma decisão, carece a iniciativa de propor uma ação judicial de legitimidade democrática.

Em outros dizeres, concluído do procedimento administrativo tributário, qualquer decisão que não processualizada, por mais que o judiciário, pelo artigo 5º, XXXV da CR, tenha ampla receptividade para debate ao direito, carece de fundamento constitucionalizado.

Por maior que seja a competência do procurador da fazenda pública para propor a ação judicial, direito este incontestado, o que carece de fundamento é a decisão de desconsideração sumária da construção democrática pelo procedimento administrativo tributário, retornando novamente ao saber solipsista e autoritário do decisor, o que já foi alvo de farras críticas pelo presente trabalho.

Oportuno citar comentário de Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 278), senão veja-se:

[...] não há verdades democráticas a serem asseguradas se não correspondem aos fundamentos do sistema jurídico legalmente criado a partir de um interpretante que permita, argumentativamente, para todos, como devido processo, pensar de modo prospectivo e retrospectivo, os níveis fundantes (co-instituintes) do direito co-institucionalizado no seu percurso interpretativo-aplicativo.

Sendo assim, a vedação da discussão judicial pela Administração Pública da decisão construída pelo procedimento administrativo tributário, não é por questões como insegurança jurídica ou por falta de interesse processual, até porque esses institutos possuem outra conotação teórica segundo a teoria neo-institucionalista¹⁶, mas pela impossibilidade da PGFN, em decisão hermética, não sujeita à crítica, unilateralmente fundamentar seu entendimento para proposição da ação.

Diga-se ainda que, a fundamentação sem o devido processo, não construída pela participação das partes, é ilegítima, não alcançando o princípio democrático previsto no texto constitucional, logo, passível de anulação.

Neste sentido, novamente impede recorrer a citação de Leal (2010, p. 280), para concluir:

Portanto, não basta dizer que são inconstitucionais as decisões não fundamentadas, mas o importante na concepção democrática do Direito aqui desenvolvido é saber quais os suportes discursivos que devem amparar a fundamentação decisória nas democracias, porque nas autocracias (tirantias) disfarçadas ou não em rótulos da velha retórica do liberalismo, republicanism e das monarquias parlamentares ditas

¹⁶ Segundo a teoria neo-institucionalista (LEAL, 2005, p. 4) a segurança jurídica não é baseada na concepção metajurídica, a ser atingida pelos escopos do processo segundo a teoria do processo como relação jurídica; a segurança jurídica surge da legitimidade obtida pelo processo, em obediência aos seus princípios institutivos. O chamado interesse processual é utilizado estrategicamente apenas para restringir o acesso ao contraditório pelas partes, em evidente ofensa a teoria abalizadora. O espaço vago pela expressão interesse processual apenas permite que o intérprete encontre a melhor interpretação pelo preenchimento da lacuna existente na lei, com evidente ofensa devido processo (LEAL, 2008, p. 135)

democráticas, é possível sempre justificar pragmaticamente as decisões conforme as leis fundantes das justificações em moldes a não explicitarem a teoria egressa dos suportes discursivos (discussivos) que propiciem a distinção entre uma comunidade linguístico-jurídica como autora de um projeto co-institucional de uma sociedade aberta e um povo icônico (sociedade fictícia) como mero consumidor do direito.

Conceder um poder soberano para a Administração Pública desconsiderar a decisão final construída pelas partes interessadas pelo procedimento administrativo tributário, inclusive pela própria Administração Pública, é romper definitivamente com as bases teóricas da democracia discursiva e reafirmar a figura mitológica do Estado detentor da legalidade.

As bases metajurídicas que sustentam a não definitividade da decisão oriunda do procedimento administrativo tributário, remete ao tema da coisa julgada e a tentativa de relativização. No processo judicial, após alcançada a decisão final, com trânsito em julgado e, conseqüentemente, atingindo a coisa julgada, na hipótese do art. 475-L, §1º, seria desfeita por mero despacho no procedimento de execução, com intuito de relativizar a coisa julgada.

A crítica a ser tecida pela relativização da coisa julgada é que após as partes construírem pelo procedimento, com argumentos e provas, a decisão final, sumariamente seria desfeita por um juízo, que nos dizeres de Leal (2005, p. 10) *“acima de qualquer Deus, pretenderia assumir a condição eterna e exclusiva de criador do direito”*, a ponto de extirpar a garantia constitucional da coisa julgada.

Portanto, o paralelo entre a relativização da coisa julgada, elaborada por um juízo tirânico, assemelha-se ao tema em debate, em que a Administração Pública, em ato monopolizador do saber, decide pela proposição da ação judicial, para discutir a decisão proferida pela instância administrativa tributária.

Importa ressaltar que não se pretende defender a definitividade da decisão administrativa, como se esta fosse coisa julgada, visto que é possível a discussão judicial, vez que se adota o sistema da Jurisdição única. Entretanto, para que haja o rompimento da decisão definitiva pela Administração Pública, é necessária que seja revelada a interpretação da legalidade, que se faz pelo processo.

A autuação da Administração Pública como se faz pautada pela legalidade (art. 37 da CR) é distinta da autonomia privada, que não precisa de revelar seu interesse na proposição da ação, vez que está em seu íntimo a decisão sobre a discussão ou não da decisão alcançada no procedimento administrativo tributário.

O Estado na perspectiva da teoria neo-institucionalista é deslocado da sua condição de mito da integração social, para apenas mais um partícipe da construção democrática, logo, não há competência designada no texto constitucional, para que a vontade do povo seja

capitaneada pela subjetividade estatal, que em discursos metajurídicos fragmente a legitimidade democrática alcançada pelo procedimento administrativo tributário.

Assim, ao defender a definitividade das decisões oriundas do procedimento administrativo tributário, que embora encontre as mesmas conclusões alcançadas por autores como Sérgio André Rocha (2010) e Alberto Xavier (2005), o argumento a ser sustentado é que a Administração Pública, como aplicadora da lei, pelo embasamento teórico defendido, só pode assim atuar se pela linguagem discursiva processualizada, em que permitam os interessados participar criticamente da decisão interpretativa. Por conseguinte, alcançada a preclusão máxima no procedimento, seria inconstitucional por ofensa ao princípio da democracia, que a Administração Pública ou órgão competente, proferisse decisão unilateral que não reconhecesse ou buscasse a proposição de ação judicial para anular a decisão administrativa.

Reabrir o procedimento administrativo tributário com decisão posterior, seria possível em remota hipótese, caso novamente os interessados fossem intimados novamente para o exercício do contraditório e da ampla defesa, que redundaria em nova decisão. Como dito, em remota hipótese, que desde já restaria também descartada, sob pena da extinção da preclusão processual e, com efeito, da eternização dos procedimentos.

4 Conclusão

Os argumentos acima expostos, a partir da base teórica do processo como instituto constitucionalizado, permite alcançar a conclusão que o procedimento administrativo tributário é instituto de aplicação, revisão e fiscalização da legalidade, em plena realização do princípio da democracia.

Neste sentido, a definitividade das decisões oriundas do procedimento administrativo tributário, vinculam a própria Administração Pública, que participou como interessada e julgadora do procedimento, não sendo compatível e aceitável, que alcançada a preclusão máxima, que haja decisão do ente público para justificar a discussão no âmbito judicial.

Ressalta-se que, o ponto crucial não é inibidor do acesso da Administração Pública no âmbito judicial, eis que é garantia constitucional. Todavia, a exteriorização, interpretação e aplicação da legalidade é pelo processo e, este só é possível ser realizado, segundo o texto constitucional, com a participação dos interessados em contraditório, como oportunidade para a ampla defesa, em isonomia e para influenciar a fundamentação da decisão.

Assim, torna-se inconstitucional qualquer tentativa da Administração Pública em reavivar a decisão definitiva oriundo do procedimento administrativo tributário, pois atentaria ao princípio democrático que rege o processo constitucional.

Bibliografia

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

AMARAL, Paulo Adyr Dias Do. *Processo Administrativo Tributário*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 jan. 2010.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRASIL, Decreto Nº 70.235, de 6 de Março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 07 mar. 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm> Acesso em: 13 de setembro de 2013.

BRASIL, Ministério da Fazenda, Portaria PFGN nº 820, de 29 de outubro de 2004. Disciplina, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a submissão de decisões dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais à apreciação do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/legislacao/portariapgfn820.htm>> Acesso em: 15 de setembro de 2013.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2001.

CORDEIRO LEAL, André. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada de Aliomar Baleeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 238.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27203>>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. (tradução: José Lamego), 3 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Processo Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991.

MANEIRA, Eduardo. *Princípio da Praticidade no Direito Tributário*. Revista Internacional de Direito Tributário. Vol. 1, nº 2, Julho/dezembro de 2004. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/11/Principio-da-Praticidade-no-Direito-Tributario-Substituicao.pdf>> Acesso em: 13 de janeiro de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Juiz não pode decidir diferente dos tribunais*. Disponível no site < <http://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores> >. Consulta realizada em 28 de junho de 2009.

MARINS, James. *Direito processual brasileiro: (administrativo e judicial)*. 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Administrativo Tributário: Pesquisas Tributárias - Nova Série*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Processo Judicial Tributário* (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, James. *Direito processual brasileiro: (administrativo e judicial)*. 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionabilidade e Controle Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle de constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos no processo Administrativo Tributário*. *Revista de Direito Tributário* nº 75. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública. *Do ato ao processo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete e SHIRATO, Vitor Rhein (organizadores). *Atuais Rumos do processo Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27ª ed. 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 2002.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. *A Lei Federal nº. 9.784/99: Base para uma Codificação Nacional de um Direito Processual Administrativo?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SEIXAS FILHO, Aurélio. *Controle administrativo da legalidade do lançamento tributário e a coisa julgada administrativa em matéria fiscal*. In: *Coisa julgada tributária*. Ives Gandra Martins (coord.). São Paulo: MP Editora, 2005.

SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TAVARES, Fernando Horta. *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

**TRABALHO PRISIONAL: A PROPOSTA DE REABILITAÇÃO PARA O RETORNO
AO CONVÍVIO SOCIAL *VERSUS* A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO
FORÇADO**

**PRISIONAL WORK: A REHAB PROPOSAL TO GET BACK TO SOCIAL LIVING
VS. THE INCONSTITUTIONALITY OF FORCED WORK**

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira¹

Juliana Pinheiro Diniz²

RESUMO

O presente trabalho fora elaborado através de uma pesquisa a respeito do tema trabalho, especificamente o trabalho do penitenciário visto não como castigo, mas como meio para que haja efetiva reabilitação do apenado. A execução da pena em si e como ela é executada é um problema tanto do Direito quanto da Política, Sociologia, Economia, e outras ciências, uma vez que há a necessidade de integração para que as teorias sejam aplicadas no plano da prática em prol do bem estar comum. Em busca do bem estar, a sociedade depara-se com a ineficácia dos escopos da pena. Assim sendo, é notório e urgente que algo seja feito para mudar essa realidade e reabilitar os condenados por sentença judicial por agredir o direito de outrem. Dessarte, diante dos inúmeros benefícios que o trabalho pode trazer às pessoas em geral, e peculiarmente ao apenado, pode-se concluir que este não deve ser facultativo, mas sim obrigatório como estabeleceu a Lei de Execução Penal. O trabalho obrigatório implica no trabalho digno, remunerado, com todos os direitos do trabalhador assegurados, diferenciando-se, portanto do trabalho forçado vedado pela Constituição da República de 1988. O trabalho em questão, apesar de obrigatório, enobrece-se pela função educativa e objetivo de reabilitação do condenado, em busca tanto de perspectivas de vida para o preso quanto perspectivas de segurança para a sociedade.

Palavras-chave: trabalho penitenciário; trabalho obrigatório; execução penal

ABSTRACT

The present study was elaborated through a research work on the subject, specifically the work of the prisoners seen not as punishment but as a way for there to be effective rehabilitation of the prisoner. The execution of the sentence itself and how it is performed is as much a problem as the Law of Politics, Sociology, Economics, and other sciences, since there is a need to integrate the theories that are applied at the level of practice in favor of common welfare. In search of well-being, society is faced with the ineffectiveness of the scopes of the sentence. Thus, it is clear and urgent that something must be done to change this situation and rehabilitate sentenced by court for assaulting the rights of others. Thus, considering the numerous benefits that work can bring to people in general, and peculiarly to convicted, it can be assumed that this should not be optional but mandatory as established by the Criminal Execution Law. The work required involves decent work, paid, with all rights worker assured, differing thus forced labor prohibited by the Constitution of 1988. The work in question, although mandatory, ennobled by the educational function and purpose of rehabilitating prisoners, both in search of life prospects for the prisoner as security perspectives to society.

Keywords: penitentiary work; mandatory work; criminal execution

1 Doutor *Magna cum Laude* em Direito Público pela PUC Minas. Professor de Direito Penal e Internacional da UNIPAC Itabirito.

2 Acadêmica do 10º período da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas *campus* Coração Eucarístico.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal - lei nº 7.210/1984 -, trouxe consigo a obrigatoriedade do trabalho do preso como método para sua reabilitação. O trabalho está entre os deveres do preso, conforme determina seu artigo trinta e nove.

Michel Foucault, sobre o tema, deixou a seguinte contribuição:

[...] o trabalho penal possui um significado e um sentido útil à sociedade capitalista, não enquanto atividade que produz e reproduz certo sistema econômico, político e social, mas porque veicula um poder rigoroso, que traz, com efeito, a possibilidade aos infratores de, através do trabalho, reincorporarem regras, hábitos idealmente indispensáveis a um bom relacionamento social. (FOUCAULT, 1998, p.238)

A ideia de Foucault a respeito do trabalho penal, pode, ainda nos dias de hoje, ser considerada. Não obstante, a Constituição da República brasileira de 1988 preceitua no inciso XLVII de seu artigo 5º que são vedadas as penas de trabalho forçado, o que, todavia, não exclui a possibilidade de haver trabalho compulsório, com sanções em caso de descumprimento injustificado.

O trabalho obrigatório deve possuir a finalidade educativa e produtiva, sem que haja qualquer tipo de ato vexatório contra o preso, o que caracterizaria trabalho forçado.

O presente tema diz respeito não apenas aos presidiários, mas também à sociedade em geral, vez que o sucesso da execução penal é determinante para a qualidade de vida da população como um todo, não apenas daqueles submetidos à pena. Esta constatação remonta à famosa crítica de Roxin (2002) feita na década de 1970 a respeito do distanciamento entre o Direito Penal e a Política Criminal. É preciso aceitar que a Execução Penal tem funções de Política Criminal e, a partir daí, pensar em soluções para os problemas postos. A separação radical entre Direito (Penal) e Política (Criminal) só tem contribuído para resultados pouco proveitosos à construção de uma sociedade mais justa. Nesse sentido vale reproduzir uma expressiva passagem da referida obra:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência liztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética (...). Isso fica especialmente nítido hoje em dia, na reforma do sistema das sanções e da execução penal: ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar os condenados à disposição do tratamento forçado estatal. A reforma só fará justiça ao encargo constitucional se fortalecer, através da introdução dos modernos métodos terapêuticos-sociais, a posição jurídica do apripionado, se der uma estrutura jurídica à pouco explicável relação especial de poder. (...). (ROXIN, 2002, p.39-40).

É necessário estudar a questão do trabalho do preso, tema polêmico e discutível, que coloca a Lei de Execução Penal em aparente contradição com a nova Constituição de 1988, assim como comparar a aplicação das leis penais no Brasil com a aplicação das leis penais de outros países, com ênfase no direito penal estadunidense, que permite a obrigatoriedade do trabalho do preso e mostra-se mais eficaz do que o sistema brasileiro atual.

Trabalhar a capacitação profissional do presidiário ligada à obrigatoriedade do trabalho ou do estudo, dentro ou fora da penitenciária, como requisito para a obtenção de alguns benefícios além da redução da pena, ou até mesmo como requisito para sua subsistência, em busca de prepará-lo para a realidade que o aguarda, tendo em vista que um dia esse presidiário voltará ao convívio social, parece razoável.

Tendo em vista a primazia das vantagens do trabalho obrigatório do preso sobre as desvantagens, tanto para a sociedade quanto para o apripionado, é pertinente defender a aplicação da LEP diferenciando trabalho obrigatório de trabalho forçado e adequando, assim, a obrigatoriedade do trabalho à Constituição brasileira.

Associar o trabalho obrigatório ao sustento do preso, ajudando-o a instruir-se, sensibilizar-se, preparar-se para o mundo, não agride nenhum direito fundamental do mesmo, pelo contrário, tal execução pode se dar de forma construtiva, apta a garantir seus direitos e os direitos da sociedade. Isto significa que devemos garantir aos condenados a oportunidade de voltarem ao convívio social como seres humanos preparados para uma vida dentro dos limites socialmente aceitos.

O trabalho é o que leva o sujeito a aprender um ofício, a aprender a viver em grupo, seguir regras, esforçar-se para se destacar e obter em troca, além da construção de seu caráter, os benefícios financeiros que o trabalho oferece. A remição pelo trabalho deve ser considerada tão importante quanto a remição pelo estudo.

É interesse de todos que as pessoas vivam em harmonia, na maior medida possível. Porém, para que tal ideal aproxime-se de nosso hoje, são necessárias atitudes simples de aprimoramento de nossos sistemas, cujo papel seja “reincluir” alguém que causara dano à harmonia social ao convívio pacífico com o restante dos cidadãos. A atualidade nos desaponta ao confirmar que o Brasil está entre os poucos países do mundo que tem em seu sistema prisional mais de quatrocentos e noventa mil presos – sendo a segunda população carcerária do mundo entre os países democráticos -, e que a execução da pena de tanta gente, em regra, não terá nenhuma utilidade além da neutralização momentânea daquelas pessoas.

No século passado, já após o fim da escravidão no Brasil, começou-se a criar um pensamento contra todo e qualquer tipo de trabalho forçado. A luta contra o trabalho forçado é uma realidade ainda nos dias de hoje. Contudo, é preciso estabelecer uma diferenciação entre trabalho forçado e trabalho obrigatório. Além disso, vive-se em um período em que é necessário atentar-se às peculiaridades de cada caso.

Há uma expectativa social de que o condenado “pague” pelo que fez. Tal expectativa reflete a lógica retributiva do pensamento religioso que influencia de forma particularmente relevante os países latinos. O desafio é reconstruir a Execução Penal de forma a responder a esta demanda social e, simultaneamente, torná-la útil tanto socialmente quanto em relação ao indivíduo submetido à pena.

Michel Foucault diz a respeito das penas privativas de liberdade: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.” (FOUCAULT, 2002, p.).

Assim como Foucault, outros autores defenderam a utilização do trabalho em benefício do homem. Diz Francisco Bueno Arús sobre o trabalho:

É imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade. (ARÚS, 1972, p. 307)

O trabalho é considerado um direito dos homens, pela Constituição, porém, mais do que isso, o trabalho mostra-se como a forma mais apropriado para que o condenado aprenda

ou reaprenda a viver em grupo, portar-se melhor, seguir regras, gerando um resultado proveitoso para todos os envolvidos na Execução Penal.

2 AS TEORIAS DA PENA

A natureza da execução penal é discutida pelos doutrinadores que se divergem quanto às teorias retributiva, mista e preventiva. Faz-se necessária uma breve análise destas possibilidades, pois são elas que justificam, em última instância, todo o sistema de execução penal. A forma da Execução variará a depender da corrente aqui adotada.

2.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas são retribucionistas, e defendem que a pena deve ser aplicada proporcionalmente ao delito praticado pelo indivíduo tendo como fim, unicamente, punir.

Tais teorias retributivas ao alegarem que a função da pena seria apenas punir alguém que tenha cometido um crime, esbarram em questionamentos quanto aos efeitos e consequências dessas simples punições.

O jurista alemão, Claus Roxin, disserta sobre as teorias absolutas, ou teorias retribucionistas da seguinte forma:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato pelo cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. Detrás da teoria da retribuição se encontra o velho princípio do Talião. (ROXIN, 2003, p.81-82)

O fato é que unicamente a função de punir não se mostra suficiente quando pensamos na complexidade da vida em sociedade e a necessidade de manter o convívio harmônico em coletividade. Ainda, não se pode deixar de pensar na pessoa do infrator e pensar apenas no erro cometido que deve ser sanado. Ao infringir uma regra, o sujeito não deve apenas 'pagar' com a perda de sua liberdade e regular convívio social. A função da pena deve ser mais ampla do que isso.

2.2 Teorias Relativas

Essas teorias defendem que a prevenção do delito é o fim útil da pena, que não deve ser a retribuição, mas sim a prevenção. No caso das teorias relativas, também chamadas de teorias preventivas, diferentemente das teorias absolutas, a pena não se imporá como castigo apenas porque alguém delinuiu, mas para que esse sujeito não volte a praticar crimes.

Esta prevenção deve ser vista tanto como a inibição, causada pela existência da sanção penal que será aplicada caso alguém da sociedade cometa crime, a conhecida prevenção geral, quanto a prevenção no que tange à preocupação para que o delinquente não repita sua infração sob a ameaça do direito penal de ser novamente apenado, a denominada prevenção especial.

A prevenção geral consiste em inibir a prática do crime na sociedade através da intimidação, tal como explica Herbert Packer (1999) em *The limits of the criminal sanction* :

A clássica teoria da prevenção é o que é normalmente descrito como dissuasão: o efeito inibidor que a punição atual ou prevista, terá nas ações daqueles que, de outro modo, estariam dispostos a cometer crimes. (PACKER, 1999, p. 39 , tradução nossa³)

Assim sendo, as teorias relativas demonstram uma preocupação com a função educativa da pena. Na obra 'Fundamentos de Direito Penal' de Günther JAKOBS(2003), a legitimação da vigência da norma se dá através da aplicação da pena, gerando assim a tranquilidade no sentido de que a norma existe para garantir a segurança social.

A pena, sob o ponto de vista das teorias preventivas, exercerá sobre o indivíduo um tipo de coerção psicológica motivando-o a não praticar o tipo penal para que não haja castigo. Sobre o tema dispõe, Jorge de Figueiredo Dias, da seguinte forma:

O denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica, como se sabe, na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade da sua execução.(DIAS, 1999, p 98-99)

³ The classic theory of prevention is what is usually described as deterrence: the inhibiting effect that punishment, either actual or threatened, will have on the actions of those who are otherwise disposed to commit crimes. (PACKER, 1999, p. 39).

O fato de alguém cometer um tipo penal, por si só, já demonstra a precariedade da prevenção geral e sua ineficácia. A prevenção geral é precária pois depara-se com uma série de problemas de ordem social e política. Pela linguagem adotada no texto das leis e pela falta de políticas que levem o cidadão a analisar o alcance de seus atos é difícil afirmar que seria eficaz a simples função da pena de inibir a prática de delitos pela sua simples existência.

2.3 Teorias Mistas

As teorias mistas buscam unir o que havia de melhor nas anteriores, resultando na ideia de que a pena além da natureza retributiva possuiria também natureza preventiva para que se adverta a sociedade e ressocialize o condenado.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2003) bem explanou em seu Livro Tratado de Direito Penal, as teorias mistas são críticas às outras duas anteriormente citadas, consideradas soluções monistas. A teoria mista abrange uma pluralidade funcional da pena.

“Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.” (BITENCOURT, 2003, p.)

O Brasil adota a teoria mista, ou unificadora, da pena, não existindo prevalência ou hierarquia de um fator em relação a outro, devendo a pena inibir, prevenir e retribuir simultaneamente.

Segundo Claus Roxin:

No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto digno. (ROXIN, 1979, p.83)

Após o surgimento das teorias mistas, outras ideias apareceram acrescentando aos objetivos da pena a concepção de ressocialização e tentando-se excluir a ideia da retributividade dos escopos da sanção penal.

3 ESCOPOS DA PENA

No Brasil, os escopos da pena são basicamente três, quais sejam: a finalidade retributiva, preventiva geral e especial e re-educativa ou ressocializadora.

Entende-se por Pena com sendo uma resposta dada pelo Estado a alguém que cometa um ato punível através da vedação de um bem jurídico.

A grande inspiração da Lei de Execução Penal (LEP) é a ressocialização, podendo esta ser conceituada da seguinte maneira:

O discurso jurídico sobre a ressocialização e, conseqüentemente, a construção do conceito, nasceu ao mesmo tempo que a tecnificação do castigo. Quando o 'velho' castigo, expresso nas penas inquisitoriais, foi substituído pelo castigo 'humanitário' dos novos tempos, por uma nova maneira de disposição dos corpos, já não agora dilacerados, mas encarcerados; quando se cristaliza o sistema prisional e a pena é, por excelência, a pena privativa de liberdade; quando se procura mecanizar os

corpos e as mentes para a disciplina do trabalho nas fábricas, aí surge, então, o discurso da ressocialização, que é em seu substrato, o re treinamento dos indivíduos para a sociedade do capital. Neste sentido, o discurso dos 'bons' no alto da sua caridade, é ode pretender recuperar os 'maus'(CAPELLER,1985, p. 131).

Marcos Rolim apresenta sua visão sobre o assunto da seguinte maneira:

“Imaginar que dezenas de milhares de pessoas estão sendo enviadas aos presídios brasileiros a cada ano e que, por conta dessa decisão, a maior parte delas oferecerá riscos mais graves à sociedade quando terminarem suas penas deveria ser suficiente para que todo o sistema fosse repensado. Inacreditavelmente, não é isso que ocorre” (ROLIM, 2006)

O problema é que muitos não acreditam na possibilidade de reabilitação do condenado e sim na simples “neutralização” oferecida por longas sentenças. Ora, se esse pensamento fosse aceitável, também seria ponderado pensarmos nas sentenças que estabeleçam prisão perpétua ou de morte como as grandes “soluções” dos problemas da criminalidade, uma vez que nesta logica de inexistência da reabilitação o criminoso ao voltar a sociedade

necessariamente voltaria a se delinquir. Absurdo este tipo de hipótese vista como saída para o problema criminal e de execução penal, vez que há pesquisas conclusivas que demonstram que a existência de prisão perpétua e pena de morte não tem nenhum impacto sobre a criminalidade numa determinada área. (WACQUANT, 2001).

A realidade dos presídios brasileiros é totalmente diferente de como ela deveria ser se cumprisse e concretizasse os dispositivos legais. Neste sentido, é pertinente lembrar da

necessidade do engajamento da sociedade civil organizada e das lideranças comunitárias na luta em prol da criação e desenvolvimento de políticas penitenciárias efetivas e perenes, no sentido de tornar a pena de privação de liberdade digna, portem justa no sentido do reparo ao mal causado a sociedade. (ROCHA, 2002, P.45)

Em termos práticos estudo e trabalho se completam. Na sociedade de hoje é extremamente difícil a ideia de se conseguir um emprego sem um mínimo (cada vez mais alto) de formação educacional. Tais dificuldades são diariamente enfrentadas mesmo por pessoas sem ficha criminal.

Uma pessoa que tenha antecedentes criminais muito provavelmente será preterida por outro candidato. Diante disso, na sociedade em que vivemos, ainda impregnada de preconceitos e conservadora, devolver um ex-detento ao convívio social, sem prepará-lo devidamente para isso, pode ser considerado nova sentença condenatória deste indivíduo que sem oportunidades, ver-se-á tentado a cometer outros crimes pensando ser esta a sua única forma de sobrevivência.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, esse é o tipo de dignidade da pessoa humana que pregamos em nosso país? Os direitos humanos e garantias fundamentais deste indivíduo estão sendo preservados de que maneira e a que custo?

Reabilitar um condenado não é uma tarefa fácil, todavia há uma série de recursos que poderiam ser utilizados e não os são.

4 O TRABALHO NA REABILITAÇÃO

O trabalho sozinho não é suficiente para reabilitar o condenado, entretanto é, ou pelo menos deveria ser, peça chave para a concretização dos objetivos da pena e ressocialização

dos apenados. Outras ações realizadas simultaneamente, como formação educativa, são essenciais para a preparação destes detentos à volta ao convívio social.

Uma prova da viabilidade da ideia de “recuperação” é o trabalho desenvolvido pelo sistema APAC, entidade civil destinada à recuperação e reintegração à sociedade do condenado a penas privativas de liberdade. Esta instituição, apesar de ser um sistema que ainda não comporta grandes proporções, apresenta formas alternativas para o cumprimento de pena, e os resultados apresentados à sociedade mostram-se extremamente eficientes no que tange principalmente ao fator ressocialização do condenado.

Ainda sobre a relação entre trabalho e ressocialização, Rodrigo de Abreu Fudoli (2004) retrata em seu texto a importância do trabalho para o penitenciário, assim como o quão é importante a contribuição desse presidiário, com sua força de trabalho, para a sociedade.

Hoje, o trabalho não é mais retributivo; constitui parte do tratamento penitenciário, que, por sua vez, é um dos pilares da propalada e discutível ressocialização do apenado, tendo como metas promover sua readaptação, profissionalizá-lo e inculcar em seu modo de vida os hábitos laborais. Trata-se da consagração da perspectiva criminológica positivista, calcada no dogma da diversidade do homem delincente, ou seja, na contraposição entre indivíduos normais (os integrantes da cadeia produtiva) e os anormais (vadios por tendência).

De qualquer forma, o importante é deixar claro que sempre se atribuiu ao trabalho enorme importância. No ambiente carcerário, então, empresta-se ao trabalho papel quase sagrado: funciona como panaceia para todos os desvios sociais nos quais incorrem os criminosos, presumidamente vadios e ociosos. Esse entendimento se fortalece em períodos de crise econômica, quando, concomitantemente ao incremento das taxas de desemprego, afirma-se ser inadmissível manter parcelas marginalizadas no cárcere, sem que elas retribuam, trabalhando, com sua fração de sacrifício.” (FUDOLI, 2004, p.23)

A Lei de Execução Penal, recentemente modificada, ampliou os direitos do condenado à educação e trabalho. Entretanto, não é suficiente, se pensarmos na realidade que encontramos dentro dos presídios e, também, fora deles.

O artigo 41 da Lei de Execução Penal garante ao preso o direito de trabalhar, entretanto a mesma lei considera o trabalho como obrigação do condenado.

O preso será devidamente remunerado pelos trabalhos realizados, assim como terá jornada de trabalho delimitada, e o direito de remir sua pena conforme os requisitos estabelecidos na seção IV do capítulo I do título V da Lei de Execução Penal. A remição pode ser tanto pelo estudo quanto pelo trabalho do condenado.

Renato Marcão (2012) expõe sobre a remição pelo estudo:

Na falta de regra específica na lei, doutrina e jurisprudência divergiam sobre a possibilidade de remição pelo estudo. De nossa parte, sempre entendemos cabível a remição tomando por base o tempo dedicado ao aprimoramento estudantil. A melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favoreça a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste ao aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos de execução, influenciando de forma positiva em seu (re) adaptação ao convívio social. Alias, não raras vezes o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente e no futuro do sentenciado, vale dizer, durante o período de cumprimento de pena e no momento da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito. Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve constituir um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca deste ideal é a possibilidade de remir a pena privativa de liberdade pelo estudo.(2012, p. 219)

Sobre a remição da pena, Célio César Paduani alega que o instituto

constitui, sem dúvida, uma das grandes inovações da Lei de Execução Penal, mormente por se encontrar vinculado ao *trabalho*, que deve ser o fator mais importante de reeducação do sentenciado. Deveras, a laborterapia deve constituir um dos tratamentos mais adequados, ao lado da educação, ao preso que vive em nossas penitenciárias e cadeias públicas em completa ociosidade (PADUANI, 2002, p. 15).

A laborterapia é utilizada para que os apenados, de acordo com suas aptidões, produzam enquanto encontram-se sob efeito de pena, assim como dá a oportunidade a eles de se relacionarem e se introduzirem aos poucos de volta à sociedade.

O labor é, segundo Hannah Arendt (2009), “conjunto de atividades que o ser humano utiliza para sobreviver”, apresentando-se como exemplo de labor o ato de plantar para utilizar o tempo do dia. Arendt difere labor de trabalho, pois, segundo ela, trabalho é um conjunto de ações para criar instrumentos para o auto sustento, como por exemplo seria trabalho, vender o que se plantou.

O indivíduo terá garantida a sua dignidade perante a família e a sociedade através do trabalho, seja ele de que natureza for, tanto manual quanto o intelectual. Assim sendo, para se

falar em dignidade da pessoa humana não há como não falar do vínculo e contribuição do trabalho para que ela se efetive.

5 O TRABALHO DO CONDENADO E O DIREITO INTERNACIONAL

Como forma de reconhecimento da importância e dos reflexos positivos que geram o trabalho dos condenados, o Direito Internacional consagrou o trabalho dos penitenciários e estabeleceu regras gerais para esse tipo de trabalho.

Por meio dos tratados internacionais é que o Direito Internacional busca garantir a efetividade das regras que tratam, de forma geral, a respeito do trabalho do condenado, uma vez que os países que assinam os tratados passam a ser vinculados às regras deles.

Há, também, os organismos internacionais que editaram normas a respeito do tema, tais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Organização Internacional do Trabalho, na Convenção da Organização Internacional do Trabalho 29, editou regras sobre o trabalho forçado, porém é de suma importância destacar que excluiu-se do conceito de trabalho forçado os trabalhos advindos de condenação por meio de sentença judicial.

No que tange às “Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos”, Rodrigo de Abreu Fudoli (2004) diz:

Sobre as Regras Mínimas editadas pela Organização das Nações Unidas, são elas parte do que Anabela Miranda Rodrigues chamou de "consolidação de uma nova posição jurídica do recluso", caracterizada essa nova posição pela restituição do condenado à sua autêntica dimensão humana. Visto o condenado na sua qualidade de cidadão, tornasse ele portador do direito à manutenção de sua dignidade humana. Para a autora, as Regras Mínimas significaram a passagem, na seara do Direito Penitenciário, das especulações para o campo da legalidade. (FUDOLI, 2004, p. 28)

As Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas não deixam de conferir que sejam garantidos aos trabalhadores que estão em cumprimento de sentença os direitos assegurados à todos os trabalhadores livres, tais como o direito à segurança e saúde, indenização em caso de acidentes de trabalho, jornada de trabalho com carga horária limitada e regular, descanso semanal e remuneração por exemplo.

Alem disso a ONU em suas Regras Mínimas determina que a obrigatoriedade do trabalho do condenado deve possuir fim educativo e laboral, ou seja, deve possuir o objetivo de ocupar o tempo de forma produtiva, evitando, assim, o ócio.

Edmundo Oliveira, ao tratar sobre o tema, traz as seguintes informações:

É interessante assinalar que, na quase totalidade dos sistemas penitenciários latino-americanos, e aí se inclui o Brasil, existe uma lei determinando que, através da ocupação, o preso diminui sua pena: para cada três dias trabalhados, abate-se um dia de pena. Como a maioria dos presos não trabalha, essa lei existe sem maior efetividade. Na quase totalidade dos sistemas penitenciários, a regra é remunerar o trabalho do preso com a metade ou três quartos de um salário mínimo.(OLIVEIRA,2003, p. 39)

A ideia seria que os países do Mercosul se mobilizassem para rever as condições de seus presos e criassem políticas para que se pudesse chegar mais próximo da reabilitação e ressocialização do apenado.

6 TRABALHO OBRIGATÓRIO X TRABALHO FORÇADO

Trabalho forçado não seria contemplado por nenhum benefício, já o trabalho obrigatório é algo que alem de estar associado a ideia dos benefícios que são de direito de qualquer pessoa trabalhadora, está atrelado à infeliz condição excepcional do réu, mas sem que lhe seja negado direitos humanos.

O objetivo de capacitar e instruir estes presos não é apenas evitar reincidências, mas, também, tentar mudar a forma com que a sociedade vê, trata e, até mesmo, julga este condenado. Esquece-se que fatalidades podem ocorrer em qualquer lugar, em qualquer ambiente, inclusive em nossas casas, envolvendo a família, e transformando o estado de um de nossos entes queridos, imputando-lhe o status de condenado penal.

O trabalho obrigatório deve ser entendido por aquele trabalho que possui caráter social e educativo, pelo qual o condenado receberá remuneração e benefícios no que tange à sua pena.

Na obra “Comentários à Lei de Execução Penal”, José Antônio Paganella Boschi e Odir Odilon Pinta da Silva reafirmam a teoria que versa sobre a ressocialização pelo trabalho.

José Antônio Paganella Boschi e Odir Odilon Pinta da Silva, *in* “Comentários à Lei de Execução Penal”, citado em Agravo do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

Todo ser humano, uma vez capacitado à atividade laboral para a manutenção de sua própria subsistência e sua perfeita integração na sociedade, de onde é produto, tem necessidade de fugir à ociosidade através do trabalho. A esta regra não escapa o condenado à pena restritiva de liberdade, cujo trabalho, como dever social e condição da dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (art. 28 da LEP). Educativa porque, na hipótese de ser o condenado pessoa sem qualquer habilitação profissional, a atividade desenvolvida no estabelecimento prisional conduzi-lo-á ante a filosofia da Lei de Execução Penal, ao aprendizado de uma profissão. Produtiva porque, ao mesmo tempo em que impede a ociosidade, gera ao condenado recursos financeiros para o atendimento das obrigações decorrentes da responsabilidade civil, assistência à família, despesas pessoais e, até, ressarcimento ao Estado por sua manutenção. O trabalho durante a execução da pena restritiva da liberdade, além dessas finalidades, impede que o preso venha, produto da ociosidade, desviar-se dos objetivos da pena, de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se, cada vez mais nos túneis submersos do crime, corrompendo-se ou corrompendo seus companheiros de infortúnio.(MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Ag.n. 450.318-0 da Comarca de Itabirito, Juiz Relator: Alexandre Victor de Carvalho, 2004)

O grande problema da obrigatoriedade do trabalho do penitenciário levantado principalmente pelos estudiosos dos Direitos Humanos é quanto ao que acontecerá caso esse preso recuse-se a cumprir sua obrigação.

Dessarte, se o trabalho do penitenciário for considerado obrigatório, fará parte das regras e deveres do preso. Neste sentido, é razoável pensar nas sanções já aplicadas pelas penitenciárias como consequência para aquele que descumprir as regras do trabalho assim como as outras regras.

Vale ressaltar que, o preso poderia ser repreendido de forma mais severa, caso descumpra a regra do trabalho obrigatório, visando garantir a efetividade da norma. Assim sendo, é importante que seja pensada a aplicação de sanções administrativas mais severas em caso de descumprimento injustificado do dever de trabalhar.

Em modos práticos, pode-se notar que os próprios reclusos, via de regra colaboram com a ordem da instituição uma vez que isso caracteriza o bom comportamento e pode trazer-lhes benefícios dos quais a maioria deles não quer abrir mão.

Já em 1980, João Carlos Casella, na tentativa de diferenciar o trabalho forçado do trabalho obrigatório, instituído como direito e dever do preso simultaneamente, escreveu:

A prestação de trabalho, por parte do presidiário, integra-se “no regime da execução da pena (da sanção penal) concomitantemente como um direito e um dever”, sem

que, portanto, configure, em si, uma pena frequente em tempos passados (trabalhos forçados). Múltiplas são as funções do trabalho do presidiário, reconhecido como verdadeira necessidade: favorece o estado psicológico para que o condenado aceite sua pena; impede a degeneração decorrente do ócio; disciplina a conduta; contribui para a manutenção da disciplina interna; prepara-o para a reintegração na sociedade após a liberação; permite que os presidiários vivam por si só próprios.(CASELLA, 1980, p. 424)

À vista disso, é crucial que seja percebida e reconhecida a diferença entre trabalho forçado e trabalho obrigatório, sendo este último essencial, podendo ser até mesmo considerado peça chave no processo de ressocialização dos penitenciários.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi construída sobre o tema do trabalho penitenciário. Tendo em vista a necessidade de entender melhor as leis penais e produzir formas de execução que se adequem à lei, assim como efetivem os objetivos da sanção penal, o presente trabalho explica a diferença entre trabalho forçado e trabalho obrigatório e os benefícios do trabalho tanto para o preso quanto para a sociedade.

Destarte, a pesquisa realizada através de leitura de textos jurídicos sobre trabalho, execução penal, finalidades das sanções penais, política e segurança pública, nos levou às seguintes conclusões a respeito do tema:

O trabalho deve estar presente no dia a dia dos apenados, não como uma faculdade, mas como uma obrigação, um dever, assim como outros deveres que são estabelecidos pelos presídios.

Alem dos benefícios laboroterápicos, o detento ao trabalhar será remunerado por isso e, também, receberá a remição da pena. Os benefícios não se restringiriam apenas à pessoa do condenado, abrangendo junto a sociedade que espera que o Estado cumpra o seu papel de cuidador dos direitos de todos.

Reabilitar o infrator para efetivar a ressocialização dele não é um interesse apenas do Direito ou do Estado, é interesse do próprio sujeito e interesse de todos que vivem na mesma comunidade que ele.

Concretizar a concepção de reabilitação pode parecer otimista demais ou até mesmo demasiadamente crente em uma sociedade boa e civilizada. Entretanto, mesmo com as mazelas sociais, é preciso que não se deixe de pensar em tais assuntos inibindo-se diante das dificuldades. A teoria deve ser pensada e criada visando a aplicação da mesma, pois se assim

não o for, teorias criadas para ilustrar papéis e mentes, na ordem das ciências sociais aplicadas que é o caso do Direito, esvaziam-se de sentido e razão de ser.

8 BIBLIOGRAFIA

ARÚS, Francisco Bueno. Panorama Comparativo dos Modernos Sistemas Penitenciários. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1972, p. 297-313.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASELLA, João Carlos. O presidiário e a previdência social no Brasil. **Revista de Legislação do Trabalho e Previdência Social**. p. 422-434, abril 1980.

CAPELLER, Wanda. **O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização**. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. São Paulo, 1985, p. 127-134.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98-99

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete; 25ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002

MARCÃO. Renato. **Curso de execução penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE ALÇADA. Agravo nº 450.318-0 da Comarca de Itabirito, Juiz Relator: Alexandre Victor de Carvalho, julgado em 3/8/2004.

OLIVEIRA, Edmundo. *Prisões e crime organizado na América Latina*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, 2003.

PACKER, Herbert L. **The limits of the criminal sanction**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1999, p.39

ROCHA, Breno. **Sistema Penitenciário-Uma teoria elaborada na práxis**. Recife. Ed. Do autor, 2002 – Coleção Teoria Alternativa.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Center for Brazilian Studies, 2006.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**. Buenos Aires: Delpalma, 1979, p. 83.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, p. 81-82, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Aide, 1996.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Embriaguês Completa Não Acidental: Responsabilidade Objetiva do Agente

Embriaguez completa no accidental: Responsabilidad Objetiva del Agente

Rodrigo Ferreira¹

Resumo

O presente estudo tem por objetivo trazer à tona uma discussão acerca da forma de responsabilização daquele que, colocando-se em estado de completa embriaguês e não se enquadrando nas situações de caso fortuito e força maior, produz um resultado penalmente típico. Isso porque a lei é expressa em dizer que nestes casos o agente, embora alijado completamente das faculdades de entender o caráter ilícito do fato e de se comportar conforme este entendimento, deverá responder como qualquer pessoa plenamente capaz (imputável) que tivesse praticado conduta semelhante. Todavia, uma análise crítica da situação exige concluir que se trata de situação em que se responsabiliza o sujeito que se encontrava em situação de inimputabilidade, caracterizando-se a chamada responsabilidade penal objetiva, sabidamente rechaçada pelo direito pátrio.

Palavras Chave: Embriaguez Completa – Não Acidental – Responsabilidade Penal Objetiva – Actio Libera In Causa

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo poner en primer plano la discusión de esa forma de rendición de el sujeto que ponerse en un estado de embriaguez y no encajar en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, produce un criminal típico resultado. Eso es porque la ley es expresa al decir que en estos casos el agente, aunque se deshizo por completo las facultades de comprender la ilicitud del hecho y que se comporten de conformidad con esta comprensión, responderá como personas plenamente capaces que habían practicado la conducta similar. Sin embargo, una análisis crítico de la situación requiere la conclusión de que esta es la situación en la que culpan al hombre que se encontraba en situación de inimputabilidad, con la denominada responsabilidad penal objetiva, a sabiendas rechazada por derecho paterno.

Palabras clave: embriaguez completa - No es accidental - Responsabilidad Penal Objetiva - Actio Libera En Causa

¹ Especialista em direito público, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito e da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana.

1. CONTEXTUALIZANDO

A doutrina penal não logrou êxito em explicar de forma coerente como se dá a questão da responsabilização daquele indivíduo que pratica um injusto penal em estado de completa embriaguez, tendo atingido tal estado de forma voluntária ou culposa. Sendo assim, uns doutrinadores são partidários da responsabilização daquele que comete um injusto neste estado e outros, pertencentes a uma segunda corrente, repelem veementemente a hipótese.

Assim é que os que defendem a não responsabilização alicerçam-se principalmente no fato de que tal é claramente ofensiva à responsabilidade subjetiva que constitui hoje um basilar princípio do Direito Penal. Cumpre, também, destacar que há divergência de opiniões até mesmo entre os defensores de uma mesma corrente. Assim, é entre os que defendem a responsabilização que repousa a divergência interna. Ora argumentam que no caso não há afronta alguma ao princípio da culpabilidade posto que fundamentados na teoria da *actio libera in causa sive ad libertatem relata*, ora admitem que há uma supressão de tal princípio, mas que isto se faz imperioso para que sejam resguardados os direitos da sociedade e resumem tudo em um motivo de política criminal. Outros, ainda, chegam a afirmar de forma categórica que mesmo nos casos de embriaguez completa “*haveria uma vontade residual no agente embriagado, isto é, um resíduo de consciência e vontade que não lhe eliminaria a imputabilidade*” (BITENCOURT, 2000, p. 316)

No Brasil, seguindo a orientação da doutrina italiana, o legislador achou por bem estatuir que este indivíduo seja equiparado a qualquer outra pessoa que esteja no seu juízo perfeito, sendo punido da mesma maneira quando do cometimento de um fato típico. Esta é a inteligência da regra esculpida no art. 28, II do Código Penal Brasileiro, que determina que a embriaguez voluntária ou culposa não exime o agente de imputabilidade, ainda que completa.

Diante desta regra vemos que o legislador pátrio é partidário da imputabilidade e, por conseguinte, da responsabilização daquele que pratica um injusto penal em um estado de completa embriaguez. Todavia, esse entendimento, que foi por muito tempo quase que unânime, vem sendo cada vez mais questionado pela doutrina de diversos países, sendo que em alguns, vem sofrendo mudanças no sentido de que, nestas circunstâncias, o agente não responda penalmente em face da ausência do elemento subjetivo, ou seja, ausência de dolo, relativamente ao fato delituoso.

A embriaguez completa, voluntária ou culposa, é um exemplo da responsabilização objetiva no direito penal e que até a data presente continua incontornável. Aqui, cede o dogma da culpabilidade. A segurança, por exceção, sobrepõe-se à justiça material. Deparamos com uma antinomia no direito penal. (CUNHA LUNA, 1985. p. 155)

Isto posto, cumpre a este trabalho, fazer uma análise das diversas opiniões existentes na doutrina para ao final demonstrarmos que, sendo caso claro de responsabilidade penal sem culpa, está em dissonância com o nosso sistema jurídico atual, tanto em sede constitucional como infraconstitucional.

2. EMBRIAGUEZ

O estudo em questão levará em conta a responsabilidade penal do ébrio pelo que é de grande importância construirmos um conceito seguro de embriaguez definindo, ao final, sua possível e real extensão, sem descurar dos critérios de aferição da mesma.

Ora, é sabido que a ingestão imoderada e reiterada de álcool pode causar, ou melhor, com certeza virá a causar males à saúde. A extensão destes males é muito extensa, vai desde leves alterações psicológicas até sérios reflexos de ordem fisiológica². Todavia os danos à saúde não se detêm, como já foi dito, a parte fisiológica: resta também prejudicado o sistema nervoso³ do indivíduo, que diante da reiteração no uso imoderado pode tornar-se até mesmo um doente.

Assim, para facilitar o estudo discorreremos basicamente sobre a embriaguez oriunda da ingestão de álcool, conquanto o que sobre ela for falado aplica-se quase que na sua integralidade às outras substâncias inebriantes.

² Penetrando pela boca, todos os órgãos por onde transita o álcool são por ele prejudicados na sua integridade anatômica e no seu equilíbrio funcional. O estômago, o fígado, os rins, o coração, os vasos, as glândulas, o sistema nervoso e o cérebro, todos os órgãos pagam pesado tributo ao terrível veneno. (GOMES, 1959, p. 216)

³ O sistema nervoso, pela sua grande suscetibilidade ao tóxico, é largamente atingido: aparecem tremores das mãos e da língua; câimbras, perturbações do sono; pesadelos; paralisias; distúrbios da visão; embriaguez; delírio alcoólico; delírio de ciúme; epilepsia alcoólica; *delirium tremens*; *confusão mental e demência alcoólica*. (GOMES, 1959, p. 217)

2.1 Definição

A embriaguez ou alcoolismo é um estado de intoxicação agudo e transitório a que chega o indivíduo que faz uso de substâncias inebriantes.

Na definição de Ernesto Freitas Xavier Filho, embriaguez constitui o conjunto de fenômenos tóxicos transitórios ocasionados pelo ingresso no organismo de substâncias capazes de modificar as funções mentais e de provocar alteração neurológica. (NETO, 1990, p.7)

Neste estado, as alterações causadas vão ao extremo de sua capacidade intelectual e volitiva ficar bastante prejudicada ou mesmo suprimida.

2.2 Fases

A embriaguez passa por alguns estágios na sua evolução. Cumpre, então, fazer menção a quais são estes estágios pelos quais passa o indivíduo desde o começo da ingestão das substâncias, em que há tão somente uma pequena euforia, até a embriaguez chamada de comatosa, que se constitui no último estágio possível de intoxicação antes do advento da morte.

Basicamente são três as fases que compreendem a embriaguez: subaguda, aguda e superaguda, e é a elas que agora passaremos.

2.2.1 Fase Subaguda

A embriaguez subaguda é a popularmente chamada embriaguez incompleta. Neste estado o indivíduo é tomado de grande euforia e é aí que perde os freios morais e sociais. Fala toda sorte de incoerências, no mais das vezes é mesmo motivo de mofa por parte das outras pessoas. Aqui, estando tomado de uma sensação de euforia e excitação, geralmente não causa mal algum pois tem o perfeito domínio dos seus atos, não há que se falar em supressão da sua capacidade mental.

2.2.2 Fase Aguda

Logo em seguida, deparamo-nos com a fase aguda, já considerada como de embriaguez completa. Aqui, o indivíduo, antes engraçado e espirituoso, torna-se um tanto agressivo, os movimentos já não são os mesmos, ele está lento e sua coordenação motora está bastante comprometida. Sua capacidade de entendimento já resta prejudicada, senão suprimida, ele está confuso, a fala é embolada e ele já pode vir a sofrer de amnésia alcoólica. Já resta comprovado que o indivíduo não mais consegue ter o domínio dos seus atos, ele está bastante ou completamente privado de capacidade intelectual ou volitiva. Ou seja, já não é senhor de si, não consegue entender a realidade e nem se comportar conforme este entendimento. Atingiu o estado de inimputabilidade.

2.2.3 Fase Superaguda

Por ultimo a fase superaguda. Neste estágio ultimo, corriqueiramente chamado de estado comatoso ou letárgico, o indivíduo chegou à derradeira etapa da embriaguez. Aqui, já no “fundo do poço”, é comedido de um sono incontrolável e, vindo a adormecer, cai em sono profundo não tendo mais controle algum sobre seu corpo. Entre os principais sintomas desta fase estão a insensibilidade da retina à luz, os vômitos e tremores e há também relaxamento dos esfíncteres, o que leva o bêbado a não ter controle sequer sobre suas necessidades fisiológicas. Em casos extremos de intoxicação o indivíduo pode até mesmo vir a morrer. Nesta fase o indivíduo somente pode praticar crimes omissivos ou comissivos por omissão. Isto em virtude de que, em não mais possuindo sequer capacidade motora o indivíduo, somente será dado ao mesmo praticar crimes que se configurem pela ausência de ação.

Sendo estas as fases, cumpre destacar que a diferenciação, que na teoria mostra-se bastante simples, é muito complicada na prática pelo fato de que não há uma regra matemática para tanto. A passagem de uma para outra fase é de percepção muito difícil, vez que não se dá em compartimentos estanques. Além do que, conforme seja mais ou menos resistente à substância, o indivíduo vai embriagar-se com a ingestão de diferentes quantidades. Logo, o que é o bastante para levar um indivíduo a um estado letárgico pode

levar um outro tão somente a uma euforia. Por isso é de grande importância sabermos quais são os métodos utilizados na sua aferição.

2.3 Diagnóstico

Sabido que a prática de fatos delituosos em estado de completa embriaguez constitui-se em uma realidade, é necessário que haja maneiras seguras de se diagnosticar quando o indivíduo está em uma ou outra fase de intoxicação para que se saiba o seu grau de entendimento e, conseqüentemente, se era imputável ao tempo do cometimento do ato.

Como relatado linhas atrás, esse diagnóstico é um tanto difícil em face de diversos fatores que podem influenciar a resistência ao álcool. Pelo que:

Deve-se desde já advertir-se da extrema dificuldade da formulação do diagnóstico de embriaguez completa. A utilização de critérios gerais é prejudicada pelo valor diferenciativo dos factores individuais, os meios de investigação científica são imperfeitos ou dispendiosos e pouco difundidos e difundíveis, a prova testemunhal é de extrema falibilidade por todos os motivos e ainda porque sucede muitas vezes estarem as testemunhas também sob a influência do álcool no momento do crime. (SANTOS, 1968. p. 38)

Em face disto, prosseguiremos por expor os métodos de aferição existentes hoje, fazendo algumas críticas.

Em face disto é que, em um primeiro momento, faz-se importante ressaltar que nos ocuparemos dos métodos de aferição da embriaguez aguda e não da crônica, pois esta última refere-se ao indivíduo que sofre de uma doença do álcool, e o que constitui o objeto do nosso estudo é tão somente o caso do indivíduo que, não sendo doente, fez uso imoderado de álcool ou substâncias de efeitos análogos e veio a atingir o estado da chamada embriaguez completa praticando, então, um ato ilícito.

Assim, na aferição dos quadros agudos, o método mais usado é o exame do grau de alcoolemia. O exame de alcoolemia consiste em determinar a quantidade de gramas de álcool que há por litro de sangue no organismo e, conforme esta quantidade, conclui-se o quanto o álcool já prejudicou as faculdades intelectuais do agente. Esta aferição pode ser feita por diferentes métodos, como o exame de sangue ou mesmo o “bafômetro”. Todavia, da definição de alcoolemia, percebe-se que, conforme a pessoa ou o horário, desde que esteja, por

exemplo, em jejum, este resultado varia diante da ingestão da mesma quantidade de álcool, sem descuidar das resistências particulares de um indivíduo para outro e do uso de certas substâncias que proporcionam uma maior tolerância às substâncias entorpecentes. Exemplificativamente pode-se citar o café, que é referido por Walter Vieira do Nascimento como uma das substâncias que aumenta a tolerância do organismo ao álcool. Diante disto, a experiência tem mostrado que este exame, isoladamente, não é adequado para a avaliação do comportamento do sujeito, que é o que realmente tem relevância para a aferição da sua capacidade de entendimento e vontade e conseqüentemente da sua responsabilidade no Direito Penal. Desta forma, entende-se hoje que a melhor maneira de diagnosticar em qual das fases da embriaguez se encontra o sujeito é através da combinação do dito exame com outras formas de avaliação⁴.

Ensina Almeida Júnior que, no indivíduo vivo, o diagnóstico da embriaguez alcoólica poderá ser feito:

- a) pela observação comum;
- b) pelo exame clínico;
- c) por testes;
- d) através da dosagem de álcool. (NETO, 1990. p.12/13)

Esta é a opinião à qual nos filiamos pelo fato de que, reiterando o que já foi dito, o que é penalmente relevante é a real alteração que sofreu o indivíduo nas suas faculdades psíquicas em virtude do uso do álcool (ou substância de efeitos análogos). O importante é saber se, no caso concreto, o indivíduo podia ou não deliberar sobre seus atos e sobre a realidade circundante, agindo conforme este entendimento. É aí que se situa o fundamento da responsabilidade no âmbito penal, é este o aspecto subjetivo que somado ao nexo de causalidade justifica a reprovabilidade e, por conseguinte, a responsabilidade⁵.

⁴ Adverte Odon Ramos Maranhão da necessidade de se proceder ao exame clínico, neurológico e até psicotécnico para se estabelecer com precisão o diagnóstico da embriaguez, pois o que interessa, do ponto de vista jurídico, é o comportamento social, ou a expressão social do quadro tóxico, e esta pode não ter sido afetada. (NETO, 1990. p. 20)

⁵ Destaque-se que, hodiernamente, não se faz uma análise puramente subjetiva, necessário também que se dê em um âmbito normativo, para a avaliação da conduta culposa.

2.4 Embriaguez Penalmente Relevante

Em sede do Direito Penal pátrio a embriaguez é sempre relevante quando há o cometimento de um injusto penal. Há, tão somente, duas únicas exceções em que a embriaguez é motivo de não responsabilização conforme a legislação vigente. Estas são justamente as situações em que o indivíduo chegou a este estado por motivo de caso fortuito ou força maior.

Logo, entre nós, todos os outros motivos pelos quais o indivíduo ficar embriagado serão geradores de uma responsabilidade penal no caso da prática de um injusto. Não importa se ele queria ou não a prática do crime quando se encontrava ainda no exercício pleno da sua capacidade intelectual e volitiva, ou, tão pouco, se tinha previsibilidade naquela situação de que, vindo a embriagar-se, poderia produzir um resultado lesivo. Basta “dolo” ou “culpa” quanto ao simples ato de embriagar-se.

Por todo o exposto, viu-se claramente que, conquanto haja opiniões em sentido contrário, a intoxicação pelo álcool, conforme o grau, pode levar o indivíduo a um estado de total supressão da capacidade intelectual e volitiva e até mesmo da capacidade motora. Não descurando do fato de que seja um tanto difícil a aferição desta situação em relação a cada indivíduo no caso concreto, resta claro que, aquele que, neste estado, vem a praticar um injusto penal, o faz em um estado de inimputabilidade. Sendo assim, esta é a principal conclusão a que se chega neste capítulo.

3. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

A responsabilidade penal objetiva é aquela decorrente do princípio canônico medieval “*versari in re illicita operam Danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*, ou simplesmente, *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*”. Dele advém que aquele que der causa ao resultado, ao injusto, independente de ter agido com dolo ou culpa, deve ser responsabilizado. Assim, conforme esta teoria, na sua expressão mais pura, responde o agente ainda que o fato tenha sido consequência de caso fortuito ou força maior. O que se observa é o só fato de a conduta anterior praticada pelo agente ter dado causa ao resultado lesivo punível penalmente, indiferente a vontade daquele.

Contudo, fácil de ver que essa responsabilidade, que leva em conta unicamente o nexo causal entre conduta e resultado é perigosa e equivocada. Em um exercício simples de regressão no tempo, conhecido como método de eliminação hipotético de Thyrén, poderemos concluir que até mesmo entre o fato da concepção do agente e o acontecido há um nexo de causalidade e, assim, até mesmo este fato é uma causa remota do acontecido. Logo, consoante a inteligência desta teoria, poderíamos, em última análise, concluir pela responsabilização até mesmo dos seus pais, ou seus avós. A possibilidade de regressão no tempo relacionando toda sorte de fatos que envolvem a vida do agente é infinita. Diante disso é que hodiernamente limita-se o alcance desta teoria com base na presença ou não de culpa.

Relativamente aos casos de crimes cometidos em estado de completa embriaguez esta teoria é, lamentavelmente, adotada pelo legislador pátrio, todavia não em sua plenitude, posto que, nos casos fortuitos e de força maior, bem agiu, de forma a isentar o agente de pena. Porém, é na já referida teoria que encontramos as origens em que se fundamenta o polêmico dispositivo insculpido no art. 28, II, do Código Penal Brasileiro que estabelece, como demonstrado anteriormente, a responsabilidade sem culpa no direito pátrio.

A responsabilidade objetiva é um equívoco na história do direito penal e, em uma análise crítica, observa-se que contraria não só o ideal de justiça, inerente ao direito, como também vai de encontro até mesmo ao que dizem alguns dispositivos de ordem constitucional, que também serão objeto de estudo mais à frente. Daí a importância do princípio da culpabilidade que analisaremos adiante e que tem como uma de suas características, como um dos seus significados, a vedação à responsabilidade sem culpa.

Do exposto, vem à baila que, no Brasil, o aspecto subjetivo em relação à prática do crime é sempre relevante e, na falta deste, necessário pelo menos aferir-se, se naquela situação, poder-se-ia exigir do agente que agisse de maneira diversa, o que importa em um juízo de valor em relação à conduta, ou seja, aferição da culpabilidade. Desta forma, não basta, para que uma conduta seja punível, que haja a simples verificação de um nexo de causalidade entre esta e o resultado⁶. Ora, o nexo causal é sim imprescindível para a configuração da responsabilidade penal do indivíduo, mas não basta para configurá-la. É apenas um dos fatores a ela inerentes. Logo, faz-se necessária uma análise levando-se em conta, além do nexo causal, o elemento subjetivo, ou seja, a presença de dolo no caso concreto, por parte do agente, em relação ao resultado reprovável ou, pelo menos, se há

⁶ Na entrada deste terceiro milênio, continuar admitindo no Direito uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contramão da evolução do pensamento jurídico e filosófico. (CAPEZ, 2001, p. 495)

exigibilidade de uma conduta diversa (elemento normativo), também no caso concreto. Do contrário, sequer poder-se-ia falar que houve conduta ou fato típico por parte do agente.

Desta forma, é incabível que aceitemos passivamente que o indivíduo que, em estado de completa embriaguez, venha a dar causa a um resultado lesivo seja equiparado àquele que o faz no seu juízo perfeito. Não importa que tenha atingido tal estado de maneira não acidental, ou seja, de maneira voluntária ou culposa, posto que o importante é a vontade em relação ao fato lesivo. Tem de haver um nexos subjetivo ou normativo, pelo menos, quando do estado de imputabilidade, para que seja aceitável a sua responsabilização.

4. CULPABILIDADE

Diante de tudo que foi exposto chega-se à análise da culpabilidade, requisito inarredável para que se possa falar em responsabilidade no campo do Direito Penal. Para tanto, começaremos por destacar quais são as condutas relevantes para o Direito Penal e, só então, passaremos à análise da culpabilidade propriamente dita.

4.1 Conduta Punível

Decorre da nova roupagem do moderno Direito Penal que conduta punível é aquela praticada por um agente em circunstâncias tais que o fato seja culpável e ele, o agente, imputável ao tempo do cometimento do ato. Estas conquistas são de uma importância ímpar para a sociedade moderna posto que são limitações ao direito de punir do Estado; nem sempre foi assim.⁷

Diante disto é que, modernamente, conduta punível, conduta relevante para o direito penal é, sem sombra de dúvidas, conforme a teoria da ação adotada pelo nosso Código Penal, aquela praticada por agente capaz e dirigida a um fim e que provoca uma lesão ou um risco de lesão a um bem jurídico penalmente protegido.

⁷ O código de Hamurabi já previa que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto, mas se morresse também o filho do morador, morto seria também o filho do pedreiro. A punição, como vimos, não se concentrava na culpabilidade e, às vezes, nem sequer em quem determinara o fato objetivo. (QUEIROGA, 1999, p. 31)

Ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim. A ação compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto. (BITENCOURT, 2000, p. 150)

4.2 Imputabilidade

Não obstante o estudo da culpabilidade, preliminarmente, deve-se discorrer algumas linhas sobre imputabilidade, pois esta constitui um pressuposto daquela.

4.2.1 Definição

Assim, passa-se neste momento à necessária distinção entre imputabilidade e responsabilidade, vez que estes termos vêm sendo freqüentemente usados de forma imprópria, até mesmo como sinônimos. Parece-nos, inclusive, que está presente esta impropriedade terminológica na redação do art. 28, II do Código Penal Brasileiro.

Ora, imputabilidade, como será demonstrado em seguida, refere-se a um estado da pessoa. Refere-se à situação psíquica e emocional que é própria do sujeito ou na qual ele se encontra, ainda que transitoriamente. É saber se o indivíduo consegue entender a realidade ou comportar-se conforme este entendimento. Logo, não pode ser simplesmente reduzida a uma afirmação de cunho jurídico, sua aferição deve acontecer na prática, no caso concreto.

Difere, pois, do conceito de responsabilidade penal, que diz respeito às conseqüências jurídicas de uma conduta. Responsável é aquela pessoa que deve responder pelos seus atos ou pelos de outrem. Como em Direito Penal ninguém deve ser responsabilizado pelos atos de outra pessoa, para agora somente nos interessa a primeira parte da definição. Logo, a responsabilidade tem com a imputabilidade e a culpabilidade uma relação de continente e conteúdo; é responsável aquele que guarda certas características, assim, a imputabilidade e também a culpabilidade constituem pressupostos para tanto.

Passando ao exame da imputabilidade propriamente, verifica-se, em primeiro plano, que, no Brasil, o legislador não elaborou um conceito para tanto e sim a ela referiu-se, a

contrario sensu, ao elencar no art. 26, *caput*, e art. 27, ambos do Código Penal⁸, os casos de inimputabilidade, deixando a definição do conceito à cargo da doutrina. Desta maneira restringiu ao máximo as causas de exclusão da imputabilidade, ocupando-se, tão somente, dos casos de menoridade e de doenças psíquicas e, aí, não incluiu sequer os casos de grave perturbação da consciência como acontece em outros ordenamentos.

Contudo, demonstrado já ficou que não andou bem o legislador ao tentar definir nestes termos negativos o que seria imputabilidade, pelo que, cumpriu à doutrina elaborar o que seria uma definição de imputabilidade. Preliminarmente, imputar significa atribuir a (alguém) a responsabilidade de (algo censurável); assacar (algo) contra (alguém). Logo, consiste a imputabilidade penal em um pressuposto da culpabilidade⁹. É a capacidade¹⁰, o conjunto de condições, inerentes ao sujeito, ainda que de forma transitória, de entender o caráter ilícito de um fato e de se determinar segundo esse entendimento. É uma condição pessoal, que o torna apto para ser responsabilizado penalmente pelos seus atos; e a presença ou não desta capacidade é aferida, via de regra, no momento da prática do ato delituoso.

Aquele que não ostenta esta capacidade é, na lição de Muñoz Conde tratado da seguinte maneira:

Quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não

⁸ Inimputáveis

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1940)

⁹ Em sentido mais amplo: “a imputabilidade é, ao mesmo tempo, pressuposto e elemento da culpabilidade. Pressuposto, porque pode existir antes, ao tempo e depois do crime; elemento porque existe na dinâmica do crime, enquanto o crime é executado.” (CUNHA LUNA, 1985, p. 154)

¹⁰ No desenvolvimento da doutrina, hoje, o conceito de imputabilidade aproxima-se, pela coincidência dos seus lineamentos gerais, da noção de “capacidade jurídica” elaborada em outros ramos da ciência jurídica. E não são poucos os mestres que, atualmente, preferem usar expressões como “capacidade penal” em lugar da terminologia “imputabilidade criminal”. (FILHO, 1966, p.138)

pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos. (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 137)

Assim, restou provado que a imputabilidade não é, simplesmente, um estado inerente à pessoa que se encontra fora do rol do art. 26, *caput*, e do art. 27, ambos do Código Penal. Sendo assim, é ao juiz que cabe fazer o juízo de imputabilidade e aferir se o agente podia ao tempo do fato atuar conforme o direito.

4.2.2 Critérios de Aferição

A imputabilidade pode ser aferida por três diferentes critérios, o psicológico, o biológico e o biopsicológico, sendo este último o adotado pelo código atual.

Conforme o critério biológico, também conhecido como sistema francês, é inimputável aquele que é portador de doença ou deficiência mental. Não há que se fazer qualquer indagação de cunho psicológico. A crítica que se faz é que há certas doenças mentais que comprometem as faculdades psíquicas do sujeito de forma parcial ou, ainda que totalmente, de forma transitória.

O segundo critério, o psicológico, considera inimputáveis aqueles que não tinham, ao tempo do fato, capacidade de entender o caráter ilícito deste ou de comportar-se consoante este entendimento, independentemente da causa geradora desta incapacidade. Este critério é também objeto de críticas por ser considerado demasiadamente amplo pois abrangeria até mesmo os casos de embriaguez preordenada.

Por fim, o critério biopsicológico que, como fica evidente pela denominação, adota uma conjugação dos dois outros critérios. Este preleciona que para que o agente seja considerado inimputável é imprescindível que seja portador de doença ou deficiência mental e que, concomitantemente, esta lhe retire a capacidade cognitiva ou volitiva em relação ao fato. Reitera-se que é este o critério adotado pelo nosso código. Todavia, também este apresenta falhas pelo fato de que, como restou provado no capítulo referente à embriaguez, ainda que não seja doente o indivíduo, pode a embriaguez suprimir-lhe por completo a capacidade intelectual e volitiva e assim ele se torna inegavelmente inimputável.

4.2.3 Imputabilidade do Ébrio

Visto o que deve entender-se por imputabilidade, percebe-se que o ébrio, em um estado de completa embriaguez, não é detentor daquela característica. Logo, fácil de ver que não deve ser responsabilizado penalmente nestas circunstâncias. Todavia, a “*maior dificuldade reside na averiguação da existência e do grau de intensidade da embriaguez.*” (SANTOS, 1968. p. 36)

4.3 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade refere-se ao quão reprovável é o injusto, conduta típica e ilícita, praticado pelo agente. Essa aferição dá-se conforme as condições em que se encontrava o mesmo quando do cometimento do ato. Assim, se naquela situação podia agir de modo diverso e escolheu fazê-lo de forma contrária ao direito, então, sua conduta é social e penalmente reprovável, devendo ser responsabilizado por tais acontecimentos¹¹. Assim, sobre o princípio da culpabilidade:

No direito brasileiro, encontra-se ele implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), e 5º, XLVI (individualização da pena), da Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Vincula-se, ainda, ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF) que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável. (PRADO, 2002. P.117)

O Código Penal Brasileiro adotou este princípio que é também conhecido como *nullum crimen sine culpa*. Tal assertiva é comprovada quando reportamo-nos a alguns artigos do referido diploma legal:

¹¹ “Assim, a culpabilidade apresenta-se como reprovação pessoal de autor de fato punível e fundamenta-se no fato de que o indivíduo detinha o poder de conter-se diante dos impulsos determinantes da prática do ilícito e não o fez”. (GRECO, 1999, p. 63).

Diante de todo o exposto, resta comprovado que, no Brasil, diz-se o crime doloso ou culposo. Logo, há uma consagração, nestes artigos, da necessidade da presença do elemento subjetivo e/ou normativo para que se enseje a responsabilidade no âmbito do direito penal. Aqui existe uma clara vedação à responsabilidade penal objetiva.

4.4 Significados

Este princípio pode ser abordado em três diferentes prismas. Assim, em primeiro lugar, em consequência deste princípio é que ela, a culpabilidade, é considerada como elementar do conceito analítico de crime; em um segundo momento como princípio balizador, quando da fixação da pena por parte do juiz e, por último, a situação que mais interessa ao presente estudo, como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva.

4.5 Teorias da Culpabilidade

Nesse momento, passaremos a um estudo mais detalhado da teoria que, hoje, não mais se contenta com a simples presença do dolo, posto que, somou-se, modernamente, a este, também um elemento de ordem valorativa.

4.5.1 Teoria Psicológica

Esta teoria surgiu no sistema causal-naturalista da ação. Aqui, para que seja culpável o agente do fato, basta que seja ele imputável à época do acontecido e que entenda o caráter criminoso do fato, podendo determinar-se conforme este entendimento. Presença do nexo causal somado ao nexo psíquico em relação à prática do fato; é o que os finalistas chamam de nexo de finalidade. Desde que haja uma simples relação psicológica entre o agente e o fato, independentemente de qualquer indagação de ordem valorativa, caracterizada está a culpabilidade. Aqui, dolo e culpa são espécies de culpabilidade.

No vínculo psíquico se esgotava, assim, todo o conteúdo da culpabilidade. Ela não passava de conceito genérico abrangendo o dolo e a culpa como fatos psicológicos representativos da relação entre o agente e a conduta ilícita. O estudo da culpabilidade se reduzia – como assinala Ricardo Nuñez – “al estudio de las formas de vinculación que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito” e que são o dolo e a culpa. (MARQUES, 2002, p. 174)

Esta teoria foi de grande importância no desenvolvimento do direito penal pelo fato de que foi nela que primeiro se questionou a responsabilidade objetiva. Exigiu-se pela primeira vez que além do nexo causal houvesse a presença de um elemento de ordem subjetiva.

Todavia, esta teoria está hoje ultrapassada pelo fato de que se mostra insuficiente na explicação, por exemplo, da culpa inconsciente, que não é psicológica e sim normativa.

4.5.2 Concepção Normativa

Passemos ao estudo da teoria à qual nos filiamos e que é a majoritária no tocante à culpabilidade, posto que em conformidade com a teoria finalista do delito. Todavia, para tanto, condensaremos somente neste tópico a abordagem da evolução por que passou toda a concepção normativa, indo da fase psicológico-normativa à normativa pura.

Em um primeiro momento, numa tentativa de resolver os problemas apresentados pela teoria anterior é que foi desenvolvida a teoria psicológico-normativa. Evoluiu-se em relação ao prévio entendimento a partir do momento em que se agregou ao elemento puramente subjetivo um critério de cunho valorativo. Aqui, no entanto, dolo e culpa ainda são elementos da culpabilidade. Contudo, já não basta o simples nexo causalista, necessário aferir-se o desvalor da ação. A vontade, entendida esta como o dolo, passa a ter de ser qualificada para que se configure culpável, surge a chamada vontade ilícita. O agente agora deve não somente conhecer o caráter ilícito do fato, mas também poder, naquela situação concreta, agir de maneira diversa. Há de haver um nexo entre o agente e a norma que é descumprida. A culpabilidade consiste agora nesta reprovabilidade do agente que podendo agir de conformidade com o direito, com a norma, não o faz¹².

¹² Ainda de Mezger é a advertência, segundo a qual a reprovação da culpabilidade não se dá necessariamente com a “possibilidade” de atuar de outra maneira, mas que se pudesse “exigir” uma conduta diferente. (CHAVES CAMARGO, 1994, p. 121)

Com o passar do tempo há uma modificação desta teoria psicológico-normativa de forma que dolo e culpa, que antes eram espécies de culpabilidade, agora são deslocados para o tipo e a culpabilidade passa a ser genuinamente normativa, daí a importância que passa a ter a possibilidade de se exigir do agente, no caso concreto, uma conduta diversa¹³.

Os elementos da culpabilidade, ou pressupostos da reprovabilidade, passam a ser, segundo Wessel, os seguintes: a imputabilidade, que consiste na capacidade de motivar-se de acordo com a norma; a possibilidade de compreensão do injusto, ou seja, a compreensão possível da antijuridicidade e de seu propósito concreto. (CHAVES CAMARGO, 1994, p. 123)

Assim, se no caso concreto não se podia exigir do agente que atuasse de outra maneira, não há que se falar em reprovabilidade da sua conduta, logo, não haveria a presença da culpabilidade. Como sustenta PIERANGELI esta inexigibilidade de conduta diversa é a própria essência em que se fundamentam e se esgotam todas as causas de exclusão da culpabilidade. Aqui, a exigência da real consciência da ilicitude cede para uma consciência tão somente potencial. Logo, ainda que o agente não tenha a consciência real do caráter ilícito do fato, se naquela situação a ilicitude lhe era previsível, e ele podia, objetivamente, agir de maneira diversa, ou seja, em conformidade com a norma, e não o fez, então, faz-se presente a culpabilidade.

Por fim, cabe destacar que sob esse prisma, em que se perquire sobre a possibilidade ou não de se exigir do agente um comportamento de conformidade com o direito, sendo que para tanto deve estar munido de um mínimo de autodeterminação, surge também a possibilidade de se atribuírem diferentes graus à culpabilidade conforme o caso concreto.

Diante de todo o exposto, percebe-se que, ao elaborar a regra do art. 28, II do Código Penal Brasileiro, mais uma vez andou mal o legislador. Isto pelo fato de que, como restou demonstrado, onde usou a expressão imputabilidade deveria ter falado de responsabilidade penal, posto que a imputabilidade relaciona-se a um estado da pessoa e não pode ser reduzida simplesmente a uma norma jurídica.

Ainda, sendo a regra na verdade referente à responsabilidade e constituindo a imputabilidade e a própria culpabilidade requisitos dela, conclui-se que no estado de

¹³ Uma conduta só não se considera culpável quando outro comportamento se não podia exigir do sujeito. Exclui-se a reprovação, “e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao direito”. (MARQUES, 2002, p. 176)

embriaguez completa, por evidente ausência de tais requisitos, o agente não só é inimputável como irresponsável penalmente se o requisito subjetivo (dolo) ou o normativo (culpa) não estiveram presentes ao menos no momento anterior, em que ainda era imputável.

Prosseguindo, percebe-se que da forma como é entendida hodiernamente, tendo como um dos seus elementos a imputabilidade, é totalmente descabido que se pretenda sustentar que, alheamente à análise do caso concreto, seja responsabilizado o ébrio que comete um injusto em estado de embriaguez completa, pelo só fato de ter atingido este estado de forma não acidental, sustentando-se, por uma ficção jurídica, que era imputável ao tempo do fato. Isto em virtude de que neste ponto já se sabe de maneira inequívoca que as substâncias inebriantes podem levar uma pessoa a um estado de inimputabilidade o que torna totalmente prejudicada a culpabilidade no momento da prática do ato.

Repisemos que é no caso concreto que se deve aferir se há, ou não, em primeiro lugar, imputabilidade por parte do agente e, em segundo lugar, se ele havia previsto a ocorrência do resultado ou, ainda, se este resultado lhe era pelo menos previsível. Somente assim se poderia falar em exigibilidade de conduta diversa ou mesmo de responsabilidade penal por parte daquele. Ora, os fatos, sendo o principal elemento de observação do operador do direito, estão aí para demonstrar que em muitas situações não seria exigível por parte daquele que faz uso de álcool ou substâncias de efeitos análogos, simplesmente por esse fato, que representasse a possibilidade do cometimento de um injusto. Voltamos, então, a bater na tecla da responsabilidade penal objetiva.

Logo, aferindo-se a situação do ébrio em cada caso concreto, dever-se-ia equipará-lo, quando verificada a adequação, ao inimputável, pelo que, nestas hipóteses, a embriaguez completa não acidental também seria equiparada a uma das causas de exclusão da culpabilidade.

5. ACTIO LIBERA IN CAUSA

Diante do estudo que se fez em relação à embriaguez, restou provado que quando o indivíduo está completamente embriagado ele fica carente da capacidade necessária para entender os atos que pratica e comportar-se conforme esse entendimento. Diante dessa constatação os doutrinadores partidários da responsabilização do ébrio pelos atos que comete

neste estado, sabedores da essencialidade do requisito subjetivo ou pelo menos do normativo, no afã de justificarem tal medida, buscaram acolhida na teoria da *actio libera in causa*. É nela que fundamentam os seus argumentos e para tanto promovem, muitas vezes, uma extensão demasiada do seu conceito.

5.1 Interpretações

Falaremos resumidamente sobre alguns preceitos históricos, bem como sobre as diversas roupagens que são atribuídas a esta teoria por um sem número de autores, tanto no Brasil como no estrangeiro.

Em um primeiro momento, quem definiu os limites da *actio libera in causa*, foram os criminalistas práticos italianos da idade média. Sendo que, diferentemente do que se entende atualmente, alcançava tão somente os casos de embriaguez preordenada causada pela ingestão do álcool. Era um conceito extremamente restritivo. Assim, somente seria uma *actio libera* aquela ação que, com pesar de ter sido praticada em um estado em que o agente se encontrava despojado de capacidade intelectual e volitiva, foi preliminarmente esquematizada pelo mesmo, enquanto ainda em um estado de imputabilidade. Havia a necessidade de dolo por parte do agente. Nestes casos o indivíduo faz uso de si como instrumento para a prática do delito com intuito de não ser responsabilizado pelo seu ato ou ser beneficiado com uma atenuante¹⁴, por estar em estado de inimputabilidade no momento da conduta.

Por longo tempo foi esse o entendimento dominante no tocante a *actio*, todavia o conceito foi sendo estendido, o que ocorreu principalmente na doutrina alemã. Passou-se a aceitar para a configuração da *actio libera in causa*, não somente a intoxicação por álcool, mas também outros casos, como a ingestão de substâncias de efeitos análogos ou mesmo nas situações de sono profundo e sugestão hipnótica, em que o indivíduo ficasse destituído da sua

¹⁴ Assim é Narcélio de Queiros referindo-se à *actio libera in causa*: Primitivamente, com semelhantes expressões se designavam aqueles casos em que o agente se embriagava propositadamente para mais facilmente executar um crime já deliberado, ou no intento de preparar o reconhecimento posterior de uma atenuante. (QUEIROS, 1963, p. 13.)

capacidade de entender o caráter ilícito de um fato ou de conduzir-se consoante este mesmo entendimento.

A extensão não parou por aí, o conceito da afamada teoria, como anteriormente citado, foi sofrendo outras alterações que implicaram em conseqüências ainda mais significativas. A teoria, que se estudava tão somente no campo do dolo, passa também a referir-se às situações em que o agente agiu a título de culpa. O foco, antes na imputabilidade¹⁵, foi deslocado para o dolo, a culpa e a causalidade. Esse é o moderno entendimento que está consubstanciado no conceito mais aceito atualmente na doutrina. Assim, permite-se uma responsabilização não só nos casos de preordenação em relação à prática do injusto, mas também nos casos em que o agente previu que, embriagando-se, poderia causá-lo e acreditou sinceramente que não o causaria, assim como nos casos em que sequer previu, mas em que a previsão lhe era possível e/ou exigível.

Contudo, o legislador pátrio foi além e não se limitou a responsabilizar aquele que agiu pelos menos de forma culposa, estendendo demasiadamente a responsabilidade, de forma a abranger todo e qualquer caso em que o agente pratique um injusto penal em estado de embriaguez, ainda que completa. Ressalve-se, é claro, o caso fortuito e a força maior. Aqui, já se passa a dispensar não só a preordenação relativa ao evento danoso, imperativa anteriormente, mas também que se faça qualquer juízo de valor em relação à conduta, pois a responsabilização independe de culpa. Neste último caso, em que a teoria ganhou máxima abrangência, seus defensores falam abertamente em responsabilidade penal objetiva e a consideram perfeitamente justificável simplesmente por motivos de política criminal. Por isso, é de concluir-se que o legislador brasileiro entendeu que o agente que pratica um injusto penal em estado de embriaguez completa não acidental, entendida esta como aquela voluntária ou culposa (culpa aqui relacionada ao ato de embriagar-se), é considerado como imputável. Esta é a inteligência que se faz da regra fielmente reproduzida no art. 28, II do CPB.

Porém, “*esta ficção legal não importa em actio libera in causa, que se configura em vista da ação antecedente de se colocar em estado de embriaguez para cometer o delito*” (REALE JUNIOR, 2004. p. 215). Não é compatível com o sistema do Código Penal Brasileiro que aceitemos que se responsabilize o sujeito que agiu nesta situação de

¹⁵ De fato, não seria possível concluir-se, dentro de um rigoroso critério técnico-jurídico, pela punição da *actio libera in causa*, se a entendêssemos apenas incluída na teoria da imputabilidade. (QUEIROS, 1963, p. 64)

embriaguez completa não acidental, pelo simples argumento de que com pesar de ser uma responsabilidade sem culpa, seria, porém, justificável por razões de política criminal. Este argumento, baseado unicamente no nexó de causalidade, é demasiadamente tosco para justificar tão séria supressão dos direitos individuais.

5.2 Conceito Atual

Passaremos aqui à análise do conceito que vem sendo o mais aceito atualmente e que vem se mostrando o mais correto no tocante à teoria. Assim é que *actio libera in causa*:

São os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou ainda, quando podia ou devia prever. (QUEIROZ, 1963. p.37)

Diante deste moderno conceito, percebe-se que hoje, para a caracterização de uma *actio libera in causa*, é necessário um nexó subjetivo na conduta, por parte do agente, antecedente ao estado de inimputabilidade. Ou, ainda, que haja, pelo menos, uma das formas pelas quais se apresenta a culpa *stricto sensu* (nexó normativo), ou seja, que tendo previsto, ou, não tendo, mas lhe sendo previsível, a ocorrência do resultado danoso, tenha o indivíduo agido de forma contrária ao seu dever de cuidado.

5.3 Forma Dolosa e Forma Culposa

Diante da definição retro, percebe-se que, embora na sua pureza a teoria refira-se somente aos casos de preordenação, é possível a aceitação de uma extensão do conceito para abranger tanto a modalidade dolosa quanto a culposa. Todavia, o correto entendimento é que, dolosa será quando o agente agiu de forma pré-ordenada, ou seja, com animus de praticar o crime, no momento da imputabilidade e culposa quando ele devia ou podia prever a

ocorrência do evento danoso¹⁶ e ainda assim embriagou-se não o evitando. Desta maneira, não fica na teoria suprimido o basilar princípio do direito penal que se refere à existência, ao menos, de culpabilidade. Este é atendido quando o agente delibera, ainda no estado de imputabilidade, o cometimento do ato ilícito ou age de forma negligente não o impedindo quando o contrário lhe era exigível. Assim, inarredável que tenha o agente agido ao menos culposamente, em relação ao resultado danoso, no momento em que ainda encontrava-se em um estado de imputabilidade.

Em sentido mais amplo, há autores que entendem também que nos casos de *actio* o crime será ora doloso, ora culposo, contudo para tanto promovem uma grande confusão técnica. Uns dizem que dolosa ou culposa será em função da forma pela qual atingiu o estado de imputabilidade em que veio a praticar o delito, tão somente. Não se referindo à culpa ou preordenação em relação ao injusto. Outros entendem que não é em razão da forma como se deu a intoxicação por parte do agente ou do seu inicial impulso subjetivo, mas sim em face de como se deu a ação do indivíduo quando do cometimento do injusto. Defendem que, ainda que o agente esteja completamente embriagado, pode ele responder por um crime doloso e ser equiparado a qualquer outra pessoa que estivesse no seu juízo mais perfeito, pelo fato de que restaria no indivíduo um resquício de consciência e vontade que não lhe eliminaria por completo a imputabilidade.

Estes entendimentos são claramente ofensivos ao princípio da culpabilidade e destoam completamente do que se deve entender por *actio libera in causa*. Aqui sim, é de concluir-se que há a abominável responsabilidade penal sem culpa, vez que se exige para a configuração da *actio* somente o nexa causal sem que se faça qualquer juízo de valor.

5.4 Teoria em Conformidade com o Sistema do CPB

Ultrapassadas essas fases preliminares, façamos um paralelo entre a teoria da *actio libera in causa sive ad libertatem relata* tal como realmente deve ser interpretada e a sua utilização para fundamentar o disposto no art. 28, II do Código Penal Brasileiro.

¹⁶ O agente deve não querer só a embriaguez, mas querer também o fato típico ou poder e dever prevê-lo como consequência do ato de embriagar-se. (QUEIROZ, 1963, p. 38)

Bem, a esta altura já resta comprovado que o referido artigo impõe, no direito penal pátrio, uma hipótese de responsabilidade penal objetiva. Contudo, faremos uma breve exposição de dois dispositivos do mesmo diploma que demonstram claramente que este não é o espírito que orienta o código.

O art. 18 do Código Penal Brasileiro deixa claro que na estrutura jurídico-penal pátria o crime somente pode ser doloso ou culposos. Claro está que nosso ordenamento não é condizente com casos de responsabilidade penal sem culpa. Esse entendimento é, ainda, reforçado pelo disposto no artigo subsequente que dispõe sobre a responsabilidade nos casos de agravação pelo resultado, em que também se exige um juízo negativo de valor para que se justifique a responsabilização.

Do exposto, percebe-se que foi infeliz a tentativa de justificação da regra do art. 28, II do código, com base na teoria da *actio libera in causa*, sendo que, independentemente de ter agido com a melhor das intenções, não foi técnico e causou uma incompatibilidade lógica, ao passo que está claro que para sua configuração, da *actio libera in causa*, necessário é a presença do requisito subjetivo ou normativo em relação ao fato no momento da imputabilidade.

Por todo o exposto, viu-se que a teoria vem sendo, muitas vezes, interpretada de maneira equivocada e por conseguinte usada erroneamente para justificar a punibilidade do ébrio que simplesmente se colocou em tal estado de maneira voluntária ou culposa. Claro fica, que na sua essência, nunca quis significar a teoria que o dolo ou a culpa necessários para a sua configuração referiam-se ao fato de embriagar-se. O dolo e/ou a culpa que a configuram são aqueles que se fazem presentes ao tempo da imputabilidade e relacionam-se ao fato ilícito. Assim:

Para que o sujeito responda pelo crime, aplicando-se a teoria que estamos analisando, é preciso que na fase livre (resolução) esteja presente o elemento dolo ou culpa ligado ao resultado. Não é suficiente que se tenha colocado voluntariamente em estado de inimputabilidade, exigindo-se que tenha querido ou assumido o risco de produzir o resultado (dolo), ou que este seja previsível (culpa). (JESUS, 1999, p. 472)

Diante das constatações deste capítulo restou claro que o artigo objeto das nossas críticas constitui-se em um equívoco crasso do nosso legislador, pois responsabiliza o agente independentemente de ter agido ao menos culposamente. Bem, não resta dúvida de que o

código aqui estabeleceu uma extensão demasiadamente ampla e injustificada à responsabilização do ébrio. Assim, depois de longa argumentação, cumpre concluir que esta tão severa tratativa nada tem de *actio libera in causa*, pois nessa é sempre necessária a presença do nexó subjetivo ou normativo. Assim, se pretendem o legislador e os aplicadores do direito fundamentarem a punibilidade do ébrio com a *actio* melhor que escolham um outro argumento pois este, restou provado, não procede.

Estando por terra este argumento só nos resta crer que a real justificativa que se pode considerar para tanto é mesmo por motivos de política criminal. Todavia, é por demais grave a responsabilização no âmbito penal daquele que não agiu sequer culposamente. Este argumento é por demais frágil para que sobre ele se alicerce uma tal supressão dos direitos individuais. Isto inclusive fere em última instância preceito de ordem constitucional e é este o tema que será objeto do prosseguimento do nosso estudo no capítulo seguinte.

6. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Tendo-se chegado ao fim do estudo em sede infraconstitucional, o que já bastou para a comprovação do descompasso do referido artigo de lei com o sistema ora adotado pelo código, passemos a uma singela abordagem com finca no texto da Magna Carta de 1988, pois parece que também é ofensivo a princípios desta.

6.1 Dignidade da Pessoa Humana

Dignidade da Pessoa Humana, esta a regra insculpida no art. 1º, inciso III da Constituição Federal e reforçada também por inúmeros incisos do art. 5º. É ela estatuída como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Diz respeito à garantia do cidadão de que não virá a ser punido com penas físicas ou cruéis e, menos ainda, capitais. Mas seu significado vai além, nela está implícito, entre outros, o princípio da individualização da pena, que diz respeito ao direito que tem o cidadão de cumprir a pena que lhe seja compatível conforme a conduta praticada, nos limites da sua culpabilidade. Para tanto devem existir estabelecimentos prisionais que ofereçam condições de higiene, espaço, enfim, as condições mínimas necessárias á vida de um ser humano. Isto porque, hoje a principal função da pena é

recuperar o indivíduo infrator. Logo, na ausência destas condições mínimas nunca haverá que se falar em recuperação do criminoso neste país. Assim é a do julgado de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. (HC 84.409-EXS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 01/02/05)

Analisando, sob esse prisma, o crime do indivíduo em estado de embriaguez completa não acidental, que é punido da mesma forma que aquele cometido por qualquer outra pessoa, vem à baila que está sendo ofendido este fundamento da República Federativa do Brasil. Ora, se o indivíduo não agiu sequer culposamente onde está o respeito a ele, que ficará privado da sua liberdade por uma responsabilidade penal objetiva? Como aceitar que haja uma afronta tal ao direito da individualização da pena que este cidadão seja punido de forma idêntica àquele que em um estado de plena consciência ou em situação na qual fosse exigível ser precavido veio a delinquir, se com ele isto não se deu?

Observe-se, ainda, que a força normativa deste princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (PRADO, 2002, p.116)

E mais, ainda pior é o fato de que, sendo a pena como referido um instrumento de recuperação e ressocialização do infrator, não se pode aceitar que um indivíduo que nada tem de avesso na sua conduta social, ou seja, alguém em que não há o que se corrigir, posto que foi uma vítima do acaso, sofra as mazelas penais que somente deveriam se aplicar àquele que realmente operou de forma criminosa, conforme um justo juízo de valor. Ocorre aí um dano gravíssimo à dignidade desta pessoa que vem a ser tratada como se verdadeiramente criminosa fosse e não o é. Isto é um equívoco grosseiro na legislação pátria.

6.2 Direito à Liberdade

Em primeiro lugar o direito á liberdade também foi elevado ao status de direito constitucional e mais, a ele e aos que se seguirão, foi atribuída especial importância quando elencados entre aqueles do art. 5º, onde são tratados os direitos e garantias individuais. Estes são considerados cláusulas pétreas da Constituição, ou seja, não podem ser modificados nem mesmo por meio de emenda e têm eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Este direito á liberdade é complexo posto que se divide em liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão e liberdade de exercício profissional, contudo somente cuidaremos do primeiro desdobramento. Em poucas palavras, consiste este no direito mesmo de ir e vir. O texto constitucional cerca o indivíduo contra possíveis violações a esta sua faculdade, contra possíveis arbitrariedades por parte de quem quer que seja. Contudo diante de longa argumentação já está provado e comprovado que a responsabilização penal do ébrio, à margem de um juízo de valoração, nada mais é do que uma afronta arbitrária a este direito de ir e vir, pelo que inaceitável. Ora, como quedarmo-nos inertes frente a uma supressão desta monta do direito à liberdade, com fundamento em um argumento de política criminal, tão somente. É inaceitável.

6.3 Princípio da Igualdade

É o Princípio da Igualdade que veda um tratamento diferenciado das pessoas perante a lei, exigindo para todos em tratamento isonômico. Todavia, o que se deve entender verdadeiramente como vedado é a diferenciação arbitrária daqueles que se encontram em situações que se equivalham. Aceita-se e até se exige, para que realmente cumpra sua função, que no caso concreto haja um tratamento igual para os iguais, ou seja, para aqueles que se encontram em semelhantes situações, e que diferentemente sejam tratados os desiguais de forma que se elimine a disparidade que há estes e aqueles.

Dito isto, conclui-se que o tratamento dispensado pelo Código Penal Brasileiro ao crime cometido em estado de completa embriaguez, de forma a estabelecer aquela tão grande extensão a sua responsabilização é equivocado também quando posto em confronto com este tão importante preceito constitucional. Ora, este princípio tem o condão de vedar o mesmo

tratamento aquele que agiu com culpabilidade e aquele que agiu sem ela. Fácil de ver que o legislador de 1940 estabeleceu um tratamento igual àqueles que se encontram em tão diversas situações. Ora, é inaceitável que prevaleça um mesmo tratamento para aquele que é imputável e age com dolo ou pelo menos com culpa e aquele que, diferentemente, não o faz, sendo uma mera vítima do acaso. Pelo que, somos quedados a crer que o dispositivo do código que hora analisamos vai, insanavelmente, de encontro a este princípio.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema proclama. (MORAES, 2002, p. 65)

6.4 Princípio da Presunção de Inocência

Este princípio está disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Quer isto dizer que para que o indivíduo seja considerado culpado e, por conseguinte, venha a sofrer as devidas sanções pelo seu ato, faz-se imperioso que o Estado prove de forma indubitável que houve na hipótese a presença de elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa) por parte do agente. Aceitar que de outra forma se faça seria um tanto perigoso, pois, repise-se, estar-se-ia abrindo margem à responsabilização penal sem culpa.

Dessa forma, vê-se que a responsabilização do sujeito no caso em análise resta incongruente também em sede constitucional. Isto pelo fato de que, como restou comprovado, vai de encontro a alguns dos mais importantes princípios daquela que se considera a pedra angular do nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal. Assim, também o legislador constitucional mostra-se avesso a tal assertiva, da responsabilidade penal objetiva, somente admitindo que responda criminalmente aquele que praticar o fato ao menos culposamente e, ainda assim, neste último caso, somente se houver previsão expressa no ordenamento, pois o tipo culposos por si só já configura exceção. Por isso que o polêmico dispositivo que fora objeto do nosso estudo, em não sendo compatível com o texto da nossa constituição, não foi recepcionado por esta, sendo sua aplicação, da forma como está disposto atualmente, em última instância, inconstitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as constatações a que chegamos por meio deste estudo, conclui-se que:

- a) A embriaguez completa tem o condão de suprimir inteiramente a capacidade intelectual e volitiva do sujeito.
- b) A imputabilidade é um conceito que se relaciona com esta capacidade intelectual do agente. Logo, o legislador equivocou-se no art. 28, II do Código Penal Brasileiro, falando em imputabilidade quando na verdade deveria referir-se a responsabilidade.
- c) Assim, em um estado de completa embriaguez o indivíduo atinge um estado de inimputabilidade.
- d) Para a responsabilização do agente pelo injusto praticado é inarredável a presença de elemento subjetivo ou normativo, ao tempo da imputabilidade, em relação ao evento lesivo, pelo que incabível em relação ao ébrio em muitos casos concretos, pelo que incongruente com este princípio o art. 28, II do Código Penal Brasileiro.
- e) O conceito atual de *actio libera in causa*, ainda com a extensão que fora apresentada, em momento algum houve por bem descartar a necessidade de dolo (elemento subjetivo) ou culpa (elemento normativo) para sua configuração, pelo que, também inadequada para justificativa da responsabilização do ébrio nestes casos extremados.
- f) Estando por terra todos os argumentos das correntes doutrinárias partidárias da responsabilização alheia a qualquer análise de ordem subjetiva ou normativa, o único argumento remanescente foi o da política criminal. Contudo, fácil de ver que é por demais frágil diante da gravidade de se submeter um indivíduo que nada tem de avesso na sua conduta às mazelas da punição penal, podendo vir a sofrer, até mesmo, privação na sua liberdade.
- g) Tendo-se demonstrado ser indubitavelmente caso de responsabilidade penal objetiva restou provado em ultima instancia que a regra discrepa de todo o moderno ordenamento jurídico pátrio, tanto em sede constitucional como infraconstitucional pelo que se conclui que sequer foi recepcionado pela atual Constituição da República Federativa do Brasil;
- h) Solução para o caso seria a sugerida por Ney Moura Teles, inspirado no Código Penal Português, oportunidade na qual sustenta que *deve-se eliminar a responsabilidade penal objetiva, e buscar implantação da reprovação do comportamento do sujeito*

que se embriaga, preordenada, voluntária ou culposamente, e acaba por cometer fato típico ilícito (capítulo – Culpabilidade, p. 16).

8. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Alguns Aspectos da Culpabilidade na Atualidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. vol. 1: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848. 7 dez. 1940. **Código Penal Brasileiro**.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-Corpus. Impetrado pedindo extensão de decisão proferida pela segunda turma – indeferimento – Disponível em <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/constituicao.asp>

CAPEZ, Fernando. **O Declínio do Dogma Causal**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.

CHAVES CAMARGO, Antônio Luis. **Culpabilidade e Reprovabilidade Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA LUNA, Everardo da. **Capítulos de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1985.

FILHO, Antônio de Queiroz. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: 1966.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Ary Azevedo. **Direito Penal – Apontamentos de um curso**. Rio de Janeiro: Typ. E Lith Almeida Marques e C., 1934.

FURQUIM, Luiz Doria. **Aspectos da culpabilidade no novo código penal: dissertação**, vol. 1. Rio de Janeiro: 1974.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, vol. 1. 4 ed. São Paulo: Max Limonad.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**, vol. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a. 1959.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Rogério, ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, vol. 1: Parte Geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A Culpabilidade Contemporânea. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, vol. II. Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 1: Parte Geral. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**; tradução e notas por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A Embriaguez e Outras Questões Penais**. 4 ed, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NETO, José da Silva Loureiro. **Embriaguez Delituosa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. Desafios Dogmáticos da Culpabilidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 1: Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROGA, Onélia Setúbal Rocha de. **Aspectos da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro**. 2 ed, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Ciência Jurídica, 1999.

QUEIROS, Marcelio de. **Teoria da "actio libera in causa" e outras teses**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. 98p.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crimes Cometidos no Estado de Embriaguez**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral**. Disponível para download em: <http://neymourateles.com.br/direito-penal/>

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**, vol. 1: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Trabalho de conclusão de curso: reflexões e provocações¹

Course conclusion work: reflections and provocations

Prof. Ms. Lidiane Malagone Pimenta²

A obra de Carvalho (2013) faz jus ao seu subtítulo – provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. O autor tem um posicionamento diferenciado com relação ao uso da metodologia de pesquisa, acreditando que se essa é o caminho, não deveria ter mais valor que os conteúdos de investigação. É nesse sentido que o autor provoca reflexões e não se propõe a colocar à disposição dos leitores mais métodos a seguir, normas a ganhar mais força que as questões substanciais de uma pesquisa científica.

Para fazer suas provocações, Carvalho (2013) separou sua obra em dois momentos. A primeira parte do livro deu conta de analisar a produção de trabalhos de conclusão de curso, de graduação e pós-graduação. Já a segunda parte trouxe propostas e estudos de pesquisas que o autor julgou representativos em termos metodológicos e com conteúdo de qualidade.

No primeiro momento da obra, o autor apresenta certos vícios metodológicos, maneiras comuns de construção de um trabalho de conclusão de curso que seguem um padrão sem que haja o cuidado necessário com o conteúdo.

Começando pela abordagem histórica, Carvalho (2013) diagnosticou que boa parte dos trabalhos acadêmicos narram o desenvolvimento histórico do tema escolhido sem perceber que o direito e a realidade se relacionam e se constroem mutuamente. Os estudantes seguem esse receituário, incentivados por seus orientadores, e acabam sofrendo do que o autor chama de “embriaguez pelo mito de origem”, como se fosse possível encontrar ‘a origem’ e, a partir dela, chegar de forma linear ao tema na atualidade.

Carvalho (2013) segue sua análise verificando como o tema escolhido para a monografia se coloca sob a perspectiva do direito comparado. É muito comum encontrar

¹ Resenha da obra de Salo de Carvalho “Como não se faz um trabalho de conclusão. Provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito”, em sua 2ª edição, publicada pela editora Saraiva, em 2013.

² Professora assistente do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito e do Curso de Administração da Faculdade de Administração de Itabirito. Graduada em Relações Públicas e Mestre em Comunicação Midiática pela Universidade Estadual Paulista – Unesp.

trabalhos que descrevem em ordem sequencial como o tema é visto pelo direito estrangeiro. O autor defende que há uma confusão entre direito e legislação. “A redução de todo fenômeno jurídico aos dispositivos legais é o pano de fundo desta forma pouco criativa de investigar o direito comparado” (2013, p. 30). Discorrendo sobre a legislação, as monografias não expõem a interpretação desta, nem seu impacto no país analisado.

As abordagens principiológicas também ganham atenção do autor, que alega ser um dos motivos da crise do direito, a despotencialização dos princípios, que ocorre justamente por conta deste modelo de pensar seu papel. Para Carvalho (2013), não há de se dissociar o tema de sua principiológica fundadora e tratar os princípios de forma isolada. Delimitando-os em capítulos específicos na estrutura do trabalho de conclusão, pesquisadores tendem a dar-lhes uma lógica distante da análise proposta pela pesquisa. A defesa aqui é por uma abordagem transversal dos princípios orientadores do direito.

Ao tratar do manuseio dos conceitos dogmáticos, o autor aponta outro vício metodológico – a síndrome do manual, que se vale da “falsa ideia de que o conhecimento do objeto de investigação ocorre a partir de sua fragmentação até a mais ínfima partícula” (2013, p. 35). Destaca o uso e as expectativas advindas do Discurso do Método (isolamento e futura soma das partes): ele levaria à verdade, ao resultado ‘científico’. Porém, afirma que isso não se aplica às ciências inexatas, pois, em fenômenos sociais, a soma das partes não traz, necessariamente, a integralidade da questão. O uso da dogmática é defendido pelo autor desde que seja como “instrumento interpretativo que, atravessada pela principiológica constitucional, dialogue com o tema de investigação” (CARVALHO, 2013, p. 37).

O uso da jurisprudência também é alvo de críticas. O autor entende como problemático o uso de jurisprudências para justificar conclusões e defende que, dentro da academia, elas devem ser colocadas desde que mostrem várias posições sobre o tema escolhido. Assim, se evitaria o uso exclusivamente instrumental da jurisprudência. Os temas podem ser tratados a partir de correntes jurisprudenciais ou casos jurisprudenciais de referência podem ser estudados.

Outro ‘lugar comum’ em cursos de graduação e pós-graduação é o argumento da falta de fonte para pesquisa. Carvalho (2013) o rechaça com firmeza, apontando inúmeras possibilidades de consultas via *web*. Uma possível resposta a esse hábito, no entanto, pode esbarrar na postura do corpo docente que, muitas vezes, não conhece o potencial bibliográfico de bancos de dados como o da Capes, por exemplo. Como o fato de o professor acumular funções no mercado e na academia é a realidade de muitas faculdades de Direito, os estudantes acabam tendo mais acesso a fontes advindas da prática jurídica.

A segunda parte do livro de Carvalho (2013) é significativamente mais extensa e rica que a anterior, em que são feitos seus apontamentos críticos. Nesta nova etapa da obra, são discutidas orientações sobre como fazer um trabalho de conclusão de curso, com abordagens práticas e afirmativas. O autor trata da ancoragem do trabalho empírico e seu trânsito pela teoria. Na verdade, sua exposição, antes de mais nada, tem como premissa a observação contundente do distanciamento entre o Direito e a realidade que o ‘cerca’. Segundo suas colocações, nos tribunais, é comum preferir utilizar uma jurisprudência consolidada para garantir o que ele chama de ‘aparente segurança e estabilidade das orientações das Cortes’ ao dar respostas que verdadeiramente atendam à demanda real colocada. Carvalho (2013) afirma que essa ‘*forma mentis* descolada da realidade’ chega à academia e, por isso, muitos docentes se contentam com meras revisões bibliográficas.

A distância da realidade é tema de outras obras relativas à pesquisa científica na ceara jurídica. A defesa para a solução de tal distanciamento encontra argumentos em Mamede (2000, p. 35):

[...] o Direito não está nas leis, mas na vida cotidiana: deve ser pensado por sua perspectiva efetiva, para que possa alcançar seus fins (do mais simples, o controle do comportamento humano, ao mais elevado, a realização da Justiça).

Sua argumentação ganha força quando destaca uma das formas mais óbvias da pesquisa em ciências sociais, a observação:

[...] o Direito nasce na realidade, onde e para quem existe. Porém, nem todos estão preocupados com a realidade em Direito, firmando seus olhos em uma tradição acadêmica que privilegia a especulação e desprestigia a observação” (2000, p. 33).

A chamada ‘aparente segurança e estabilidade das orientações das Cortes’, aquela que, segundo Carvalho (2013), o pesquisador busca ao privilegiar a jurisprudência consolidada à demanda real, dialoga com as colocações de Mamede (2000). O valor do argumento da autoridade se sobrepõe ao valor da pesquisa empírica:

Mesmo a crítica mais aguda, no ambiente acadêmico (e justamente por se colocar ali) será questionada em sua forma; até porque nesse amplo rótulo “forma”, estão incluídos diversos procedimentos de fundamentação e demonstração que permitem o diálogo, a crítica, a oposição, o que não chega a democratizar o debate, vez que (1º) a grande maioria da população simplesmente não possui condições mínimas para compreendê-lo, além de (2º) nossa tradição jurídica ter um forte apego ao argumento de autoridade, cuja qualidade não é aferida no conteúdo da afirmação, análise ou teoria, mas em sua origem (*autor tal, legislação tal* etc)” (2000, p. 27). Grifos do autor.

Há que se buscar, entretanto, um caminho capaz de oferecer ao aluno pesquisador nos cursos de graduação em Direito perspectivas críticas com relação ao tema da pesquisa, bem como às técnicas para concretizá-la e, mais importante, à sua utilidade dentro das ciências jurídicas. Se boa parte da matéria prima para a pesquisa em Direito vem (ou aplica-se a) solução de conflitos reais, o aluno também não deve furtar-se, então, de compreender o papel das letras do ordenamento vigente.

[...] a ciência jurídica consiste no pensamento tecnológico que busca expor metódica, sistemática e fundamentadamente as normas vigentes de determinado ordenamento jurídico-positivo, e estudar os problemas relativos à sua interpretação e aplicação, procurando apresentar soluções viáveis para os possíveis conflitos, orientando como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que objetivam decidir questões conflitivas (DINIZ, 1988, p. 198 *apud* BITTAR, 2002, p. 42).

Seguindo tal diretriz, mesmo que sem, dessa forma, evidenciá-la, Carvalho (2013) analisa casos de pesquisas, apresentando estudos de referência em criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Para tornar sua exposição didática, dividiu os casos, primeiramente, por tipo e técnica de pesquisa, sendo apresentadas pesquisas de cunho documental com análise de discursos e com casos mediados por observação passiva e participativa. Em seguida, apresentou pesquisas em Direito Comparado e Comparação de Experiências Jurídicas. Dessa forma, Carvalho (2013) demonstra possibilidades para evitar a prática dos vícios apontados no início da obra, defendendo, inclusive, a pesquisa de campo sob um enfoque essencialmente jurídico.

Vale ressaltar que, uma pesquisa teórica (aquela que não se trata de uma revisão), contudo, é fundamental para o trabalho. Significa que o autor da pesquisa é conhecedor do debate atual sobre o tema escolhido e ‘está pronto para iniciar a pesquisa’. No entanto, é possível fazer um trabalho de conclusão de curso essencialmente teórico, desde que o aluno se ocupe de fazer reflexões sobre temas capazes de problematizá-los, desconstruí-los, provocar-lhes rupturas ou oferecer-lhes avanços. Um dos exemplos colocados por Carvalho (2013) é consequência de reflexões teóricas que caminharam em terrenos como a Filosofia e a Criminologia sobre problemas de constituição epistemológica desta última.

O autor, antes de finalizar sua obra, defende o projeto da pesquisa e destaca a importância de começar o trabalho de conclusão de curso discutindo com o professor

orientador seu tema, problema, hipóteses, objetivos e justificativa. É com essa delimitação que o aluno terá condições de iniciar sua pesquisa, sem perder o foco.

As contribuições de Carvalho (2013) têm o objetivo mais óbvio de auxiliar orientadores e alunos dos cursos de Direito a enfrentar dificuldades inerentes ao momento da pesquisa. No entanto, é possível afirmar que o autor vai além: sua obra é capaz de despertar uma nova visão sobre o tema e colaborar para uma necessária mudança no *modus* estabelecido na academia, contaminado por vícios como os já colocados aqui. Dessa forma, Carvalho poderá provocar ajustes importantes não só para o desenvolvimento acadêmico de centros produtores de conhecimento como para o desenvolvimento da pesquisa jurídica brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Salo. **Como não se faz um trabalho de conclusão**. Provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1988 *apud* BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAMEDE, Gladston. **O Trabalho Acadêmico no Direito**: monografias, dissertações e teses. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

O TRABALHO DA CRIANÇA NA MÍDIA TELEVISIVA

THE CHILD'S WORK IN TELEVISION MEDIA

Marina Silva Torquetti Drosghicⁱ

Amanda Helena de Azeredo Bonaccorsiⁱⁱ

RESUMO

O intuito deste estudo é demonstrar que o trabalho infantil na mídia televisiva, assim como qualquer outro, esta em desacordo com a nossa Constituição Federal, além de afetar desenvolvimento da infância e da escolaridade da criança.

PALAVRAS-CHAVE: criança; trabalho artístico infantil; Constituição federal; ordenamentos ordinários; desenvolvimento.

ABSTRACT

The aim of this study is to demonstrate that child labor in the television, as well as any other, is in disagreement with our Constitution, besides affecting childhood development and education of children.

KEYWORDS: child; artwork child; federal constitution; ordinary jurisdictions; development.

1 INTRODUÇÃO

Há um ditado popular que cita, “o trabalho enobrece o homem”. Ocorre que o sujeito da frase acima se refere somente ao homem, maior de idade e totalmente capaz, ou foi utilizado de forma metafórica, englobando homens, mulheres e crianças?

Anedotas a parte, fato é que em nossa sociedade o trabalho infantil é uma realidade. Contudo, realidade esta que, dependendo da área de atuação, é criticada ou vangloriada por toda a sociedade.

Assim o trabalho artístico infantil, principalmente, nos grandes meios de comunicação, é visto como algo puro, inocente, quase poético.

Afinal, o que diferencia o trabalho infantil artístico do trabalho em canaviais? Ao certo, muitos irão responder de plano, aludindo que sequer estas situações podem ser comparadas. Contudo, há que se ressaltar que a criança, independentemente do ambiente laboral, não apresenta maturidade intelectual, moral e jurídica para se encontrar em uma relação de emprego.

Para tanto, a pergunta norteadora que trará este artigo será: O trabalho infantil artístico esta em acordo com a legislação brasileira?

Como uma possível solução para o problema, será analisada a legislação constitucional, bem como as legislações infra constitucionais. Também será analisado se este tipo de trabalho infantil, assim com todos os outros, afeta ou não o desenvolvimento da criança, analisando a influência dos pais sobre estes e se seu direito de **ser criança** é respeitado.

O método adotado para a elaboração deste artigo foi o indutivo, método este que observa os fenômenos fazendo a sua análise. Tal método será utilizado tendo em vista que não se objetiva a criação de novas teorias. O que se pretende é obter uma generalização através da análise dos fenômenos e teorias já existentes, ou seja, conhecer a realidade existente.

Para a realização deste artigo utilizou-se a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e pesquisa de campo, tendo entrevistado o Juiz da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte Dr. Cléber Lúcio (anexo 1).

2 IDADE MÍNIMA PARA INGRESSAR NO MERCADO DE TRABALHO

A Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso XXXIIIⁱⁱⁱ, proíbe qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, e de trabalho em condições insalubres, perigoso ou noturno ao menor entre 16 a 18 anos. No mesmo sentido é o artigo 403^{iv} da Consolidação das Leis Trabalhistas e o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Uma observação é que o artigo 60 do ECA tem a seguinte redação “É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.”. Contudo, mencionado artigo deve ser lido como “(...) qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos de idades, salvo na condição de aprendiz.”. Isto é por que a Emenda Constitucional número 20/98 alterou o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal, proibindo qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, à partir dos 14 anos, pela razão de que a norma constitucional prevalece sobre as leis infra-constitucionais. O artigo 60 da Lei 8.069/90 não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 20 (LOPES, Marcelo, 2011, s/p).

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 406, aduz que o Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho em atividades artísticas. Tal ordenamento em seu artigo 402, entende como “menor” aquele trabalhador na idade entre 14 e 18 anos, conforme norma constitucional. Sendo assim, esta autorização do artigo 406 da CLT, deve ser levada em consideração apenas para aqueles que estão na idade permitida, ou seja, entre 14 e 18 anos. Corroborando assim com o pensamento do magistrado Dr. José Roberto Dantas Oliva (2010), que escreve:

[...] a leitura sistemática interna do artigo 406 da CLT [...] conduz à convicção de que a possibilidade de concessão da autorização judicial ali mencionada, para trabalho de “menores” em teatros, cinemas, boates e estabelecimentos similares ou empresas circenses, não é genérica. Contempla, na verdade, apenas adolescentes com idade igual ou superior a 14 anos. (OLIVA, José Roberto Dantas, 2010, pág. 122-123).

Observa-se que a CLT, assim como deve ser, segue a mesma linha Constitucional, abrindo apenas uma exceção à regra, que é o trabalho ao menor de 16 anos na condição de aprendiz, a partir dos 14.

Assim, neste estudo, a proibição para o trabalho da criança, seja qual for à prestação de serviços, incluindo os trabalhos artísticos, se da para aquelas menores de 14 anos, que estão Constitucionalmente proibidas de exercer qualquer tipo de trabalho.

3 CONVENÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diariamente nos deparamos com crianças, menores de 14 anos, trabalhando em novelas, comerciais, mini séries e afins. A brecha para nos depararmos com a desobediência da nossa Carta Maior é a Convenção nº 138 da OIT e o artigo 149, II do ECA, em que abrem a possibilidade de crianças e adolescentes participarem de atividades artísticas, devendo estas serem autorizadas pela autoridade competente.

O artigo 149, II do ECA aduz que:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

(...) (BRASIL, 1990)

O mesmo ordenamento em seu artigo 2º^v considera-se como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquele entre doze e dezoito anos de idade. No mesmo sentido autorizando o trabalho dos menores de 14 anos em apresentações artísticas é a Convenção nº 138 da OIT que estabelece o seguinte:

Artigo 8º

1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, podem, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no artigo 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.

2. Permissões dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido. (OIT, 1973)

Veja-se que os dois ordenamentos estão em desacordo com a Constituição Federal, pois estão autorizando o trabalho da criança, menor de 14 anos, o que é expressamente vedado pela Carta Magna em qualquer situação, visto que a mesma não abre nenhuma exceção à regra aos menores de 14 anos.

O trabalho infantil artístico não deve ser tratado de forma diferenciada dos diversos outros tipos de trabalho. Em entrevista para este artigo (anexo 1) o Juiz da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte Dr. Cléber Lúcio aduziu que :

O trabalho na mídia televisiva não deve ser tratado de forma diferente do trabalho do menor em outras atividades. A maior exposição da criança justifica cuidados ainda mais acentuados quanto a este tipo de trabalho. A criança deve ser protegida sempre, não sendo justificativa para uma solução contrária a suposta “fama” que a criança pode adquirir por meio da mídia televisiva. (LÚCIO, Cléber, 2013, anexo 1).

Assim é que a Constituição Federal esta no topo das normas, sendo hierarquicamente superior, nenhum ordenamento deve dispor diferentemente do que ela dispõe, entendendo-se que os citados ordenamentos não podem ser utilizados para autorizar o trabalho do menor de 14 anos em nenhuma hipótese, nem ao mesmo em trabalhos artísticos, pois não há nenhuma autorização neste sentido na nossa Carta Maior.

Neste sentido, Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro (2003, p. 64 *apud* DIAS, 2007, p. 67) menciona que muito embora a Convenção 138 tenha sido ratificada pelo Brasil, esta ingressa no ordenamento jurídico com status de lei ordinária, não podendo sobrepor ao estabelecido na Constituição Brasileira.

Renato Mendes (2012, s/p), coordenador do Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil no Brasil da OIT, também alega que, para que a exceção dessa norma seja válida, no momento de ratificar a convenção, o país teria que determinar explicitamente seus casos excepcionais, o que não ocorreu em relação à atividade artística para o Brasil. Ressaltando também que o que seria permitido, é a participação de crianças em apresentações artísticas, o que é diferente de trabalho artístico.

3.1 Diferença entre Apresentação e Trabalho

É clara a diferença entre apresentações artísticas e trabalho artístico. A apresentação, não contém todos os requisitos da chamada “relação de emprego”, que estão previstos no artigo 3^ovi da CLT, quais sejam, pessoa física, o trabalho não pode ser exercido por uma pessoa jurídica; personalidade, aquele que exerce uma atividade direta não podendo delegar para outrem; não eventualidade, que é a aquele trabalho prestado de caráter contínuo, duradouro e permanente; subordinação, implicância em obedecer às normas impostas pelo empregador, e por fim a onerosidade, que é o que o trabalhador recebe em contra prestação dos seus serviços.

A apresentação é uma relação sem fim profissional, enquanto o trabalho artístico é extremamente desgastante para a criança, que como já dito, não tem maturidade suficiente para se encontrar em uma relação de emprego. Sobre a diferenciação entre trabalho e

apresentação, este também é o posicionamento da Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Arruma Guimarães (2010):

O trabalho dito "artístico" que esteja inserido em qualquer das hipóteses acima é ilegal e deve ser abolido. Algumas atividades que visam a preservação da cultura local, por exemplo, brincadeiras artísticas como o "bumba meu boi" no Norte e Nordeste, sem relação profissional ou fins lucrativos, não são, em geral, consideradas como trabalho. (GUIMARÃES, Kátia, 2010, s/p, grifo nosso).

É claro que a criança, menor de 14 anos, deve ter contato com a arte, devendo desenvolver seus talentos artísticos, contudo, este contato deve ser feito da maneira e no ambiente adequado, na forma de participação artística e não na forma de trabalho.

O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (2012, s/p) defende que "deve-se desenvolver o talento aprendendo, para depois entrar no mercado de trabalho na idade certa. A participação artística deve ter caráter lúdico, de formação", afirma Maria de Oliveira, secretária-executiva deste Fórum. Sendo assim, resta claro que uma apresentação de teatro na escola, igreja, não é prejudicial à criança, e nem vai contra aos ordenamentos jurídicos brasileiros.

4 REQUISITOS DO ARTIGO 406 DA CLT

O problema com o trabalho infantil na mídia televisiva não é apenas a do ordenamento jurídico Brasileiro, como se uma emenda constitucional solucionasse a questão, o problema é que, mesmo o trabalho da criança na mídia sendo totalmente autorizado e fiscalizado, ele ainda assim seria prejudicial ao seu desenvolvimento.

O artigo 405, § 3º da CLT considera prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

- a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
 - b) em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
 - c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral
 - d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas
- (BRASIL, 1943, grifo nosso).

Contudo, o artigo 406 do mesmo ordenamento dispõe que:

Art. 406 - O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405:

I - desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;

II - desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral. (BRASIL, 1943).

Veja-se que o artigo 406 da CLT, estabelece requisitos para que o Juiz de Menores autorize a participação do menor em atividades artísticas. Como já exposto em outra oportunidade, a CLT entende como menor, que pode ter alguma relação de trabalho específico e expressamente previsto, aquele entre 14 e 18 anos, devendo o citado artigo ser aplicado apenas para estes.

Contudo, há quem defende que o trabalho do menor pode ser exercido antes da faixa etária estabelecida, quais sejam 14 anos, como de fato ocorre, desde que os requisitos do art. 406 da CLT sejam preenchidos. Entretanto o que se vê na prática é a violação completa deste dispositivo. Primeiramente por que como já elucidado os menores de 14 anos não podem exercer em hipótese alguma nenhuma atividade laborativa e segundo que os mencionados requisitos, em regra, não são cumpridos.

O primeiro requisito que estabelece que a apresentação deva ter fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral está muito longe da realidade. Muitas crianças participam de novelas e seriados que não têm nenhum conteúdo educativo, muito pelo contrário, a maioria, principalmente no horário nobre, são extremamente violentas, visam à sexualidade e a maldade.

Para a Juíza Andréa Saint Pastous Nocci (2012, s/p), membro da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil, a criança não pode ser usada, ainda que artisticamente para representar o que ela não é, devendo os papéis delegados a elas serem compatíveis com a idade que tem, representando de forma o mais fiel possível, a idade e maturidade do ator.

Salvo melhor juízo, o posicionamento da Exa. Juíza ainda se encontra fora da realidade, visto que na maioria das vezes, as crianças fazem papéis de filhos rebeldes, mimados, e muitas vezes chantagistas.

Quem não se lembra da menina Rafaela, personagem da atriz mirim Klara Castanho, na novela transmitida pela Rede Globo no ano de 2009-2010 chamada "Viver a Vida"? Rafaela era uma menina extremamente esperta e chantagista. Foi preciso uma intervenção do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro para que fizessem modificações na conduta da personagem, retirando o seu aspecto de vilã. As Procuradoras do Trabalho que estavam

atuando no caso, Maria Vitória Sussekind Rocha e Danielle Cramer (2010, s/p), alegaram corretamente que, a atriz que na época tinha apenas 8 anos, não tem discernimento e formação biopsicossocial para separar o que é realidade do que é ficção. Isso sem contar as eventuais manifestações de hostilidade que ela pode vir a sofrer por parte do público e não compreendê-las.

No entanto, por mais que a criança represente papéis de verdadeira criança, ela ainda assim presencia situações e cenas inadequadas para a sua idade, podendo distorcer a ficção da realidade.

Um exemplo desta situação é a atriz mirim Kiria Malheiros de apenas 9 anos, que interpretou a menina Raissa na novela também transmitida pela Rede Globo em 2012-13 chamada “Salve Jorge”. A personagem sofreu da chamada “alienação parental”, assunto este muito sério para ser demonstrado com uma criança em fase de desenvolvimento, podendo a mesma ter uma distorção da realidade, além de que para fazer as cenas, a atriz precisa sentir a dor de uma alienação parental, ou seja, a responsabilidade dada a ela é semelhante à de um adulto, sem ter, no entanto, a maturidade e a experiência necessária, podendo causar vários transtornos, além de percepções distorcidas da realidade.

O outro requisito do artigo 406 que estabelece que a ocupação do menor na atividade artística deva ser indispensável para sua própria subsistência ou da sua família, mais uma vez se encontra longe da realidade brasileira. Primeiramente por que, para ingressar na mídia televisiva, principalmente nas grandes emissoras, é muito difícil. Muitas vezes, senão a maioria, quem ingressa são filhos de outros artistas ou conhecidos. Em outros casos, é preciso muito investimento na carreira artística, como viagens para testes, cursos de teatros, dentre outros. Contudo, diante da realidade brasileira, fica óbvio que uma família de baixa renda, em regra, não faz este investimento, ela investe o pouco dinheiro que tem na alimentação e nos estudos dos filhos, e não com a ilusão de que um dia eles poderão ficar ricos e famosos.

Por todo exposto, fica claro que a participação de menores em atividades artísticas na mídia televisiva esta em desacordo com a legislação, tanto pela falta de regulamentação, quando pela desobediência da legislação presente.

Temos que buscar a proteção integral das nossas crianças, e não fazermos delas frutos do capitalismo, pois, o que as emissoras esperam é que aquela criança faça muito sucesso, para auferir lucros através da mesma.

5 INFLUÊNCIA DOS PAIS

Para a advogada da Rede Record Flávia Marina de Barros Monteiro (2011, s/p) cabe exclusivamente aos pais a decisão sobre o que é melhor para os seus filhos, conforme os hábitos que adotam em família, sua cultura e costumes, não cabendo ao poder público decidir se a criança pode ou não trabalhar com as artes dramáticas antes da idade permitida.

Data vênia, este posicionamento não deve ser levado em consideração, pois o que deve ser observado é a proteção da criança, e não o desejo dos pais em vê-las trabalhando na mídia televisiva, pois esta pode trazer fama e dinheiro. Muitas vezes a criança não quer nem estar ali, sendo obrigada há todos os dias ir ao local de gravações, talvez ela preferisse brincar com os seus amigos do prédio ou da rua, contudo, com a imposição dos pais para fazerem o que não querem, as crianças se sentem obrigadas a fazer, não sabendo dizer não, e muitas vezes mesmo dizendo não, os pais utilizam da sua “soberania” diante do pequenino e o obriga a continuar na carreira artística.

Isto ocorre por que o mundo da televisão é muito visado, de uma forma muito glamurosa, quem não quer ver seu filho aparecendo na televisão, ganhando prêmios e ficando famoso? É um orgulho para os pais quando o filho vai aparecer na televisão. Portanto, nestes casos, não está sendo observado a proteção e o interesse integral da criança, e sim o interesse dos próprios pais, da sociedade extremamente capitalista.

Sandra Regina Cavalcante (2011), autora do livro “Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade” após ter ouvido frases como “essas crianças têm pai e mãe pra cuidar delas, a justiça deve se preocupar com quem é órfão ou com as crianças abandonadas na rua”, questiona: “Será que não há várias coisas em comum entre a criança que está vendendo bala no farol e aquela que está ali num estúdio querendo fazer outra coisa?”.

Sendo assim, não cabe aos pais estabelecer se o seu filho, menor de 14 anos, pode ou não trabalhar na mídia televisiva. Deve-se obedecer ao que é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Constituição Federal, visto que os pais, em regra, têm interesse na fama e no dinheiro que esta pode trazer, e não na proteção integral da criança.

5.1 Projeto de Lei nº 83/2006 e o Poder Familiar

Sobre o cabimento de ficar a cargo dos pais a decisão se o menor pode ou não trabalhar em atividades artísticas, vale mencionar o Projeto de Lei nº 83/2006 proposto pelo Senador Valdir Raupp.

O projeto de lei visa acrescentar dois parágrafos ao já mencionado artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Lembrando que como já dito no item 2 deste trabalho, este artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal. O Projeto de Lei tem a seguinte redação:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 83 (SUBSTITUTIVO), DE 2006

Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre a participação artística, desportivo e afim.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. O art. 60 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 60.

§ 1º. A proibição expressa no caput não alcança a participação artística, desportiva e afim, desde que haja autorização expressa:

I – dos detentores do poder familiar, para adolescente com mais de quatorze e menos de dezoito anos de idade;

II – dos detentores do poder familiar, para criança ou adolescente com menos de quatorze anos de idade, desde que acompanhados por um dos pais ou responsável no local a ser exercida a atividade artística, desportiva ou afim. Na ausência do acompanhante, será exigida autorização judicial.

§ 2º. A autorização de que trata o § 1º. deixará de ser válida se for descumprida a frequência escolar mínima prevista no art. 24 da Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (NR)”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2006)

Veja- se que intenção do Senador é que fique a cargo do poder familiar a decisão quanto ao trabalho artístico infantil, justificando que:

A presente iniciativa visa assegurar a crianças e adolescentes o direito de exercerem as atividades de atores, condicionado, porém, em razão da idade, a expressa autorização do detentor do poder familiar, para os maiores de catorze anos, e de autorização judicial, para os situados abaixo dessa idade. (RAUPP, Valdir, 2006, s/p)

Contudo, resta claro que assim como o artigo 60 do ECA, este projeto de lei é totalmente inconstitucional, pois viola a faixa etária aludida na Carta Maior, quais seja, a proibição de que os menores de 14 nos não podem exercer, em hipótese alguma, nenhuma atividade laborativa. Assim como as normas infraconstitucionais, o poder familiar não pode permitir aquilo que é vedado pela Constituição Federal.

O projeto de lei ainda está em trâmite pelo Senado Federal.

6 O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO PODE CAUSAR DANOS

Aduziu o Magistrado Dr. Cleber Lúcio que “todo trabalho infantil implica menor tempo para ser criança e estudar e, portanto, deve ser evitado.” (LÚCIO, Cleber, 2013, anexo 1).

Certo é que toda criança deve ter tempo para brincar, estudar e se divertir. A sociedade rejeita todos os tipos de trabalho infantil, com exceção ao trabalho na mídia televisiva, contudo, este trabalho deve ser tratado de igual forma, pois ele é tão prejudicial como todos os outros.

A criança que trabalha na mídia televisiva tem uma rotina extremamente exaustiva, se assemelhando a de um adulto, são muitas horas de gravações, entrevistas, tendo muitas vezes que viajar para gravar cenas em outros locais, cidades ou até mesmos países. Essa rotina prejudica e muito o desenvolvimento daquela criança, diminuindo o seu tempo para brincar e estudar, sendo muito difícil conciliar todas estas coisas, deixando sempre alguma de lado.

Um quadro chamado “Diário de Gravação” exibido pela Rede Globo no programa Vídeo Show em 12.04.2012 apresentou a rotina de gravações da atriz mirim Klara Castanho. Neste quadro, a atriz conta que acorda todos os dias às 6 horas da manhã para ir à escola, e logo depois vai para os estúdios da Globo gravar a novela, que na época do quadro era “Amor eterno Amor”, novela do ano de 2012. Klara conta também que grava muitas cenas e que estuda no intervalo destas.

Primeiramente, pode-se observar a rotina pesada desta criança, acordando às 6 horas da manhã e logo após a escola indo gravar suas cenas, rotina esta que se assemelha a de um adulto.

O segundo ponto é que a atriz aduz que estuda no intervalo das gravações, ora, é claro que esta maneira de estudo é totalmente inadequada, pois no estúdio tem muitas pessoas, muito movimento, o que acaba tirando a atenção da criança, assim como ocorria com o ator americano Noah Gray-Cabey, à época tinha apenas 12 anos, em entrevista a Folha de São Paulo (2007, s/p), o ator relatou que: “Minhas aulas são no set, o que é difícil, pois sou interrompido o tempo todo.”

Como é sabido, é difícil até para um adulto conciliar todas as suas obrigações cumprindo-as de forma efetiva, imagina para uma criança, que ainda esta em desenvolvimento. A criança não deve ter toda essa responsabilidade, o seu tempo deve ser dedicado para brincar e estudar, e não para trabalhar.

Outro ponto importante é que a criança não tem maturidade o suficiente para entender os acontecimentos corriqueiros da vida, como por exemplo, não ser chamada mais para participar de novelas, mini séries e seriados. Como já exposto, muitas vezes as crianças não querem trabalhar na mídia televisiva, mas estão lá por imposição dos seus pais. Contudo, há aquelas que foram trabalhar por vontade de seus pais e acabaram gostando, desenvolvendo muito bem o seu talento artístico.

Acontece que, como um adulto pode ser dispensado do seu emprego, uma criança artista pode cair no esquecimento, não sendo mais cotada para o trabalho em novelas e afins. Por óbvio que uma criança não é psicologicamente preparada, ou madura para este tipo de acontecimento, se para um adulto tal situação é ruim, imagina uma criança ter que viver este tipo de circunstância, a criança pode vir a ficar deprimida. Sendo assim, resta claro que devemos proteger os pequenos deste tipo de situação tão corriqueira no nosso país, e o modo de proteger é evitando completamente este tipo de trabalho.

Além do exposto até aqui, o ingresso da criança no mercado de trabalho, seja na mídia, seja em qualquer outro, traz um amadurecimento precoce, o que não pode e nem deve ocorrer, tal amadurecimento deve ocorrer aos poucos, a criança deve viver o seu dia a dia como criança, tendo tempo para brincar, interagir com outras crianças e estudar, devendo na idade certa, já estipulada no nosso ordenamento jurídico decidir se quer ou não ingressar no mercado de trabalho. Sobre o tema estas são as palavras de Josiane Rose Petry Veronese (2007):

Crianças e adolescentes estão em processo especial de desenvolvimento. O trabalho precoce afeta diretamente o desenvolvimento físico e psicológico, ao sujeitá-los a esforços perigosos ou que vão além de suas possibilidades estruturais, resultando num pseudo-amadurecimento, pois anula a infância, a juventude e compromete as possibilidades de uma fase adulta saudável. (...). O trabalho infantil gera um nível elevado de cansaço, pois a capacidade de resistência da criança e do adolescente ainda é limitada, se comparada às exigências laborais adultas. (...)
Outro aspecto importante a ser considerado como consequência do trabalho infantil são os efeitos psicológicos, pois a inserção no mercado de trabalho estimula o abandono da infância, fazendo precocemente ingressarem no mundo adulto. Os prejuízos ao desenvolvimento psicológico e intelectual afetam as crianças e adolescentes trabalhadores, refletindo em todo o seu conjunto de relações pessoais e sociais. As necessidades normais da infância e da adolescência não sendo satisfeitas provocarão um amadurecimento precoce, determinando alterações no equilíbrio psicológico na fase adulta. As responsabilidades inerentes ao trabalho provocam, em suas raízes, a perda dos aspectos lúdicos, primordiais para o desenvolvimento de uma infância saudável e equilibrada; o trabalho, com todas as regras que comporta, ao provocar a submissão, acaba por resultar na inibição das características específicas do ser criança que é BRINCAR, expressar fantasias. A criança e, na maioria das vezes, o adolescente, não dispõe de condições próprias

para avaliarem os efeitos e impactos de seu ingresso precoce no mercado de trabalho, sobretudo por desconhecerem as reais necessidades e condições relevantes para o seu desenvolvimento integral.

(grifos nossos) (VERONESE, Josiane, 2007, p. 105 *apud* DIAS, Amanda, 2007, p. 71, grifo nosso).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo concluiu-se que o trabalho da criança, sendo estas menores de quatorze anos, não pode ser permitido de nenhuma forma, nem ao mesmo na mídia televisiva, sendo ele totalmente prejudicial, devendo ser respeitada sempre a idade mínima compreendida no ordenamento jurídico brasileiro.

Qualquer ordenamento que contrarie a Constituição Federal em relação à idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho não deve ser observado, devendo este ser considerado inconstitucional pelo fato da nossa Constituição Federal ser hierarquicamente superior a todas as outras normas. Sendo assim, nenhuma norma infraconstitucional pode prevê fato contrária ao que determina a Carta Magna.

Conclui-se também que o fato da criança não poder exercer nenhuma atividade laborativa não diz respeito apenas ao fator da idade proibida pela Constituição Federal, deve-se observar que todo o tipo de trabalho exercido por estas, é totalmente prejudicial a sua formação, retirando o seu tempo de brincar e estudar, levando estes pequenos a uma responsabilidade e a um amadurecimento precoce, fato este que não deve ocorrer em nenhuma hipótese. Criança tem o direito de ser criança!

(...)

Criança não trabalha, criança dá trabalho

Criança não trabalha...

Lápis, caderno, chiclete, pião

Sol, bicicleta, skate, calção

Esconderijo, avião, correria, tambor, gritaria, jardim, confusão

(...) (ENCANTADA, Palavra, 2010, s/p)

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. O trabalho do menor em atividades artísticas e desportivas à luz do ordenamento jurídico nacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2506, 12 maio 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14840>>. Acesso em: 17 de maio 2013.

ARRUDA, Kátia. TST- Tribunal Superior do Trabalho. Kátia Arruda diz que trabalho artístico infantil pode ter consequências irreparáveis. 2010. Disponível em<http://www.tst.jus.br/noticias//asset_publisher/89Dk/content/katiaarrudadizquetrabalhoartisticooinfantilpodegerardanosirreparaveis?_101_INSTANCE_89Dk_redirect=http://www.tst.jus.br/noticias?p_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn3%26p_p_col_pos%3D2%26p_p_col_count%3D5> Acesso em: 13 de maio 2013.

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis Trabalhistas, 1943**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 21 de abril 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 de abril de 2013.

BRASIL. ECA (1990). **Estatuto da Criança de do Adolescente**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 21 de abril de 2013

CAVALCANTE, Regina. REVISTA ONLINE ECODEBATE- Trabalho infantil artístico: As crianças que trabalham bem diante do seu nariz. 2011. Disponível em: <

<http://www.ecodebate.com.br/2011/09/14/trabalho-infantil-artistico-as-criancas-que-trabalham-bem-diante-do-seu-nariz/>> Acesso em: 12 de maio 2013.

Cf. SANTOS, Izequias Estevam dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

DIAS, Amanda Bedin. O Trabalho da Criança e do Adolescente no Brasil: Análise dos aspectos jurídicos de sua permissão na mídia televisiva. Presidente Prudente/SP, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/650/665>> Acesso em: 25 de abril de 2013.

ENCANTADA, Palavra. Criança não trabalha. 2010. Disponível em: <<http://letras.mus.br/palavra-cantada/447926/>> Acesso em: 25 de maio de 2013.

Folhinha. UOL. Noah tem superpoderes. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhinha/dicas/di01090706.htm>> Acesso em: 17 de maio de 2013.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. Ciência e conhecimento científico. In: **Metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Renato. Meia Infância. Os limites do trabalho artístico infantil. Debate sobre necessidade de proibição ou regulamentação do trabalho infantil artístico ainda está em aberto. 2012. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/trabalho infantil/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil/>> Acesso em: 15 de maio de 2013.

Meu Advogado. Crianças e adolescentes: quais direitos cabem a eles e como podemos colocá-los em prática?. 2011. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/criancas-adolescentes-direitos-colocar-em-pratica.html>> Acesso em: 17 de maio de 2013.

NOCCI, Andréa Saint Pastous. TST- Tribunal Superior do Trabalho. TST se prepara para julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT. 2012. Disponível em<http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2603095 > Acesso em: 12 de maio 2013.

OIT (1973)- Organização Internacional Do Trabalho. **Convenção 138**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/normas/conv138.php>> Acesso em: 21 de abril de 2013.

OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto- juvenil Artístico e a idade mínima: Sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. In **AMATRA**. São Paulo: LTR, 2010. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Artigo++Jos%C3%A9%20Robero+Dantas+Oliva++Trabalho+infantojuvenil+art%C3%ADstico+e+a+idade+m%C3%ADnima..pdf>> Acesso em: 21 de abril de 2013.

OLIVEIRA, Maria. Os limites do trabalho artístico infantil. Debate sobre necessidade de proibição ou regulamentação do trabalho infantil artístico ainda está em aberto. 2012. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/trabalho infantil/os-limites-do-trabalho-artistico-infantil/>> Acesso em: 15 de maio de 2013.

Portal do Senado. PLS - **Projeto de lei do senado, nº 83 de 2006**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77337> Acesso em: 17 de maio de 2013.

SHOW, Vídeo. Diário de Gravação: O dia a dia da atriz mirim Klara Castanho. Disponível em: <<http://globo.com/rede-globo/video-show/v/diario-de-gravacao-o-dia-a-dia-da-atriz-mirim-klaracastanho/1900722/>> Acesso: 21 de abril de 2013.

SUSSEKIND Vitória Maria e CRAMER Danielle. PLOX. Aconteceu. Personagem de atriz mirim é questionado pelo MPT. 2010. Disponível em: <<http://www.plox.com.br/caderno/aconteceu/personagem-de-atriz-mirim-%C3%A9-questionado-pelo-mpt>> Acesso: 17 de maio de 2013.

TST- Tribunal Superior do Trabalho. A difícil tarefa na regulamentação do trabalho infantil artístico. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/a-dificil-tarefa-na-regulamentacao-do-trabalho-infantil-artistico > Acesso em: 12 de maio 2013.

ⁱ Autora

ⁱⁱ Co Autora

ⁱⁱⁱ Art. 7^a, XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (BRASIL,CF, 1988)

^{iv} Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. (BRASIL, CLT, 1943)

^v Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, ECA, 1990)

^{vi} Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, CLT, 1943)

ANEXO 1

Entrevista ao Magistrado da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Dr. Cléber Lúcio.

- Qual a sua opinião a respeito do trabalho de crianças na mídia televisiva?

O trabalho na mídia televisiva não deve ser tratado de forma diferente do trabalho do menor em outras atividades. A maior exposição da criança justifica cuidados ainda mais acentuados quanto a este tipo de trabalho. A criança deve ser protegida sempre, não sendo justificativa para uma solução contrária a suposta “fama” que a criança pode adquirir por meio da mídia televisiva.

- O trabalho da criança na mídia televisiva, pode ser considerado um trabalho, no sentido literal?

Trabalho, do ponto de vista jurídico, é atividade humana desenvolvida em favor de outrem. O fato de o trabalho ser prestado na mídia televisiva não altera este fato.

- Há fiscalização para este tipo de trabalho? Quem realiza essa fiscalização?

O trabalho na mídia depende de prévia autorização judicial e deve ser fiscalizado pelos conselhos tutelares.

- Qual a idade correta que os menores deveriam começar a trabalhar, tanto na carreira artística quanto em outras?

A idade para o trabalho do menor deve observar os limites impostos pela Constituição.

- Há algum tipo de trabalho que não seria prejudicial ao menor?

Todo trabalho infantil implica menor tempo para ser criança e estudar e, portanto, deve ser evitado.

- O Senhor acha correto que a expedição do alvará para que os menores exerçam atividade na mídia televisiva seja do Juiz da Vara da Infância e da Juventude?

Sim, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude é que deve ser ouvido quando se trata do trabalho do menor. Há quem diga que a autorização deveria ser concedida pela Justiça do Trabalho, mas o foco deve ser a criança e não o trabalho. Com isto, a competência deve ser mantida nos moldes atuais.

REVISTA DIKÉ

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

Chamada de Artigos

O Conselho Editorial da Revista DIKÉ, faz saber que se encontra aberta a oportunidade para remessa de artigos a serem submetidos a análise para eventual futura publicação na edição de número 8 da Revista DIKÉ, referente ao segundo semestre do ano de 2013.

Normas para os colaboradores

Para possível inclusão na próxima edição, os artigos devem ser enviados por correio eletrônico para os e-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br, jcarloshen@yahoo.com.br, antunesdireito@gmail.com, bernardogbn@yahoo.com.br; até o dia 20 de Abril de 2014. A Revista tem publicação semestralmente por meio eletrônico, estando disponível em endereço da World Wide Web, inserido no site da Unipac-Itabirito.

Devem-se seguir, obrigatoriamente, as seguintes normas de publicação:

- Os artigos enviados deverão ser inéditos. Artigos já publicados não serão submetidos ao Conselho Editorial, nem serão objeto de parecer.
- Todo e qualquer artigo enviado à Revista será submetido ao Conselho Editorial, cabendo a este um juízo sobre a sua publicação. Apenas os autores dos artigos selecionados serão comunicados sobre a aceitação dos textos, os demais, se o quiserem poderão se informar junto aos órgãos de expediente da revista, pelos e-mails acima indicados, caso não sejam contatados no prazo de dois meses da remessa do texto.
- Os artigos deverão conter obrigatoriamente no cabeçalho: a) título em português e em uma língua estrangeira, admitidas: francês, espanhol e inglês; b) resumo de no máximo 250 palavras em português e na mesma língua estrangeira escolhida para o título; e c) no máximo 7 palavras-chave em português e na mesma língua estrangeira escolhida. O texto deverá conter entre 15 e 25 laudas.
- Os artigos devem ser elaborados em Word, mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas, com texto digitado em espaçamento 1,5, em *Times New Roman*, corpo 12, formatados em folha A 4, com margens: esquerda e superior de 3 centímetros e inferior e direita de 2 centímetros .

-
- As notas explicativas devem ser postas no rodapé do texto, numeradas em seqüência e em corpo 10 (justificado). A primeira nota deve trazer um breve currículo do autor, ligando-se ao seu nome no cabeçalho do texto.
 - Citações: se menores que três linhas, serem inseridas diretamente no texto, entre aspas, com indicação do autor, ano e página (modelo autor/data); se maiores que três linhas, devem ser destacadas com recuo à esquerda com 4 centímetros , em corpo 10, com indicação do autor, ano e página. (modelo autor/data)
 - As referências bibliográficas ou outras deverão vir no final do texto, de acordo com as normas da ABNT. As referências serão compostas pelos textos efetivamente citados no artigo. Demais referências devem ser colocadas sob o título “bibliografia”.
 - DIKÉ: Revista de Direito, Filosofia e Política do Curso de DIREITO da Unipac-Itabirito *poderá* alterar formalmente os originais a fim de adaptá-los às normas acima elencadas, bem como proceder à revisão ortográfica e gramatical necessária, sem prévio aviso. Artigos que precisarem de adequações de conteúdo serão reencaminhados aos autores para correção, que deve se realizar no prazo impreterível de 3 (três) dias.
 - A publicação da Revista se dará por meio eletrônico.
 - Os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo a opinião do Conselho Editorial, do Curso de Direito da Faculdade de Ciências de Saúde e Jurídica da UNIPAC Itabirito e nem da própria instituição, de modo que a Revista e os seus Conselheiros não assumem qualquer responsabilidade pelas opiniões presentes nos artigos.

A Revista agradece a seus colaboradores e coloca-se à disposição para sanar quaisquer dúvidas através dos e-mails elencados acima.

Aguardamos a participação de todos.

At.

Conselho Editorial da Revista DIKÉ