



# FAS@JUS



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO





e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2179-8222

**Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Alessandra Galli Aprá

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso



FACULDADES  
**SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

**Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Alessandra Galli Aprá

(Centro Universitário de Curitiba - Unicuritiba, e da Escola da Magistratura do Paraná)

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca (Faculdade UBRES – Bahia)

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant (Universidade Estadual de Montes Claros – Minas Gerais)

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

**Diagramação e Editoração Gráfica**

Maria Rodrigues Mendes

**Capa**

Adriano Magno de Freitas

Maria Rodrigues Mendes

---

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 7, n. 2, 2017 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2017-  
v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

---



**Endereço:** (Address)

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

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>7</b>
 <b>AUTOR CONVIDADO</b>	
A TEORIA PURA DO DIREITO E O ESTADO ENQUANTO ORDEM JURÍDICA – O POSITIVISMO DE HANS KELSEN: mecanismos utilizados pelo ente estadual para a satisfação de seus interesses	
Givanildo Nogueira Constantinov.....	13
 <b>ARTIGOS DO CORPO DOCENTE</b>	
O MODELO PATRIARCAL COMO FATOR DETERMINANTE NA DIVISÃO DESIGUAL DO TRABALHO DOMÉSTICO NA ATUALIDADE	
Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales.....	27
VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E TRANSGERACIONALIDADE, UM ESTUDO SISTÊMICO	
Marajane de Alencar Loyola	
Ana Paula Ferreira Santos.....	33
 <b>ARTIGOS DO CORPO DISCENTE</b>	
A TÉCNICA PUBLICITÁRIA DO “MERCHANDISING” EM CONFRONTO COM AS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	
Amanda Marques Almeida da Silva.....	41
UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO FEMINICÍDIO	
Anne Francis Aguiar Soares	
Laura Mendes Matos.....	49
TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: o impacto tributário sobre a reciclagem	
Thaís Carolina Souza Guedes.....	57

TUTELAS DE URGÊNCIA EM FOCO: avanços na norma processual brasileira em superação da matriz italiana Werley Pereira de Oliveira.....	67
--	----

## **ARTIGOS DE EGRESSOS**

A NOVA ERA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: o paradigma cooperativo em busca de uma sociedade de trabalho Lucas Versiani Cardoso.....	77
---	----

A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS E O POSTULADO DA LEGITIMAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA Maria Cecília Magalhães Chaves.....	87
---	----

REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER: flexibilização das normas trabalhistas Raíssa Ismelina Soares de Oliveira.....	95
---	----

## **ELO COM OUTRAS IES**

OS DIREITOS HUMANOS NAS UNIDADES DE DETENÇÃO ARGENTINAS: realidade ou utopia? Paula Ximena Morales.....	103
--	-----

<i>Crying Wolf</i> : Flertando com o Desmanche do Estado Democrático de Direito Plauto Cavalcante Lemos Cardoso.....	111
---	-----

<b>NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....</b>	<b>123</b>
------------------------------------	------------

## APRESENTAÇÃO

Um veículo de comunicação científica no Brasil tem algumas características que são dominantes. Uma delas, é o atraso na publicação. É muito comum que em um semestre seja editada uma Revista de cunho científico de vários anos atrás.

Com a graça de Deus, esta característica jamais esteve presente na **Fas@Jus**, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Quase sempre, há um adiantamento quanto à data. Embora o semestre ainda esteja no meio ou na terça parte, o costume é que o número que teria até o fim do ciclo para se externar, esteja pronto. E divulgado.

Desta vez, a **Fas@Jus**, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho vem carregada de outra rara qualidade: contém muitos artigos, e de qualidade. Artigos em quantidade que quase supre a demanda de um ano estão presentes em apenas este semestre.

A coluna destinadas aos autores catalogados como dignos de um convite especial para participação na Revista aparece desta vez ocupada pelo **Professor e Juiz de Direito Givanildo Nogueira Constantinov**. Ele é Magistrado no Paraná e está terminando o Doutorado em Direito. Estudioso de todos os temas, dedicou espaço especial para compreender a Filosofia do Direito e fez ligar conceitos emitidos por Hans Kelsen, Friedrich Nietzsche e Hans Vaihinger. A obra que embasa o texto é “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, mas uma série de livros deste autor serve de suporte para o desenvolvimento do artigo científico. Sob a denominação de “A Teoria Pura do Direito e o Estado Enquanto Ordem Jurídica: o positivismo de Hans Kelsen: mecanismos utilizados pelo ente estadual para a satisfação de seus interesses”, o autor debruça sobre conceitos jusfilosóficos e transforma o texto em um aprendizado indispensável aos operadores do Direito. Até mesmo porque há definição do que é o

Estado como ficção jurídica, da aplicação das normas jurídicas pelo Estado no conceito de Estado-juiz e todo um trabalho que circunda as áreas da Filosofia, da Sociologia e faz referência à Religião e à Política. Tudo em prol da definição do Direito e sua aplicação de forma justa e em benefício da sociedade jurisdicionada.

Uma das seções da Revista, que leva por título **Artigos do Corpo Docente**, é destinada aos Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E ela é ocupada por duas expoentes dos textos jurídicos.

A ordem alfabética implica em destinar o primeiro texto da seção para a **Professora Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales**. Ela faz uma análise da posição patriarcal da família brasileira, indicando que, praticamente desde sempre, o sistema brasileiro foi o de centrar na figura do marido, do pai, a condição de, praticamente, ser “dono” da família. E, por se sentir o chefe, o mandante, o marido não exerce quaisquer trabalhos domésticos. O texto ainda mostra que, nos tempos atuais, mesmo as mulheres exercendo função externa à casa, ainda têm a responsabilidade de cuidar da casa e ensinar e educar aos filhos. O artigo científico, denominado “O Modelo Patriarcal como Fator Determinante na Divisão Desigual do Trabalho Doméstico na Atualidade”, entra para o rol dos textos que precisam, mais do que ser lidos, ser pensados. E aplicados no dia a dia.

O segundo texto científico da seção é de autoria conjunta da **Professora Mestre Marajane de Alencar Loyola** e da **Psicóloga Ana Paula Ferreira Santos**. Elas escrevem, e bem, sobre o tema denominado “Violência Intrafamiliar e Transgeracionalidade, um Estudo Sistemático”, detalhando questões da Psicologia aplicadas ao estudo da Terapia Familiar, sob o aspecto da violência doméstica. Em vez de procurar pelos ditames da lei, como a Lei Maria da Penha, as

autoras buscam por conceitos das áreas da Psicologia e da Sociologia, mas sempre demonstrando a questão da violência doméstica. É a comprovação de que o estudo do Direito, quando se pensa em segmentos como Criminologia e Direito Penal, não consegue chegar ao entendimento do estudante ou ao aplicador do Direito sem, antes, serem analisadas as questões das violências que as crianças e adolescentes recebem no seio familiar e que, muitas vezes, trazem reflexos para o lado da violência em fase adulta. O artigo científico guarda liame apertado com o Direito, ainda que, no decorrer das letras, não haja referência direta às leis e às medidas de proteção socioeducativas, próprios do estudo da área Jurídica.

A seção destinada aos **Artigos do Corpo Discente** do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho está recheada de bons textos.

Para começar, em ordem alfabética, há o artigo denominado “A Técnica Publicitária do ‘Merchandising’ em Confronto com as Normas de Proteção ao Consumidor”, de autoria da **Acadêmica Amanda Marques Almeida da Silva**. Para desenvolver o seu trabalho, houve estudo detalhado do Código de Defesa do Consumidor, interpretado por expoentes da doutrina no segmento, em comparação com as regulamentações acerca das propagandas ou publicidades comerciais. E até houve referência à condição subliminar das propagandas que aparecem em filmes que influenciam, por demais, a pessoas de todo o planeta. As regras da publicidade, quanto à condição para que a propaganda, de fato, tenha esta aparência, foram confrontadas com a permanente disposição publicitária de encaixar uma discreta divulgação de um produto ou serviço, em tentativa de inculcar, na mente do consumidor, produtos que se apresentam como em utilização quando, em pura verdade, estão apenas sendo divulgados.

Um outro texto de cunho científico é de autoria das **Acadêmicas Anne Francis Aguiar Soares** e **Laura Mendes Matos**. Elas se uniram, em grande esforço, para somar conhecimentos e pesquisas, e escreveram o texto “Uma Análise Crítica Acerca do Femicídio”, no qual discutem acerca do crime de feminicídio, muito mais

profundo do que o feminicídio ou homicídio de mulheres em geral. Tratam da violência contra a mulher, com remessa às antigas Grécia e Roma, nos tempos da família patriarcal, e descrevem o que se passa com a dominação masculina, de forma violenta, nos dias atuais. Tratam das duas leis brasileiras que protegem a mulher contra atitudes violentas em razão de estarem sob o mesmo teto, ou por terem estado em companhia amorosa de alguém. E ainda tratam das penas que devem receber quem pratica agressão contra as mulheres, tanto em razão da dominação quanto ao fato de pertencerem ao gênero feminino.

Também ilustra esta edição o texto científico da **Acadêmica Thaís Carolina Souza Guedes**. É um estudo fundamentado na melhor doutrina para descrever o tema “Tributação Ambiental: o impacto tributário sobre a reciclagem”. Como se vê, há um misto de Direito Ambiental com Direito Tributário, sendo que ambos têm fontes na Constituição Federal. Para descrever o assunto, a autora pesquisou por quase um ano os livros e as demais fontes do Direito. E o resultado é a explicação, de forma direta e doutrinária, sobre os procedimentos que deveria a Administração Pública utilizar para reduzir os tributos sobre a matéria-prima oriunda de reciclagem, tendo em vista os ditames constitucionais do princípio da seletividade, para que o produto final, reciclado ou com algum componente reciclado, tenha preço mais acessível ao consumidor. Para chegar ao bom fim, a autora descreve diversos princípios constitucionais e tributários, e trata as questões ambientais com foco no que os industriais poderiam fazer, se tivessem ou incentivo fiscal ou redução da tributação toda vez que utilizassem produtos reciclados nos materiais que produzem.

Com ares de Acadêmico de Direito, mas com forma definitiva de já graduado em outro campo do saber, com a experiência de ter Mestrado, o **Acadêmico Werley Pereira de Oliveira** comparece assinando artigo científico sob o título de “Tutelas de Urgência em Foco: avanços na norma processual brasileira em superação da matriz italiana”. No texto, o autor faz comparação técnica entre as decisões cautelares, como medidas de urgência deferidas pelo Poder Judiciário em casos



cuja fumaça do bom direito e o perigo da demora são comprovados pelo requerente, tanto no procedimento fixado pelo Código de Processo Civil brasileiro que entrou em vigor em 2016 quanto no sistema vigente na Itália. Antes da real comparação, porém, há um sério estudo técnico e profundo do porquê de um estudo comparado, com demonstração da validade, para efeitos de estudos, da aplicação, na doutrina, do Direito Comparado.

A **Revista Fas@Jus** mantém um espaço para diálogo com seus egressos. Entende o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho que um seu Aluno sempre terá essa carga de qualidade, mesmo se acrescido do designativo “ex” em sua condição. O Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho tem algumas vontades, aos olhos leigos, que são objetivos e busca de habilidades que pretende passar aos Acadêmicos. Objetivos e habilidades, como termos técnicos, próprios do setor do ensino superior. No caso da Faculdade de Direito Santo Agostinho, **ensino superior de qualidade**. Uma das vontades do Curso é a manutenção constante de um elo com o graduado, o egresso, o hoje operador do Direito que se instruiu nos bancos dessa Faculdade. Assim, a seção **Artigos de Egressos** tem grande importância, porque traz ligação permanente e renovada com os hoje profissionais que se graduaram no Curso em assunto.

Pela ordem alfabética dos autores, aparece ocupando a seção dos egressos o **Advogado Lucas Versiani Cardoso**, que escreve sob o título “A Nova Era do Processo Civil Brasileiro: o paradigma cooperativo em busca de uma sociedade de trabalho”. O artigo científico, é verdade, busca analisar o Código de Processo Civil, edição de 2015, mas os dizeres são recheados de questões de Filosofia e Sociologia. Um misto necessário ao tratamento de um tema envolvente e que se mostra inovador, mesmo em épocas de inovações diárias - época em que os modelos e novas tecnologias fazem com que tudo fique com ar de velho e ultrapassado em poucos meses de existência. Quanto ao texto, destaque sobretudo para a qualidade da escrita, a boa colocação das ideias e o desenrolar do texto, que levam a um resultado se não surpreendente, pelo menos de leitura muitíssimo agradável. É um

texto portador de muitos ensinamentos.

Em um artigo científico que ultrapassa o conceito de “comum”, a **Advogada Maria Cecília Magalhães Chaves** se dedica a escrever sobre “A Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls e o Postulado da Legitimação das Desigualdades Sociais para o Alcance da Justiça”. Com fôlego de pesquisadora, a autora fala da teoria de justiça elaborada por John Rawls e demonstra que esta é a teoria que indica a possibilidade de a Administração observar as desigualdades e, uma vez identificadas, estar ao lado dos menos favorecidos, como forma de fazer a justiça. E, considerando que ao particular é impossível a administração da justiça de forma a pender para o lado dos menos aquinhoados em bens e direitos, ou quem está tendo seus direitos violados, compete à Administração - a autora cita muito “as instituições sociais” - exercer este papel. Somente em havendo um apoio aos desprovidos de direitos ou aos que têm seus direitos violados é que há o equilíbrio, já que do outro lado já se encontra os revestidos ou de poderes ou de atitudes como se fossem detentoras das decisões - em seu favor.

O espaço destinado aos egressos é também ocupado pela **Advogada Raíssa Ismelina Soares de Oliveira**. Ela faz considerações acerca do Projeto de Lei que altera as relações do trabalho, trazendo novas normas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Mostra o lado do argumento de que a CLT está ultrapassada em alguns pontos, chegando a dificultar as contratações. E demonstra, em contrapartida, que a fragilidade do empregado, na eterna luta pela manutenção do emprego como fonte de renda familiar, poderá trazer prejuízos sérios e até irreparáveis quando das negociações. Mostra que, em tese, uma Convenção Coletiva de Trabalho, negociação entre Sindicatos representativos da força econômica e da força laboral, poderá ser mais bem aceita do que um Acordo Coletivo de Trabalho, celebrado entre um Sindicato de empregados com uma ou mais empresas. Mas, traz também o argumento de que em se tratando de uma empresa com saúde financeira frágil, pode ser que os empregados, ali representados pelo Sindicato, entendam que a manutenção do emprego poderá ser superior à sua perda e à própria falência da empresa, e que o Acordo poderá, sim, trazer

sobrevida não apenas à atividade econômica, como também à retomada das condições favoráveis de trabalho em um futuro próximo.

A **Fas@Jus**, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, mantém uma seção destinada a abrigar expoentes do Direito que têm outras origens. Podem ser autores de outras Faculdades de qualquer parte do Brasil, como normalmente vem acontecendo. Desta vez, porém, ultrapassadas foram as barreiras. Um artigo é tipicamente argentino: autora argentina, tema universal mas com olhar local e outras características. Há outro texto que, embora brasileiro, é de estudante na Universidade de Buenos Aires, como se verá. Assim, a seção **Elo com Outras IES** cumpre seu papel de unir Instituições de Ensino Superior, não importando a distância física. A união se dá pelo lado acadêmico, científico, da pesquisa e do Direito como um todo.

Da Argentina, como primeira colaboração internacional exclusiva para **Fas@Jus**, vem o artigo denominado “Os Direitos Humanos nas Unidades de Detenção Argentinas: realidade ou utopia?”, de autoria de **Paula Ximena Morales**. A autora, operadora do Direito na Província de Buenos Aires, estuda as condições carcerárias da Argentina e expõe um fato que demonstra haver muita similaridade com o sistema prisional brasileiro: superlotação, ausência de afazeres para os detentos, ociosidade e impossibilidade de recuperação e ressocialização do aprisionado. Trata-se de um trabalho que analisa, com capacidade, a aplicação dos - ou a sua falta - Direitos Humanos em relação à pessoa do preso. E mostra que, mesmo em estando grafado na Carta Constitucional e na legislação infraconstitucional, o ato de colocar em prática a proteção à pessoa humana do preso é bem distinta das necessidades e recomendações de órgãos internacionais. A descrição das condições carcerárias foi resultado de pesquisas nos locais, com visitas de Comissão especialmente constituída para tal fim. Mesmo sendo uma Comissão constituída, houve caso de não aceitação da visita,

por parte dos administradores. Não muito distante da realidade de outros sistemas carcerários de vários países.

Também aparece nessa seção o artigo denominado “Crying Wolf: flertando com o Desmanche do Estado Democrático de Direito”, escrito pelo **Professor Plauto Cavalcante Lemos Cardoso**. Professor de nível internacional, o autor do texto utiliza de espécie de ensaio para desvendar, em seu ponto de vista, a questão de (falta de) cultura do desprezo da informação, típica do brasileiro dos tempos atuais. Mostra que o ato de pedir a volta do Governo Militar é uma desinformação que agrada apenas à direita da ala política. E argumenta, em contrapartida, que o que a esquerda política denomina “golpe” para o caso do afastamento da Presidente da República, é um desconcerto total quando tais palavras são apoiadas por pensantes da área do Direito. Demonstra que, se se acostuma a chamar de golpe a atitudes previstas na legislação, quando vier um golpe verdadeiro não será sequer identificado como tal e será admitido, como se admite o afastamento de um dirigente eleito. Traz comparação com o grande número de assassinatos no Brasil, que faz com que a violência que os brasileiros enfrentam seja tida como se normal fosse, ao mesmo tempo que acha um absurdo a atitude humana quando mata (muito menos do que o Brasil, sem guerra) em guerra. Um texto para reflexão e conhecimento, independentemente dos conceitos políticos.

Desta maneira, a **Fas@Jus**, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, cumpre, nesta missão que leva o volume sete (sétimo ano consecutivo e ininterrupto de publicação) e número dois (correspondente ao segundo semestre), um grande e qualificado estoque de textos científicos. Próprios para grande aprendizado. Próprios para merecer a condição de veículo de atuação na área científica.

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso  
*Editor*

***AUTOR***  
***CONVIDADO***

---



## A TEORIA PURA DO DIREITO E O ESTADO ENQUANTO ORDEM JURÍDICA: o positivismo de Hans Kelsen: mecanismos utilizados pelo ente estatal para a satisfação de seus interesses

*Givanildo Nogueira Constantinov<sup>1</sup>*

### RESUMO

A Teoria Pura do Direito, em seu caráter positivista, afasta o princípio da causalidade do contexto normativo, concebendo a norma a partir de um ato de vontade do sujeito que, por consequência, cria o Direito. Kelsen, embasado na Teoria do “Como Se” de Hans Vaihinger, concede ao fundamento da ordem jurídica caráter fictício, em razão da limitação da capacidade intelectual humana. Essas ideias dão origem à relação entre Direito, Estado e sociedade, enquanto organismos que se comunicam e geram efeitos. Ao se debruçar sobre o Direito e o Estado, Kelsen aplica sua Teoria Pura, o que gera desdobramentos que refletem atualmente na sociedade, fato que traduz a relevância de seu estudo para a ciência jurídica.

**Palavras-chave:** Teoria Pura do Direito. Positivismo. Estado de Direito. Poder e Política. Soberania.

### ABSTRACT

The Pure Theory of Law in its positivity character, away from the Principle of Causality of the regulatory framework, because it must have come from an act of man's will, which there for creates the Law. Kelsen, based on the Theory of “As If” of Vaihinger, grants the foundation of the fictitious character of the Law, based on the limitation of human intellectual capacity. These ideas are the source of the relationship between Law, State and Society, as organizations that communicate with

each other and generate effects. While discussing the rule of Law, Kelsen applies his Pure Theory, generating developments that is currently reflected in Society, which is just another indication of the relevance of their study to the legal science.

**Keywords:** Pure Theory of Law. Positivism. Principle of Imputation. State of Law. Power and Politics. Sovereignty.

### 1 INTRODUÇÃO

Tendo em mente o pensamento jusnaturalista foi que Hans Kelsen iniciou seu pensamento que, posteriormente, culminou na concepção de sua Teoria Pura do Direito. O referido pensamento jusnaturalista representa a importante influência do princípio da causalidade no ramo das ciências jurídicas, sobretudo na ciência do Direito, em que se acreditava que, para determinar o que poderia vir a ser o Direito era necessário, invariavelmente, identificar o que ele sempre foi. E, para proceder à observação do que o Direito sempre foi, seria preciso voltar-se para a relação causal existente entre a vontade do legislador e o Direito como norma posta. Ou seja, seria preciso voltar-se ao conceito subjetivo da Lei para compreendê-la e, assim, poder determinar as normas subsequentes, bem como na influência de outros ramos científicos no Direito, como a Psicologia e a Sociologia.

Kelsen iniciou, desta forma, sua reflexão, voltando-se às características do homem primitivo, para clarear seu entendimento acerca da sociedade

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) “Tutela dos Direitos Supra Individuais” e, Especialista em Direito Ambiental pela mesma Universidade. Assina a obra “Biossegurança & Patrimônio Genético: tutelas de urgência, responsabilidade civil, responsabilidade social, proteção do patrimônio genético” (2007), além de diversos artigos. É autor do capítulo denominado “Novos Paradigmas do Crédito Ambiental” na obra “Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade” (2010), do capítulo “A Defesa em Juízo do Meio Ambiente: Aspectos das Ações e do Processo”, na obra “Tutela Jurídica do Meio Ambiente e Desenvolvimento” e também do capítulo “O crime de violação de direito autoral: reflexões sobre o acesso à Justiça e estudo à luz do princípio constitucional da intervenção mínima”, na obra “A Constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça” (2015). É Magistrado de carreira no Estado do Paraná-Brasil.

em que ele estava inserto, o que resultou no entendimento de que o sentido de justiça, enquanto princípio da ordem social, sempre esteve ligado, nas mais variadas civilizações, ao conceito de retribuição.

Sobre a retribuição, impende mencionar que ela está calcada na necessidade que o homem primitivo possuía de compensar uma atitude de seu semelhante que o afetava, fosse ela positiva ou negativa, assim como que, a partir do princípio da retribuição e da observação do meio (natureza) em que o homem primitivo estava inserto, surge o princípio da causalidade, que tem por característica justamente a observação do ambiente para determinar e justificar os fatos.

Com essa ideia em específico, Kelsen logra revelar, por meio da ótica do ser humano, uma distinção entre natureza e sociedade, possibilitando, via de consequência, interpretar a natureza, sob o enfoque social, de maneira isolada. Como resultado desse pensamento, pode-se inferir a noção jurídica presente na gênese da formação da sociedade, qual seja, o sentido de organização pautado pelo princípio da retribuição.

A partir da compreensão das ideias de retribuição e causalidade, torna-se necessário trazer a lume a definição de imputação, traçando-se um importante diferencial entre referidas concepções, que deve estar estruturado no dualismo entre *ser* e *dever ser*.

Nesta linha de raciocínio, apoiado na diferenciação oriunda desse dualismo e na influência da teoria positivista, Kelsen passa a entender o Direito como uma ciência que deve ser segregada das demais, não porque estas não exerçam influência ou importância dentro daquela, mas porque os fenômenos jurídicos devem ser compreendidos única e exclusivamente em seu caráter normativo, sem interferências externas. Surge, então, a Teoria Pura do Direito, que tem seu enfoque no estudo do Direito enquanto ciência independente que gera, entretanto, reflexos na sociedade como um todo, sobretudo nas questões envolvendo o Estado.

Desta forma, tendo como enfoque a Teoria

Pura do Direito de Hans Kelsen e a relação existente entre Direito e Estado, torna-se mister a abordagem dos aspectos pertinentes a tal teoria, sua relação com outros autores e como ela vislumbra a figura do Estado, sobretudo no que diz respeito à ordem jurídica e ao Estado a partir do Direito.

## 2 O CARÁTER POSITIVISTA DA TEORIA PURA DO DIREITO EM CONTRAPOSIÇÃO AO PENSAMENTO DE FRIEDRICH NIETZSCHE

A Teoria Pura do Direito, como o próprio nome sugere, buscou individualizar o estudo jurídico, razão pela qual Hans Kelsen aprofundou seu estudo para melhor compreensão da norma jurídica. A partir deste ponto, ele se deparou com as sociedades primitivas e suas maneiras de se organizarem, percebendo, então, que na antiguidade diversos aspectos acompanhavam o Direito na sociedade, como o misticismo e a religiosidade, abrindo espaço, assim, para uma interpretação casuística dos indivíduos. Neste contexto, é importante realçar que aludidos indivíduos diferenciavam a natureza da sociedade a partir de suas conclusões, ainda que embrionárias, do que se podia conceber como sendo normas jurídicas oriundas do convívio social, com base no princípio da retribuição<sup>2</sup>. Na gênese da formação social se encontram, nos ditames kelsenianos, um vínculo jurídico com alicerces nos princípios da causalidade e da retribuição.

Ao admitir a influência de inúmeros aspectos sociais no âmbito da ciência do Direito, Kelsen se empenhou em trazer maior refinamento para definir o Direito, se apoiando na matriz kantiana, que prega o dualismo entre *ser* e *dever ser*<sup>3</sup>, bem como na teoria positivista que ganhava espaço na época em que ele se encontrava. É sob essa égide que Kelsen idealizou sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), com o intuito, como já mencionado anteriormente e corroborado pelas lições do Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio, “de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los

<sup>2</sup> Vale asseverar, de antemão, que Nietzsche inicia sua jornada filosófica tendo a mesma base, qual seja, a análise do homem primitivo e suas primeiras relações jurídicas, ponto este em que ambos os autores coadunam o pensamento. Entretanto, suas pesquisas avançam em sentidos opostos.

<sup>3</sup> Emmanuel Kant desenvolve, em sua teoria, principalmente no que concerne à sua distinção entre *ser* e *dever ser*, o pensamento de que a ética está calcada em um imperativo categórico, que exprime uma ordem obrigatoriamente absoluta de *dever ser*, da maneira como o indivíduo deve se comportar. A partir desta linha de raciocínio, em conjunto com o princípio da imputabilidade, Kelsen desenvolve seu conceito normativo.

corretamente. Dimensão esta que ele considera como sendo normativa.” (CARNIO, 2013, p. 190).

Com a intenção de individualizar a ciência do Direito, Kelsen relaciona os princípios da causalidade e da retribuição com a concepção de imputabilidade e, por isso, há quem interprete a imputação como extensão da causalidade. Porém, este posicionamento é equivocado, de modo que, afirmar que a imputabilidade guarda relação direta com a causalidade é falacioso.

Os princípios da causalidade e da retribuição estão intimamente ligados com a noção do *ser*, porquanto buscam compreender o comportamento humano a partir da observação dos fatos que ocorrem na natureza, razão pela qual, a partir dessa premissa, pode-se dizer que se *A* é, *B* também é. Este raciocínio é empregado, por corolário lógico, nas ciências naturais, que analisam o fato como causa e efeito, dando origem, assim, ao conhecimento empírico, ou seja, não se atenta, em momento algum, à vontade do indivíduo.

Por outro lado, a concepção de imputabilidade está estritamente conectada à Lei enquanto pressuposto e consequência. Salutar é esclarecer, neste cenário, que o “pressuposto” é considerado como sendo o ato de interpretar a norma posta pelo legislador. Por outro lado, a “consequência” é o desdobramento, o efeito da conduta praticada pelo sujeito. Em assim sendo, a imputabilidade não se baseia na experiência empírica, mas sim em proposições que adentram na esfera virtual. Portanto, fora do alcance do homem.

Este arcabouço teórico permite concluir que o Direito, enquanto norma jurídica, é ciência do *dever ser*, uma vez que ela determina coercitivamente como o indivíduo deve se comportar, pois evidencia uma sanção em detrimento de determinada conduta humana, afirmação esta que é antagônica ao conceito de causalidade – relação de causa e efeito, independente da vontade humana, que é obtida pelo conhecimento empírico.

Afastadas quaisquer dúvidas no tocante aos conceitos de causalidade e imputação, cumpre asseverar que o ápice do Direito é a produção da norma sancionadora, sendo que, por se tratar de uma concepção virtual, ela é limitada<sup>4</sup> pelo que Kelsen define como *Grundnorm* (Norma Fundamental).

Essa limitação se dá a partir da ideia de sanção, de penalidade em decorrência de uma conduta ilícita ou da recompensa proveniente do mérito. Ou seja, o fim da imputabilidade é o resultado gerado pela interação da proposição e da consequência, ou enunciado e sanção. A respeito, o Professor Doutor Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que

Imputação é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção de *delito*; o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de *dever jurídico*; assim, sujeitos de direito nada mais são do que centros de imputação normativa e *vontade*, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 37).

Ademais, a limitação abrange, igualmente, o homem, uma vez que é ele o alvo da norma jurídica que somente o atinge – finalidade da imputação –, pois é parte integrante da ordem normativa em que ele se encontra inserido. Nessa esteira, Kelsen define o significado de “homem livre”, a ideia de livre arbítrio, sobretudo ao dizer que a norma regula a conduta humana, bem como que, caso não haja norma a prescrever determinada ação ela será, por lógica, tida como permitida. Assim, o ser humano é livre para ser responsabilizado normativamente a partir de seus atos<sup>5</sup>. Desta maneira, chega-se à ilação de que liberdade e imputação possuem, segundo a teoria kelseniana, conexão.

Após tais considerações a respeito da teoria de Hans Kelsen, denota-se que Nietzsche desenvolveu sua tese partindo, também, do estudo acerca dos indivíduos primitivos.

No plano da origem das relações jurídicas, Nietzsche concluiu que as primeiras relações interpessoais dos sujeitos se deram em razão de uma obrigação pessoal – conceituada como forma de Direito arcaico –, como relações de escambo, compra e venda. Neste contexto, ele define o homem como “ser que valora coisas” e aduz que o desenvolvimento da humanidade, estreitado ao contexto jurídico, foi regulado por um Direito Obrigacional primitivo, norteador por uma noção rudimentar de responsabilidade, a partir da

<sup>4</sup> Essa limitação não ocorre no âmbito das ciências naturais, em que a relação causa e efeito é infinita.

<sup>5</sup> Importante ressaltar que a ideia kelseniana de livre arbítrio diz respeito à validade das normas jurídicas, até porque, a liberdade está intrinsecamente ligada à responsabilidade jurídica.

definição de dívida e dever, das relações de domínio e poder.

Cumpra realçar, sob esta égide, que Nietzsche, conforme avança em sua teoria, destoa de Kelsen, na medida em que se afasta do ideal positivista, porquanto para ele não há fatos, mas apenas interpretações de fatos. Motivo pelo qual seria inócuo considerar algo justo ou injusto em si, ou um Direito em si. Todos estes conceitos ou sistemas somente existem como efeito das condutas humanas, aliadas aos ramos estudados pelas outras ciências, como a Sociologia.

Outro ponto em que Nietzsche se afasta de Kelsen é no tocante à liberdade humana, ao livre arbítrio. Em sua visão, a noção de liberdade é antagônica à normativa, porquanto é a concretização do impulso oriundo do pensamento que, por sua vez, é definido como sendo o livre arbítrio.

Por todas essas questões, Nietzsche assevera que todos os conceitos tidos como normativos por Kelsen – como imputabilidade, vontade livre e responsabilidade individual – são ficções, falsas interpretações morais.

Porém, no tocante à liberdade, ele enuncia que ela vem acompanhada de duas ideias gerais: poder e hierarquia<sup>6</sup> e isso não é feito ao acaso. Muito ao contrário. Nietzsche visava a afastar a anarquia absoluta do seu conceito de livre arbítrio, gerando um ideal de “coação jurídica”. Sob esta égide, é importante conceituar poder e hierarquia, devendo ser ressaltado, para tanto, que referidos institutos podem ser definidos como a força para exercer a justiça e o pensamento de poder<sup>7</sup>, respectivamente.

Observa-se, ademais, que uma das maiores críticas de Nietzsche se dá em razão da igualdade de Direitos, já que, segundo ele, a sociedade é regida pelo poder e pelo domínio. Significa que não é igualitária – para ele, a igualdade social é irrazoável, não há alicerces a justificá-la –, devendo a ordem jurídica, desta feita, preconizar a desigualdade como um dos pressupostos para que haja Direito.

Torna-se imperioso destacar, após breves

considerações sobre os dois autores em debate, que ambos possuem similaridades de pensamento, como o ponto de vista de uma ordem jurídica constituída a partir das sociedades primitivas que, por serem rudimentares, implementaram aspectos místicos e religiosos em suas relações interpessoais, de retribuição.

Todavia, Kelsen e Nietzsche divergem na conclusão de suas teses, na medida em que Kelsen define o princípio da imputação jurídica a partir do dualismo entre *ser* e *dever ser*, enquanto Nietzsche se afasta da teoria positivista. De todo modo, ao unir os esforços destes dois pensadores, chega-se à ilação de que suas teorias se complementam, tanto que concebem o Direito como ficção<sup>8</sup>. Nesta linha de raciocínio,

A ideia de coação jurídica em Nietzsche e a ideia de sanção no pensamento de Kelsen revelam uma hipótese interpretativa sobre o direito diferenciada que se justifica no plano da inclinação filosófica e teórica de cada autor. A aproximação dessas impressões, advindas do confronto do pensamento de cada autor, denota uma especulação crítica e filosófica sobre o direito que denuncia muitos mitos e imprecisões em seu tratamento, ventilando uma postura e atitude diferenciada no modo de encarar o fenômeno jurídico (CARNIO, 2013, p. 199).

Insta salientar, portanto, muito embora não haja consenso entre as teorias de Kelsen e Nietzsche, que ambas influenciam a maneira como se encara o Direito atualmente, possuindo elas caráter, apesar de divergente em alguns aspectos, complementar em relação a outras. Sobretudo, no que concerne ao Estado enquanto conjunto de normas coercitivas e ente superior dotado de poder e hierarquia para impor sua ordem normativa. Teorias que conferem, desta maneira, alicerce para encarar as normas jurídicas no contexto social em que estão insertas.

<sup>6</sup> Ao unir liberdade, poder e hierarquia, Nietzsche busca harmonizar conceitos concretos com a abstrata definição do direito ficcional, a fim de evitar um quadro anárquico, em que a liberdade do indivíduo, devidamente embasado pelo seu impulso de vontade, mesmo que sem base legal, cause um Estado de exceção, em que há a suspensão do Direito legitimado pela permissão que ele próprio dá ao sujeito.

<sup>7</sup> A palavra “poder” deve ser lida com o sentido de conferir autonomia ao ente estadual para aplicar o Direito de acordo com suas necessidades, interesses e tendo em vista as peculiaridades de todos os indivíduos que integram a ordem jurídica. Em outras palavras, o poder é exercido para aplicar o Direito positivo verticalmente e não apenas de forma horizontal, igualitária.

<sup>8</sup> Sobre a ideia de ficção, deve ser salientado que Hans Vaihinger aborda, em sua obra *A Filosofia do “Como Se”*, publicada em 1911, que o homem, em virtude de sua intelectualidade limitada, não possui a capacidade de conceber a realidade de forma plena, motivo pelo qual, conjectura sistemas para, na sequência, assumi-lo como condizente com a realidade, como intuito de legitimar todo o seu pensamento.



### 3 FUNDAMENTO DO SISTEMA NORMATIVO COMO REGULADOR DA SOCIEDADE

Definido o Direito como ciência individual, que se atenta para a norma e seu conteúdo, a Teoria Pura do Direito tem seu conceito basilar fundamentado nos ideais de imputação e de coação, com base em uma sanção imposta caso haja descumprimento da norma posta (positivada), sendo que o indivíduo é que se sujeita a ela, pois está inserto na sociedade em que referida norma possui eficácia. Logo, há um Estado que regula a atividade normativa e sua aplicação.

Para que este sistema seja concebível, é preciso que haja uma determinação sobre como as normas se regulam e se comunicam. Partindo desse pressuposto, vale asseverar que Kelsen encontra, justamente por negar a influência<sup>9</sup> de outras ciências no Direito, a justificação do ordenamento jurídico nele próprio, a partir do que ele definiu como sendo a *Grundnorm* (Norma Fundamental).

A Norma Fundamental é aquela que confere validade a todas as outras normas da ordem jurídica. Ela é superior. Cumpre ressaltar que este fundamento de validade parte de um silogismo: deve haver obediência à norma posta pelo legislador, pois ele foi investido de competência para tanto, sendo o conteúdo da referida norma, portanto, legitimado (válido) por uma norma superior. Porém, não é possível perfazer este processo silogístico com a Norma Fundamental, uma vez que não há Lei ulterior para conferir-lhe validade, não podendo ela, via de consequência, ser considerada posta, mas sim, pressuposta. Portanto, ela é fruto da razão, da vontade do indivíduo com o fim de justificar o ordenamento, motivo pelo qual, inicialmente Kelsen a concebeu como sendo hipotética.

Nesta toada, o ideal hipotético da Norma Fundamental foi refutado na obra de Hans Kelsen, postumamente publicada, intitulada “Teoria Geral das Normas”, momento em que se definiu, sob uma óptica mais cristalina, a Norma Fundamental como sendo fictícia, oriunda de ato de vontade fruto do livre pensamento humano. Ao chegar a tal conclusão, Kelsen aponta para a Teoria do “Como Se”, de Hans Vaihinger, que trata da limitação da

capacidade intelectual humana. Segundo Vaihinger, a partir do momento em que o sujeito se depara com algo intransponível em sua busca à justificação de alguma matéria, deve ele se apoiar na criação de um sistema, originado de seu livre pensamento, que tem o escopo de justificar seu ponto de vista.

Explicada a correção de Kelsen acerca da Norma Fundamental, é preciso voltar os olhos à ideia de que aludida norma é o ápice do ordenamento jurídico, porquanto confere validade a todas as outras normas, incluindo a Constituição do Estado.

Sobre este conceito, é importante dizer que a Norma Fundamental, enquanto alicerce que confere validade a todo o ordenamento jurídico, é a base para o sistema normativo escalonado, em que a justificação de uma norma se encontra em outra de hierarquia superior e assim sucessivamente, até que se chegue à Norma Fundamental que, como asseverado, não precisa ter sua validade legitimada por outro elemento normativo.

O sistema escalonado, por sua vez, segundo Kelsen, dá base ao surgimento da Constituição como norma capaz de determinar as demais normas do ordenamento jurídico. Ou seja, a Constituição é considerada o alicerce do Estado. A Lei constitucional é criada a partir da combinação dos princípios estático e dinâmico. O primeiro, o estático, é aquele que se caracteriza pelo fato de que o conteúdo de todas as normas de um ordenamento está contido na norma que lhes deu origem, podendo mencionado ordenamento ser deduzido a partir do raciocínio lógico, por meio de uma conclusão do geral ao particular. Assim, a primeira norma contém todos os fundamentos do ordenamento. Por seu turno, o princípio dinâmico se preocupa com o fundamento de validade das normas e, por essa razão, preceitua que a primeira determinação apenas institui competência para a produção de normas, sendo seus conteúdos gerados pelo ato de vontade da autoridade investida de legitimidade.

Tal combinação resta evidente nos textos constitucionais, uma vez que eles conferem competência às autoridades legislativas que criam normas coercitivas destinadas aos sujeitos subordinados. Normas estas que, por sua vez,

<sup>9</sup> Neste contexto, deve-se ter em mente que a expressão “negar a influência” é utilizada para fazer referência ao fato de que Kelsen não faz uso de outros ramos da ciência para definir o Direito, e não que ele acredita que a ordem jurídica não se comunica com outras ciências, como a política e a história. Ao contrário, ele traça esse paralelo em sua obra e reconhece que o Direito e outros ramos do conhecimento se comunicam.

podem ser deduzidas por meio de raciocínio lógico.

Partindo do ponto de que a Constituição é a norma maior – mas não necessariamente a fundamental –, volta-se a atenção à proteção desta norma, para que o Estado exerça suas atividades na plenitude. Neste aspecto, Kelsen volta seus esforços para determinar que, em caso de conflito normativo, a norma hierarquicamente superior derroga a inferior, a fim de garantir tranquilidade jurídica, entretanto, é necessário que algum sujeito ou órgão seja responsável pela tarefa de garantir o cumprimento do texto constitucional.

Sob este arcabouço e partindo do pressuposto de que as normas constitucionais devem ser guardadas para que se promova a estabilidade do Estado, curial se faz debruçar-se sobre o debate promovido entre Carl Schmidt e Hans Kelsen, em relação ao controle de constitucionalidade.

Devidamente inserido no contexto histórico-político de sua época e diante da promulgação da *Weimarer Verfassung* (Constituição de Weimar)<sup>10</sup>, ou Constituição do Império Alemão, Schmidt desenvolveu sua tese calcado sob o fundamento de que a teoria jurídica estava subordinada à política. Em outros termos, a Constituição, em sua visão, possuía forte caráter político, sendo considerada válida caso proveniente de um poder constituinte, emanado da sociedade, do povo, não havendo, para ele, a partir dessa linha de raciocínio, limite ao Poder Estatal.

Em razão do caráter político conferido ao Direito, surgem os partidos políticos, sendo eles alvos de críticas de Schmidt, já que os partidos, ao integrarem o Estado e, por conseguinte, exercerem suas funções, o substituiriam, de modo que haveria uma fragmentação estatal, porquanto os partidos não permaneceriam neutros, mas penderiam para determinadas vertentes filosóficas e sociológicas. Por essa razão, ele diz que o Parlamento não pode figurar como guardião da Constituição.

Schmidt concluiu, em sua tese, que o Poder Judiciário também não é o ente mais adequado a figurar como o guardião da Constituição, por não poder declarar a inconstitucionalidade da norma, mas apenas decidir usá-la, ou não. Como conclusão, Schmidt assevera que o responsável por efetivar o controle de constitucionalidade deve ser o

Presidente, que detém caráter democrático – já que foi eleito pelo povo – e possui independência perante o Parlamento.

Após as conclusões de Schmidt, que deram origem ao livro “O Guardião da Constituição”, Hans Kelsen publicou um artigo, no ano de 1931, intitulado “Quem Deve Ser o Guardião da Constituição”, em que ele, em tom crítico, rebate a teoria de Schmidt, aduzindo que o controle de constitucionalidade deve ser efetuado por um Tribunal Constitucional – independente, é importante dizer –, pelo fato de que é preciso haver, em sua visão, divisão entre Direito e Política.

Frisa-se, nesta linha de raciocínio, que embora o cenário ideal, para Kelsen, seja a distinção entre órgãos que exerçam funções jurídica e política, o que se vislumbra é que é inevitável que o guardião da Constituição detenha caráter político, razão pela qual o autor em questão soluciona a questão atinente à fusão entre Direito e política ao conceber o Tribunal Constitucional como órgão independente, o que o permitiria exercer, concorrentemente e de maneira igualitária, ambas as funções, não prejudicando, assim, sua eficácia.<sup>11</sup>

No que tange ao Tribunal Constitucional, cumpre consignar que ele, além de conferir mais precisa averiguação do controle de constitucionalidade, geraria segurança jurídica. Isto porque, quem exerce o Direito são os membros do Parlamento que, por sua vez, são os representantes da maioria. Desta forma, a tranquilidade da menor parcela da população somente seria garantida caso o controle das Leis fosse exercido por um órgão autônomo, que asseguraria a observância a todas as camadas da sociedade, além de aplicar uma prerrogativa do Estado, qual seja, a de anular atos eivados de inconstitucionalidade.

Evidenciado como o Estado exerce o Direito na sociedade, a partir da legitimidade conferida pela Norma Fundamental até a Constituição, que confere validade às demais normas do ordenamento. Vale dizer que o ente estadual somente existe dentro do contexto social, ao passo que sem o indivíduo não há Estado, inexistente motivo, portanto, para se estatuir Leis e órgãos responsáveis pelo seu cumprimento. Por isso, é importante compreender a relação oriunda entre Estado, Direito e sociedade, enquanto comunidade.

<sup>10</sup> Documento constituinte da República de Weimar, na Alemanha, que perdurou entre os anos de 1919 e 1933 e a declarou como sendo uma República Democrática Parlamentar.

<sup>11</sup> É pertinente dizer que Kelsen, assim como Schmidt, não acreditava que os magistrados pudessem exercer o controle de constitucionalidade, porquanto seria conferir poderes excessivos a eles, sendo mais coerente a criação de um órgão autônomo para a apreciação correta.

#### 4 A ORDEM SOCIAL ENQUANTO ESTADO DE DIREITO E O SENTIDO DE JUSTIÇA

De início, vale ressaltar que as ideias que surgem a partir da comparação entre Direito e Estado não são pacíficas no âmbito doutrinário e, sobre isso, Kelsen alerta que “é usual dizer que o Estado é uma comunidade política que cria ou executa a ordem social chamada ‘Direito’.” (KELSEN, 2011, p. 287). Traduz-se ela noção de que o Estado, no papel de comunidade, é ente autônomo em relação ao Direito que, por sua vez, pode ser definido como ordem normativa, jurídica.

Esta ideia está ligada ao dualismo existente entre Direito e Estado. Nessa concepção, os dois institutos são antagônicos e se encontram em uma estrutura vertical, em que a ordem jurídica regula os indivíduos e, a partir deste ponto de partida, o Estado é colocado no patamar de “pessoa”, como sujeito de direitos e deveres.

O apontamento que se faz, neste cenário, é de que embora haja uma relação – aparente, vale dizer – de subordinação do Estado em relação ao Direito, aquele é encarado como uma entidade metajurídica, sendo ele o responsável por criar a ordem jurídica a que irá se submeter, obrigando-se à aludida ordem. É, portanto, um organismo social superior, diante de suas características peculiares.

Entretanto, este dualismo possui função ideológica e, neste ponto, volta-se à teoria do “Como Se” de Vaihinger. Isto porque, o Estado precisa ser justificado e encaixado no ideal proposto por Kelsen, o que somente poderia ser feito a partir de concepções oriundas da livre vontade do pensamento, uma vez que ela escapa às mãos da capacidade racional do homem. Este parâmetro idealístico é traçado na medida em que é impreciso definir o Estado utilizando-se de definições metafísico-religiosas, justamente pelo positivismo empregado por Kelsen e porque o ente estatal produz o Direito e a ele se submete.

Este ideal parece contraditório a partir do exercício de raciocínio lógico, já que o Estado, enquanto “pessoa jurídica”, é fruto do poder, não podendo, desta forma, ser concebido a partir do Direito. Por seu turno, a barreira criada pelo raciocínio lógico não prejudica o conteúdo teórico kelseniano, porque seu único objetivo é a determinação da vontade e não o conhecimento

cristalino, definitivo.

Diante destas elucidações, cumpre realçar que a ideia de dualismo existente entre Direito e Estado, apesar de possuir embasamento filosófico, não comportaria acolhimento, todavia, para melhor compreensão do assunto, é preciso que se traduza o conceito de comunidade.

Nesta conjuntura, impede mencionar que alguns autores sustentam que comunidade é um conjunto de indivíduos com interesses em comum, mas esta afirmação é frágil. O ponto em comum dos sujeitos pode até ser o motivo da criação de uma comunidade, porém, o contrário não é verdadeiro, ou seja, nem todos os sujeitos que detêm interesses em comum formam uma comunidade. Tanto é verdade que há comunidades em que os indivíduos têm interesses diretamente opostos. Esse pensamento, portanto, é entendido como sendo fictício, não correspondendo, logicamente, à realidade<sup>12</sup>.

Mesmo com a fragilidade do respectivo argumento, é fundamental determinar a similaridade entre os indivíduos para conceituar uma comunidade e, por isso, Kelsen a define como um conglomerado de indivíduos que possuem, entre eles, relações específicas que somente se concretizam por meio da ordem jurídica. Kelsen materializa esse pensamento a partir do fato de que é impossível determinar um ponto comum específico entre os seres humanos com base nas demais relações sociais, ou seja, os sujeitos de uma comunidade são assim considerados porque seguem o mesmo princípio jurídico. Estão, assim, sob o regimento das mesmas normas coercitivas.

Com esse desenvolvimento de pensamento, Kelsen entrelaça os ideais de Direito, Estado e comunidade, afirmando que eles coexistem, na medida em que a comunidade é que justifica o Estado, que, por sua vez, regula o Direito que vigora na sociedade. Logo, sem a existência da comunidade não há por que haver um Estado que tem como objetivo a aplicação de sua ordem jurídica, justamente porque é a comunidade o alvo, o objeto da atividade estadual. Pode-se afirmar, assim, que o Estado é uma unidade sociológica, segundo delimita Kelsen, *verbis*:

Comunidade social significa unidade de uma pluralidade de indivíduos ou de ações de

<sup>12</sup> A sustentação para este pensamento é encontrada nos dizeres de Platão que, em determinado ponto, asseverou que uma mentira, caso seja útil, na medida em que faz o homem cumprir a Lei, deve ser propagada pelo Estado.

indivíduos. A asserção de que o Estado não é apenas uma entidade jurídica, mas uma entidade sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua origem jurídica, só pode ser comprovada demonstrando-se que os indivíduos que pertencem ao mesmo Estado formam uma unidade e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas com um elemento que nada tem a ver com o Direito (KELSEN, 1990, p. 185).

Vale asseverar, desta forma, que a defesa de um dualismo entre Direito e Estado é insustentável, sobretudo porque a Teoria Tradicional do Direito visa a separar os referidos institutos devido à influência jusnaturalista que tende a misturar o Direito com outros ramos do conhecimento, como a religião e o misticismo. Além disso, ao individualizar o Estado, é possível a criação do “Estado supraordenado”, o que é feito com intenções evitadas de interesses alheios ao Direito puro, sejam elas pessoais ou políticas, para legitimar determinados ideais governamentais.

A Teoria Pura do Direito, ao superar o dualismo anteriormente mencionado, preconiza que o Estado, enquanto comunidade jurídica, não é algo distinto de sua ordem jurídica. Isto, uma vez que ele está presente para atuar em conjunto com as normas postas, a partir das normas superiores – como a Constituição – que criam e regulamentam o ordenamento, até seu poder de coação, que permite garantir o cumprimento da norma e a realizar o controle de constitucionalidade.

É importante salientar, neste tópico, que mesmo definindo o Estado como uma comunidade jurídica deve-se ter precaução com as conclusões lógicas, sobretudo porque nem toda ordem jurídica pode ser considerada como Estado. Para essa proposição ser verdadeira, deve haver certo grau de centralização estatal, deve ele ser atuante e autônomo<sup>13</sup>. Mas, por outro lado, isso não deve ser confundido com a figura do Estado desvinculada da ordem jurídica, como ente superpoderoso. Sobre o assunto, Kelsen alerta que a norma se satisfaz em si; este é um dos fundamentos da Teoria Pura do Direito. Tem a norma meios para coibir os excessos de quem exerce as competências do Estado<sup>14</sup>.

Ultrapassadas as questões do Estado – relacionado sempre com o Direito e com a sociedade – e amplamente debatida a questão referente à existência de um dualismo e admitindo a coexistência entre Direito e Estado, é importante demonstrar que a produção da norma, a partir de todo esquema demonstrado, varia de acordo com a forma de Estado presente na sociedade.

Desta feita, a norma coercitiva pode ser havida de duas maneiras distintas: com ou sem a participação do indivíduo, como ato bilateral ou unilateral. Este processo de criação está intimamente vinculado, portanto, à vontade do indivíduo, sendo ele ponto fundamental no domínio do Direito do Estado, mormente nas noções análogas de Democracia e Autocracia, República e Monarquia.

Sob esta égide, Kelsen propõe que, a partir da forma que o Estado, da maneira como a comunidade estrutura as relações de poder – dando azo aos conceitos de subordinação e soberania – é que se pode averiguar o método de produção das normas gerais, por meio da Constituição. Esta solução, entretanto, não abrange o ordenamento em sua totalidade, uma vez que a atividade legislativa não se limita à esfera constitucional, mas também à administrativa, judiciária, obrigacional, etc. Para o questionamento acerca das inúmeras formas normativas de uma ordem jurídica, deve ser observado que cada Estado é um ente autônomo, podendo ele se regular de acordo com os interesses dos indivíduos nele inseridos, e isso se comprova com o fato de o Direito ser criado e modificado na velocidade ditada pelos sujeitos.

Outra realidade oriunda da dinâmica existente entre Direito, Estado e sociedade é a de que, embora o Estado seja dotado de poder para exercer o cumprimento da norma posta, é inevitável chegar à conclusão de que ele depende da atitude do ser humano.

Surge, aí, um imbróglio: como pode um homem praticar um ato essencialmente estatal? A respeito desse questionamento, Kelsen o reconhece como o grande problema do Estado. Entretanto, ele apresenta a solução. O Estado transpõe o fato de ser um ente abstrato e necessitar que o indivíduo exerça suas atividades a partir de determinação da

<sup>13</sup> Fazendo relação a um tópico já abordado, Nietzsche propõe ideia similar a esta quando aduz que a ficção jurídica, para ser dotada de efetividade, deve estar relacionada com o poder e com a hierarquia.

<sup>14</sup> Kelsen diz, em sua obra intitulada *O que é Justiça?*, que conferir caráter de “Deus do Direito” ao Estado, apesar de equivocado, é muito proveitoso do ponto de vista político, pois afasta o pensamento científico e a correta apreciação dos fatos jurídicos dos cidadãos.

ordem jurídica vigente, que confere a este indivíduo legitimação para tanto.

Surge, assim, a expressão “órgão do Estado”, devendo ser observado que esse desdobramento do ente estadual é composto por indivíduos que, por sua vez, destoam dos sujeitos ordinários da comunidade na medida em que a Constituição outorga àqueles competência para aplicar a Lei. São estes indivíduos, portanto, revestidos de legitimidade para aplicar a vontade estadual. Ou seja, a Constituição delega a função estadual a uma porção da população, que deve obedecer ao princípio da divisão do trabalho, que confere organização ao Estado e limita sua atividade.

Além disso, o órgão estadual é concebido a partir da centralização relativa do referido ente, o que abre espaço para que o Estado seja considerado “pessoa jurídica”. Essa ideia de Estado enquanto “pessoa jurídica” é criada pelo fato de que os órgãos estaduais exercem as funções do Estado de maneira “autônoma”, para maior eficiência, atividade esta que ocorre por meio da atribuição e representação das mencionadas funções.

Por fim, com o arcabouço criado a partir de todas essas observações, tendo em vista o caráter estritamente positivista da Teoria Pura do Direito e a partir do pressuposto de que os atos do Estado são exercidos por seres humanos legitimados, vale dizer que os sujeitos obrigados pela ordem vigente sentem a necessidade de que as normas atinjam as expectativas da sociedade. É o chamado “senso de justiça”. Porém, a justiça, assim como seu conceito e sua aplicação prática, não encontra consenso no âmbito do Direito. De um lado está a jurisprudência tradicional que se esforça para unir os conceitos de Direito e Justiça. Destarte, para usar a expressão Direito no sentido de Justiça. Isto quer dizer – nesta concepção, é bom que se ressalte – que a norma posta não é eficaz caso seja injusta; a injustiça vedaria sua denominação de “norma de Direito verdadeiro”.

A grande celeuma desta linha de raciocínio é lograr comprovar que a norma jurídica não é “verdadeira”, uma vez que essa proposição não é objetiva, não está alicerçada por fatos ou pensamentos concretos, mas sim subjetiva, variando, por corolário lógico, de acordo com o pensamento de cada indivíduo que a interprete<sup>15</sup>.

Em razão desta barreira é que a Teoria Pura do Direito enfatiza não ser possível taxar determinada norma como justa ou injusta. Ela pode ser considerada, apenas, válida ou não, já que o sentido de Justiça não pode ser mensurado cientificamente – não no sentido jurídico da palavra –, tomando algo como parâmetro. Até porque, os seres humanos dotados de competência para proferirem atos de Estado possuem cada um seu julgamento, sua maneira de visualizar as coisas, de modo que não se pode uniformizar o pensamento humano. Assim, sob a óptica da justiça – que é alheia à ordem jurídica – pode-se apenas afirmar que o Direito é coerente, que ele está de acordo com os anseios da comunidade. Neste mesmo sentido, Kelsen observa o seguinte:

Assim como a questão da origem do Direito, a questão de se determinada ordem jurídica é justa ou injusta não pode ser respondida no âmbito e pelos métodos específicos de uma ciência voltada para uma análise estrutural do Direito positivo. Isso não implica necessariamente que a questão de o que é justiça não possa ser respondida de maneira científica, isto é, objetiva. Mas, mesmo que fosse possível decidir objetivamente o que é justo e o que é injusto, como é possível determinar o que é um ácido e o que é uma base, a justiça e o Direito deveriam ser considerados dois conceitos diferentes. Se a ideia de justiça tem alguma função, é a de ser um modelo para a feitura de bom Direito e um critério para distinguir o bom e mau Direito (KELSEN, 2001, p. 293).

Todas essas problematizações reforçam o esmero da Teoria Pura do Direito em separar os conceitos de Direito e Justiça, porquanto é extremamente difícil chegar-se a um consenso e, invariavelmente, a questão terá que ser decidida por quem aplica a norma estatal, deve-se dizer, por outro ser humano, que tem suas próprias convicções. Desta maneira, todas as questões marginais ao Direito são deixadas, por referida Teoria, a outros ramos do conhecimento, como a religião, a metafísica ou a Sociologia.

Analisados todos os pontos pertinentes ao Estado e ao indivíduo, bem como ao Direito enquanto atuante neste panorama, impende

<sup>15</sup> Sobre os critérios objetivo e subjetivo, Kelsen delimita que não é coerente defini-los dentro da ordem jurídica, justamente porque a subjetividade está calcada na emoção, nos sentimentos e desejos de cada sujeito. Esta afirmação reforça ainda mais o caráter positivista de sua linha de raciocínio.

consignar que o sistema normativo não regula apenas relações unilaterais envolvendo o ente estadual e o súdito, mas tutela, igualmente, relações bilaterais que envolvem exclusivamente sujeitos da sociedade. Surge, neste prisma, a figura do Direito Privado, em contraposição à aplicação “pública” do ordenamento posto.

## **5 DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: DUALISMO E CONCEPÇÕES DE PODER E DE POLÍTICA**

Inicialmente, há de se definir Direito Público e Privado, o que, segundo a doutrina, é uma tarefa árdua, longe de ser um ponto pacífico. Apoiando-se na Teoria Tradicional, a diferenciação entre estes ramos do Direito repousa na repartição das relações jurídicas. Assim, compreende-se como Direito Privado as normas que geram direitos e deveres entre pessoas “privadas”, vale dizer, que não figuram como Estado na relação jurídica, já que apenas um ente, em um ordenamento, ganha este caráter. Por lógica, no Direito Público é a Lei que estipula uma obrigação entre o Estado e um ente Privado, é uma relação vertical.

Com essa definição, chega-se à ilação de que as relações de Direito Privado operam em igualdade, enquanto que as de Direito Público figuram em polos distintos, quais sejam, um supraordenado (Estado) e outro subordinado (súdito).

Como já foi consignado, o Estado é dotado de poder na medida em que detém a força (coerção) para fazer valer o Direito vigente na sociedade. Esta importante distinção é abordada por Kelsen, em sua Teoria Pura, na parte relacionada às questões atinentes à formação do Estado. Exemplo evidente do poder do Estado, no que tange à criação do Direito, é quando o órgão estatal determina uma obrigação, que deve ser cumprida invariavelmente pelo sujeito subordinado que, por sua vez, não participou da criação da norma, ou seja, ela é concebida de maneira heterônoma – sistema autocrático.

Já nas relações contratuais, comumente estabelecidas no ramo do Direito Privado, não há criação da obrigação sem ou até mesmo contra a vontade das partes. A relação jurídica é criada mediante processo autônomo – sistema democrático – em que o sujeito participa de sua criação.

Esta diferença essencial, ao menos *a priori*, cria um dualismo entre Direito Público e Privado, fundado na teoria de que um é unilateral e o outro,

bilateral. Todavia, para melhor compreensão da matéria, é imperioso tecer algumas considerações a respeito.

O pressuposto de que este dualismo é compreendido a partir dos métodos de criação do Direito deve ser analisado com cuidado, de modo que é preciso se debruçar sobre o fato produtor da norma. Neste diapasão, é possível verificar que uma relação de Direito Público parte de uma norma posta pelo legislador com o fim de exaurir a vontade estatal. Em complemento, nas intermediações de Direito Privado, as normas abordadas pelos indivíduos presentes na relação jurídica, apesar de possuírem um fim específico de satisfazer a vontade das partes, partem de uma prolongação da vontade estatal. Isto ocorre pois o sistema normativo é criado a partir das normas gerais às específicas, o que quer dizer, com base no sistema escalonado, que a norma utilizada pelas partes de uma relação contratual, por exemplo, nada mais é do que uma individualização da norma posta pelo legislador com o fim de regular a atividade estatal.

A afirmação de que um único fato gerador dá origem às relações Públicas e Privadas é justificada pelo caráter universalista da Teoria Pura do Direito, na medida em que a ordem jurídica é qualificada, em sua totalidade, como um ato de vontade do Estado, sendo esta a gênese destes dois ramos do Direito.

Todas essas circunstâncias trazem à tona a relativização que a teoria de Kelsen trouxe à ciência do Direito Tradicional, que classificava a distinção entre os ramos jurídicos público e privado como sendo extrassistemática, uma vez que distinguia o “Direito e o não Direito” a partir da presença do Estado na atividade jurídica. A teoria kelseniana propõe o inverso, apontando para uma classificação intrassistemática, em que as áreas do Direito detém a mesma gênese – vontade do Estado – e se distanciam em razão da coerção imposta pelo ente estatal.

Sobre a vontade do Estado, verifica-se que a legalidade de seus atos não se baseia apenas na aplicação pura do Direito, uma vez que a unidade estatal regula justamente a sociedade utilizando a ordem normativa como uma ferramenta apta a satisfazer suas ambições e necessidades, o que engloba outras questões que não as jurídicas, as políticas, por exemplo.

Por isso, a ordem jurídica é aliada à política e às noções de poder para garantir e proteger o bem

público, o interesse estatal<sup>16</sup>. Esta mescla com elementos externos à norma, porém, não é percebida no âmbito do Direito Privado, motivo pelo qual, nestas espécies de relações impera a aplicação da norma em sua forma genuína, como resultado dos atos de vontade dos indivíduos.

Assim, a partir do conceito de que a gênese, tanto do Direito Público, quanto do Direito Privado, é a mesma, qual seja, a ordem jurídica posta, bem como do fato de que a doutrina não é capaz de firmar oposição real entre aludidos ramos do Direito, chega-se à conclusão de que o dualismo em análise não se sustenta teoricamente, sendo ele, por corolário lógico, ideológico, na medida em que confirma única e tão somente a existência de domínios jurídicos diversos, determinados por técnicas e interesses distintos.

No que diz respeito ao caráter ideológico desse dualismo, vale ressaltar que ele é desenvolvido pela doutrina constitucional com o intuito de conferir liberdade ao aparato estatal em face da Lei. Este pensamento se justifica na medida em que os órgãos governamentais não podem ser engessados, o que contrariaria diretamente suas funções – principalmente as reguladoras – que tem o enfoque de garantir a paz e o cumprimento dos interesses estaduais.

Finalmente, percebe-se que o caráter político do Direito Público é fundamental à sua função, porém, ele também se manifesta no domínio Privado, uma vez que as relações bilaterais são determinadas com base nas normas gerais do ordenamento jurídico vigente, a partir da vontade estatal que instituiu aludida norma, possuindo assim, sua importância no sistema social e estando de acordo com ele, engrandecendo, por consequência, seu caráter democrático – no sentido de produção livre dos indivíduos a partir das proposições gerais norteadoras da sociedade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da esmiuçada análise acerca da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e os desdobramentos causados pela referida teoria no âmbito do Direito e do Estado, chega-se à conclusão de que o pensamento kelseniano se originou a partir do confronto do ideal das comunidades primitivas em face da necessidade de definir o Direito de

maneira autônoma, enquanto ciência individual que se justifica em si. A partir disso, surgiu o caráter positivista da Teoria kelseniana, com base no princípio da imputabilidade em detrimento da causalidade, sendo que seu pensamento sofreu diversas críticas ao longo do tempo. Todavia, nenhuma delas retirou seu caráter ideológico, que perdura até os dias atuais.

Desta maneira, Kelsen concluiu ao longo de suas reflexões, que perduraram até em momento posterior à conclusão da obra “Teoria Pura do Direito”, que o Direito é uma ficção, concebida a partir da Norma Fundamental que dá origem a todo um ordenamento jurídico, que está interligado com a sociedade, que é regulada a partir da figura do Estado.

Com o positivismo e suas consequências, pode-se conceber que a figura do Direito é o elo que une determinada comunidade, tornando-a uma sociedade, pois todos os seus membros são subordinados a um único sistema normativo.

Por esse caráter ficcional é que o homem se baseia em uma Norma Fundamental para dar início à relação social. A norma primeira, segundo Kelsen, é basilar para o restante do ordenamento e garante sua estabilidade, por meio, por exemplo, do controle de constitucionalidade e da ideia de hierarquia normativa.

Para reforçar a ficção que é o Direito, basta se voltar ao fato de que o Estado é a personificação da ordem jurídica, de modo que ele detém os meios eficazes a regular determinada sociedade, o que é feito por meio de membros dela própria, investidos de competência para tanto e, por isso, devem eles respeitarem e atenderem aos anseios da população, prezando, acima de tudo, pelo interesse estatal, que está intrinsecamente ligado ao dos indivíduos que o constituem.

Toda essa relação entre Estado enquanto personificação do Direito e os indivíduos nele inseridos gera, invariavelmente, uma comparação com outros ramos do conhecimento. Todavia, Kelsen se esforça para manter o estudo do Direito estritamente ligado à norma individualizada. Mas, ele mesmo reconhece que o Estado, justamente por regular a conduta humana na prática – com base em todo um ordenamento jurídico – o faz mediante coação, lançando mão do poder para garantir o bem público, o que é feito de uma maneira política. É

<sup>16</sup> No que diz respeito ao sentimento de proteção ao bem público, deve ser observado que, para efetivá-lo, o Estado pode até mesmo agir à contramão da Lei, porquanto garantir sua liberdade para exercer o que julgar ser mais adequado é seu objetivo principal.

neste cenário que Kelsen sugere a instituição de um Tribunal Constitucional, autônomo e independente, quanto ao restante do ordenamento, para que o caráter político do Estado possa ser exercido em sua plenitude, bem como para que haja segurança jurídica com o controle da vontade da maioria sobre a minoria, porquanto os legisladores representam a massa popular.

Ainda sobre a pureza do Direito e sua relação direta com a política e com o poder, quando aplicado em uma sociedade, Kelsen define que a Justiça, em razão de tais fatos, não pode ser definida juridicamente, já que ela é fruto da subjetividade do pensamento, dos sentimentos e emoções humanas, motivo pelo qual, cabe à ordem jurídica apenas nortear a maneira de aplicar, da maneira mais coerente, o Direito.

Na medida em que Kelsen define o Estado como ente político, cria-se um dualismo ideológico entre Direito Público e Direito Privado, para conferir maior autonomia aos órgãos estaduais, porém, é ele apenas ideológico, ou seja, é insustentável quando aplicado na prática. Esta conclusão é realizada ao passo que a gênese das áreas do Direito é a mesma, qual seja, a norma geral posta pelo legislador investido de competência para tanto. O que as diferencia é a sua aplicação, a sua finalidade.

Partindo da premissa de que a origem dos ramos do Direito se equivalem, Kelsen afirmou que todas as relações jurídicas possuem cunho político, enquanto oriundas, direta ou indiretamente, da vontade do Estado, o que é evidenciado de maneiras distintas, como a força estatal para o cumprimento de determinada norma ou o caráter democrático presente nas relações entre sujeitos particulares.

Desta forma, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, é de fundamental importância para se entender o Direito como ele se apresenta atualmente. Sobretudo, no que concerne à sua positividade, auxiliando nas relações individuais. Porém, é preciso atentar-se aos demais ramos da Ciência, como a Política, a Sociologia e a Religião, para melhor compreensão da norma enquanto reguladora da conduta humana.

Com isso, conclui-se que o Direito, apesar de compreendido em si, embora seja individualizado enquanto Ciência, não se faz presente em qualquer sociedade isoladamente, tornando-se necessário que haja engajamento estatal para que ele seja aplicado em sua plenitude, o que confere segurança jurídica à comunidade em que ele se encontra, pois garante que os interesses da população sejam respeitados e que a sociedade prospere em harmonia.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CARNIO, Henrique Garbellini. *Direito e antropologia: reflexões sobre a origem do direito entre Kelsen e Nietzsche*. Parte I. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1991.
- KANT, Emmanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da constituição?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- VAIHINGER, Hans. *A filosofia do "como se"*. Tradução de Johannes Kretschmer. São Paulo: Argos, 2011.



***ARTIGOS  
DO CORPO DOCENTE***

---



## O MODELO PATRIARCAL COMO FATOR DETERMINANTE NA DIVISÃO DESIGUAL DO TRABALHO DOMÉSTICO NA ATUALIDADE

*Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo através da pesquisa bibliográfica verificar a influência do modelo patriarcal adotado no Brasil até meados do século XX na divisão do trabalho doméstico entre os cônjuges apresentados na pesquisa realizado por Carlos Antônio Ribeiro. A pesquisa demonstra a desigualdade na distribuição do trabalho doméstico nas famílias brasileiras, o que leva a questionar se essa desigualdade é proveniente do modelo patriarcal adotado no país desde a sua colonização.

**Palavras-chave:** Patriarcalismo. Divisão do trabalho Doméstico.

### 1 INTRODUÇÃO

A família patriarcal foi o modelo adotado pelo Brasil, desde a sua colonização pelos portugueses, até meados do século XX. Esse modelo apregoava a supremacia do homem sobre a mulher, seus filhos e sua propriedade.

A adoção desse sistema deixou marcas indeléveis na estrutura social brasileira, retrato de um modelo estratificado, cujos traços estão presentes na atualidade no âmbito familiar e social sob diversos aspectos.

A partir da pesquisa realizada por Ribeiro (2009), percebe-se que, apesar da aparente queda do sistema patriarcal, ainda há significativa distinção de gênero na distribuição do trabalho doméstico entre os cônjuges.

Preparado para ser o senhor de tudo, no patriarcalismo, o homem (entendido como sexo masculino) continua a ser tratado com deferência na sociedade brasileira e por isso não se rende à divisão igualitária do trabalho no âmbito doméstico como apresenta a pesquisa em referência.

O presente trabalho tem como objetivo, a partir da revisão da literatura e dados apresentados na pesquisa desenvolvida por Ribeiro, verificar a influência do sistema patriarcal adotado no Brasil, desde a sua colonização, na divisão do trabalho doméstico empreendida na atualidade pelos cônjuges.

### 2 FAMÍLIA PATRIARCAL

Com a colonização portuguesa, o Brasil se organizou socialmente em conformidade com os padrões daquele país. Inclusive, a organização familiar, baseada no patriarcalismo, seguiu o modelo europeu.

Família patriarcal segundo Carvalho e Faraoni (2010) é a família que se organiza em torno da autoridade do homem sobre a mulher, os filhos e os todos os demais agregados daquele núcleo.

O modelo familiar adotado no Brasil-Colônia tinha o pai de família como o poder hierarquicamente constituído, superior aos demais membros, que a ele se submetia integralmente.

Buarque de Holanda (1995) reforça as relações de poder evidenciadas no Brasil-Colônia, destaca que o proprietário rural detinha autoridade plena sobre seus domínios, inclusive sobre sua família, que tinha como função apenas servi-lo. O pátrio-poder era ilimitado, e segundo o modelo provindo da Península Ibérica, mantinha, inclusive, poderes de vida e de morte sobre os componentes do núcleo familiar.

O núcleo familiar na sociedade colonial, tanto urbana quanto rural, era composto, segundo Mota e Braick (2002, p. 231) por um

núcleo central composto pelo chefe da família, sua mulher, filhos e netos por linha materna e paterna, além de um núcleo de membros considerados como secundários, formado por filhos ilegítimos ou de criação, parentes afilhados, serviçais, agregados e escravos.

<sup>1</sup> Advogada e Professora de Direito de Família do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Afirmam ainda que o pai de família exercia autoridade sobre ambos os grupos, controlando os negócios e mantendo a mulher, os filhos e os demais membros submetidos à sua vontade, controlando dessa forma, a moral familiar.

Buarque de Holanda (1995) ressalta que o poder do senhor de engenho não conhecia limites. Lembra que para muitos, a família da época era uma verdadeira república, pois nela tudo se produzia, e tinha o pai de família como o senhor supremo de todas as vontades. Mulheres e crianças eram seres insignificantes nesse contexto, desprovidos de direitos e consideração.

Segundo Alves (2014), a família patriarcal adotou no Brasil a primogenitura, distinguindo o primeiro filho varão com todas as honras do patriarca. Os demais filhos eram encaminhados ao exterior para estudos, notadamente de Direito ou Medicina, enquanto as filhas eram depositadas em conventos, onde aprendiam a ler, estudavam música e bordados. De lá só saíam se se casassem, para os domínios do novo senhor, o marido.

Gonçalves (2006) destaca que esse poder supremo do pai de família brasileiro teve origem no Direito Romano, do qual as normas brasileiras se originaram. No início da colonização, as regras incidentes no Brasil eram as normas portuguesas as quais foram influenciadas também pelo direito canônico, daí o casamento católico ser a forma legítima de constituição da família brasileira.

A família elitizada do Brasil-Colônia se constituía exclusivamente pelo casamento católico, e era, segundo Mota e Braick (2002), a forma pela qual se mantinha o prestígio e a estabilidade social, que os distinguiam dos demais, notadamente os mais pobres que optavam pelas uniões livres por serem isentas de custos.

Seguindo a tradição portuguesa, foi editado, em 1916, o Código Civil Brasileiro, o qual reforçou o pátrio-poder, delegando ao marido autoridade sobre a mulher, os filhos e o patrimônio de todo o grupo familiar. Até a herança que os pais da mulher deixava, ainda que destinada ao casal, tinha como primeiro e necessário nome o marido da filha do autor da herança. Na prática, era o genro que herdava, como “cabeça de casal” ou “cabecel” o que a filha do falecido teria a herdar.

A família na perspectiva da legislação brasileira de 1916 era matrimonializada, formada somente pelo casamento, patriarcal, na qual o pai exercia poder soberano sobre os demais membros, por sua vez hierarquizada e patrimonialista. Nesse

aspecto, Farias e Rosenvald (2010) destacam a família como unidade de produção de riquezas, visto que a união se dava com fulcro na formação de um patrimônio amplo e sólido para garantia de que os herdeiros pudessem gozar da mesma condição econômica.

Conforme os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2014) o modelo patriarcal começou a declinar mundialmente com a Revolução Industrial em meados do século XVIII. Com a crescente necessidade de mão de obra, a figura exclusiva do homem como provedor restou abalada.

A mulher que até então se dedicava apenas aos afazeres doméstico se vira obrigada a exercer atividade laboral remunerada fora do âmbito familiar para ajudar na formação da renda da família já empobrecida.

No Brasil essa mudança começa a ser percebida em meados do século XX. Carvalho e Faraoni (2010, p. 50) acentuam que o

modelo do homem provedor – figura central na **estrutura patriarcal** – paulatinamente foi perdendo força em detrimento do fortalecimento do papel da mulher, causado por sua inserção no mundo do trabalho, o que estimulou maior igualdade entre os sexos no ambiente doméstico.

A formação dos grandes centros urbanos no século XX, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio e outras normas protetoras dos demais membros da família, até então invisíveis socialmente, são apontadas por Gagliano e Pamplona Filho (2014) como algumas das causas para a transformação da família na contemporaneidade.

Na legislação, essa mudança foi percebida com maior evidência a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Conforme os ensinamentos de Lobo (2008), ao adotar o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que integram a família como fundamentos, a CRFB/88 operou a grande mudança na regulamentação das relações familiares.

Além dos textos específicos da CRFB/88 que contemplam a proteção da família, restou impregnado também nesse núcleo o princípio da igualdade, instituído no seu artigo 5.º. Neste artigo da Constituição está determinado que homens e mulheres são iguais perante a Lei, inadmitindo distinções de quaisquer natureza, enfraquecendo

portanto, os poderes do patriarca, o que contribuiu substancialmente para o enfraquecimento do sistema patriarcal no país.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002, bem como as leis ordinárias que o sucederam, como também o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, que o precedeu, incorporaram a mentalidade constitucional, desconstituindo paulatinamente o modelo patriarcal estabelecido no Brasil desde a sua colonização pelos portugueses, dando visibilidade aos demais membros da família.

Dessa forma, a família patriarcal foi o modelo adotado pelo Brasil desde o período Colonial, passando pelo Imperial, sobrevivendo até grande parte do século XX. Com o desaparecimento do homem provedor “As mulheres passaram a contribuir financeiramente no orçamento doméstico, aumentando, assim sua importância nesse ambiente.” conforme ensinam Carvalho e Faraoni (2010, p. 55).

Embora a legislação e as alterações sociais tenham contribuído para o declínio do regime patriarcal, na vivência diária se percebe que a sua extinção não se deu por completo na sociedade brasileira. Ao contrário, deitou raízes sólidas nessa sociedade. Em pleno século XIX, muitas de suas características são percebidas na família como também na vida social extra familiar.

Com a contribuição feminina no orçamento familiar, justo seria a contribuição masculina nos afazeres domésticos. Esse equilíbrio na participação da vida conjugal seria a consolidação plena da tão propalada igualdade inserida na CRFB/88, e por conseguinte, representaria a completa extirpação dos domínios masculinos instituídos com o patriarcalismo. Porém, pouco se evoluiu nesse plano, conforme demonstram os estudos em discussão no próximo item.

### **3 DIVISÃO DESIGUAL DO TRABALHO DOMÉSTICO PÓS-PATRIARCALISMO**

A teoria da estratificação tem como precursores Marx e Engels, Max Weber e a escola de Mosca Pareto, como aponta Parkin (1978). Os autores referidos utilizaram variáveis distintas para analisar as desigualdades sociais prevalentes.

O critério de estudo mais importante para se entender as desigualdades existentes na sociedade é o que leva em conta a distinção das classes sociais. Conforme destaca Parkin (1978), a desigualdade sexual tardou para ingressar como

variável de estratificação no desenvolvimento da teoria social. Segundo ele, a etnicidade, a propriedade, a mobilidade, a classe e o *status* eram os critérios mais utilizados para se definir a estrutura social.

Entretanto, levando-se em conta o grupo familiar, notadamente uma classe, a distinção de sexo importa em consequências relevantes nas relações sociais desiguais empreendidas na sociedade, visto que a família é o primeiro grupo social do indivíduo e tende a refletir a própria estrutura social, inclusive, no que diz respeito à estrutura de classe considerada como critério de estratificação.

Nessa perspectiva Ribeiro (2009), realizou um estudo no qual interagiu classe e gênero no âmbito familiar. A pesquisa em assunto demonstra que essa interação dentro da família contribui para a estratificação dos indivíduos também fora do núcleo familiar. Uma das questões analisadas no estudo em epígrafe foi a divisão do trabalho doméstico no Brasil. Questionava o autor na realização da pesquisa sob comento, se a divisão do trabalho doméstico entre os cônjuges se daria em função do gênero ou da classe social de cada um deles.

Em sua pesquisa, Ribeiro (2009) constatou que, independentemente da classe social de ambos os cônjuges, é a mulher que ainda se responsabiliza pela maior parte do trabalho doméstico no país.

Nas várias combinações familiares analisadas por Ribeiro (2009), tanto casais em que os maridos estão em classes superiores às de suas mulheres, espécie ainda dominante no cenário nacional (fator herdado da estrutura patriarcal), tanto em relação a casais em que os maridos estão em classes inferiores ou iguais as de suas mulheres, a divisão do trabalho doméstico se mostrou praticamente imutável. O que se vê é que a mulher é a responsável pela execução do trabalho do lar de forma quase integralmente.

Segundo Ribeiro (2009, p. 138), a divisão do trabalho doméstico é percebida de forma distinta pelos cônjuges. Mulheres tendem a afirmar que executam todo o trabalho doméstico, enquanto os maridos afirmam executar as mesmas tarefas, reconhecendo, entretanto, que não as executam na totalidade, mas que apesar disso, as realiza numa proporção maior do que a que é percebida pelas suas esposas. Segundo demonstra em sua pesquisa, “Nos dados referentes a todos os tipos de casais, pode-se ver que 81,9% das mulheres dizem que sempre fazem o trabalho doméstico, enquanto

36,2% dos maridos afirmam que a divisão do trabalho doméstico é igualitária.” (RIBEIRO, 2009, p. 138).

Carvalho e Faraoni (2010) observam que apesar da mudança social ocasionada pelo trabalho remunerado desempenhado pela mulher brasileira, cuja renda integra a composição da renda familiar, em sua maioria, não se desobrigou do trabalho doméstico, pois além da atividade laboral externa, continua a assumir os afazeres da casa, bem como se ocupam da educação dos filhos.

Ainda na pesquisa de Ribeiro (2009), foi constatado que entre os casais em que ambos os cônjuges desenvolvem trabalho externo remunerado, a divisão do trabalho doméstico ainda é desigual. Nessa perspectiva, 69% das mulheres afirmam sempre executar todas as atividades domésticas, enquanto 40% dos homens dizem que a distribuição do trabalho doméstico é igualitária entre eles.

O autor destaca que as mulheres tendem a ser mais realistas em suas percepções e os homens mais indulgentes, daí afirmarem que a divisão do trabalho doméstico é igualitária entre eles, quando na verdade, a pesquisa demonstra que as mulheres tendem a realizar quatro quintos, ou oitenta por cento, dos trabalhos domésticos quando se leva em conta todos os tipos de casais analisados (os de classes superiores, inferiores ou iguais aos das mulheres). E, quando se restringe a análise apenas aos casais nos quais ambos realizam atividade laboral remunerada, as esposas realizam em torno de dois terços, ou cerca de 67%, de todo o trabalho doméstico.

Nesse cenário apresentado na pesquisa sob comento faculta o entendimento de que a desproporção na divisão do trabalho doméstico entre homens e mulheres no Brasil, ainda nos dias atuais, está diretamente ligada à herança do patriarcalismo vigente no país até meados do século XX como restou demonstrado no item anterior. O homem dominador continua a existir no interior das famílias. É detentor do poder, ainda que velado, naquele núcleo e por isso, quase não participa da divisão do trabalho doméstico, e quando participa, é mínima sua participação.

Apesar de sua extinção pelo arcabouço legislativo, nas famílias brasileiras ainda se percebe traços marcantes desse sistema. Ribeiro (2009) aponta que na maioria das famílias o homem tem posição de classe superior ao de sua esposa, como o era no período patriarcal, ainda é visto como provedor apesar de não mais sê-lo

exclusivamente. E, nessa perspectiva, a divisão sexual do trabalho no âmbito familiar é desigual, imposto quase que integralmente, somente às mulheres.

Com sua saída para o mercado de trabalho, o que poderia ser um alento para minimizar os efeitos do domínio masculino, as mulheres passaram a desempenhar dupla jornada de trabalho. Além de exercerem atividades laborais fora do âmbito doméstico e contribuírem de forma significativa na composição da renda familiar, são responsáveis ainda por pelo menos 80% do trabalho doméstico, índice superior ao apresentado por outros países, como aponta a pesquisa realizada por Ribeiro (2009). Índices esses que sofrem pouca variação quando se observam os casais em que um dos cônjuges não desenvolve qualquer atividade remunerada.

O sistema patriarcal colocou a mulher subjugada ao domínio do marido e na contemporaneidade, no interior das famílias, os traços de estratificação firmados no antigo regime se traduz também na dupla jornada imposta a mulher. Apesar da figura do marido provedor exclusivo não mais existir oficialmente nos dias atuais, o marido contemporâneo que trabalha se sente desobrigado dos afazeres domésticos, deixando o ônus apenas para a mulher que já se acostumou a essa condição de subordinação e sacrifícios.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o país viveu muito tempo na adoção do sistema patriarcal, percebe-se que, ainda na atualidade, não conseguiu se desvencilhar completamente de seus traços. E a mulher ainda se submete ao domínio masculino.

Até bem pouco tempo, a mulher passava da autoridade do pai para a do marido, que definia todas as questões que lhe dizia respeito e a ela só cabia se ocupar das atividades domésticas previamente definidas por seus senhores.

Na atualidade, em pesquisa recente se constatou que por mais que a mulher trabalhe fora e exerça atividade remunerada que lhe faculte compor a renda familiar, ela ainda tende a se responsabilizar quase que integralmente pelo trabalho doméstico. Afinal, séculos sob o julgo masculino não são vencidos ou esquecidos tão facilmente.

Homens e mulheres são iguais em direitos e deveres afirma, a CRFB/88. E nesse contexto, a

divisão do trabalho doméstico apresentado por Ribeiro se mostra incompatível com o sistema jurídico atual.

A família, instituição fundamental da sociedade, sobre a qual todas as outras se sustentam, é responsável por promover mudanças na estrutura social. Inclusive, quando conscientizada da igualdade de seus membros, inadmitirá distinções como a que aqui se destacou.

A chamada família constitucionalizada tende a ser um espaço para o aprimoramento da solidariedade social e do progresso humano. Família essa qual prima pela busca da realização pessoal de cada pessoa que a integra. Dessa forma, desautorizando a desigualdade na distribuição do trabalho nos seus limites, a família tenderá a desautorizar também a distinção das pessoas na sociedade.

Assim, a luta pela igualdade, e a busca por uma sociedade menos estratificada, no seu significado mais danoso, partirá da família, já que é reconhecida como a primeira e fundamental instituição social.

#### REFERÊNCIAS

ALVES, Roosenberg Rodrigues. Família patriarcal e nuclear: conceito, características e transformações. Disponível em: <[http://pos.historia.ufg.br/uploads/113/original\\_IISPHist09\\_RoosembergAlves.pdf](http://pos.historia.ufg.br/uploads/113/original_IISPHist09_RoosembergAlves.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Senado, 1988.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do*

*Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

CARVALHO, Débora Cristina de; FARAONI, Alexandre. *Sociologia: ser protagonista*. São Paulo: SM, 2010

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História das cavernas ao terceiro milênio*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

PARKIN, Frank. Estratificação social. In: BOTTOMORE, Tom B.; NISBET, Robert A. (Org.). *História da análise sociológica*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

RIBEIRO, Carlos Antônio. *Desigualdades de oportunidades no Brasil*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2009.





## VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E TRANSGERACIONALIDADE, UM ESTUDO SISTÊMICO

*Marajane de Alencar Loyola<sup>1</sup>  
Ana Paula Ferreira Santos<sup>2</sup>*

### RESUMO

A família é definida como a instituição responsável pelo processo de socialização e educação de seus membros e pela formação de condutas adequadas a seus integrantes, em especial, as crianças e os adolescentes. É o meio pelo qual a maior parte das pessoas tem contato constante, e meio pelo qual são aprendidas convenções sociais, sendo desenvolvidos os principais padrões de comportamento. Este trabalho pretendeu, com o referencial da Teoria Sistêmica, revisar a problemática da violência interfamiliar: seu conceito, as formas de ocorrência de situações de violência na família e o que tem sido compreendido a partir dos estudos. Com a compreensão da intergeracionalidade, objetivou-se entender as formas de prevenção da violência interfamiliar, já que esta tende a ser repassada de geração em geração.

**Palavras-chave:** família; psicologia; violência.

### 1 INTRODUÇÃO

A família é definida como a instituição responsável pelo processo de socialização e educação de seus membros e pela formação de condutas adequadas a seus integrantes, em especial, as crianças e os adolescentes. É o meio pelo qual a maior parte das pessoas tem contato constante. É na família que são aprendidas convenções sociais, sendo desenvolvidos os principais padrões de comportamento. É nessa instituição de onde se retiram os modelos que as crianças reproduzirão, fundamentando sua conduta futura, suas novas relações interpessoais, de trabalho, de amizade e, finalmente, de uma nova

família (BAPTISTA; TEODORO, 2012).

Em meio às dinâmicas familiares, pode haver diversos problemas: comunicativos, afetivos, sociais e violentos. A violência intrafamiliar vem ganhando a atenção dos estudiosos pelos números alarmantes que produziu desde a década de 70, quando foi considerada uma das principais causas de morbimortalidade. O assunto, então, deixa de ser somente um problema da Sociologia e da área jurídica, para se tornar uma questão de saúde (BRITO *et al*, 2005).

O assunto vem se expandindo, sendo sua gravidade cada vez mais reconhecida. No Brasil, ainda existe a dificuldade de padronização para o registro de situações de violência familiar, já que as formas de violência são variadas e nem sempre identificadas como tal. Existe ainda uma falta de políticas públicas que tornam viáveis programas de prevenção e tratamento (BRASIL, 2010).

A violência pode gerar sérios problemas sociais, psicológicos, cognitivos e emocionais que têm impacto na saúde das pessoas, no decorrer de sua vida. Assim, é importante o estudo e a orientação sobre o fenômeno, para que sejam criadas estratégias de proteção à criança e ao adolescente em situação de violência que são vítimas desse problema (BRASIL, 2010).

Segundo Ponciano e Féres-Carneiro (2003), as relações familiares, antes do sec. XVIII eram intimamente associada à comunidade. A relação entre o marido e a esposa, pais e filhos, eram mediadas por relações comunitárias que, à época, tinham mais importância. Depois do século dezoito, o afeto tornou-se um atributo essencial entre o casal, e entre pais e filhos. Com o reconhecimento da infância como uma fase separada, que demandava cuidados específicos, surge o “sentimento de família”. Assim, com o objetivo do melhor cuidado dedicado às crianças,

<sup>1</sup> Mestre em Educação. Especialista em Atendimento Sistêmico de Famílias e Redes Sociais. Especialista em Psicologia Forense e Jurídica. Especialista em Psicopedagogia. Especialista em Obesidade e Síndrome Metabólica. Psicóloga. Coordenadora do Curso de Psicologia da Faculdade de Saúde e Desenvolvimento Santo Agostinho. Professora Universitária. Coordenadora de Pós-Graduação em Terapia de Família e de Casal.

<sup>2</sup> Especialista em Terapia Familiar, Saúde Mental e Dependência Química. Psicóloga.

a família recolhe-se para o lar, para a vida íntima, o que faz desaparecer a sociabilidade intrínseca da família. Posteriormente, a família se torna a célula social, a instituição-base dos países.

A Terapia de Família é uma abordagem da Psicologia que buscou, como outras várias, alternativas de entendimento e tratamento dos problemas humanos. Inicialmente, foi formulada com profissionais de variadas áreas, o que proporcionou inovações e maior abrangência do pensamento Sistêmico voltado ao funcionamento da família. A Teoria Geral dos Sistemas e a Cibernética<sup>3</sup>, tendo fundamentos diferentes, originaram diversas formas de terapia familiar, e assim existem diversas escolas. No geral, entretanto, a Terapia Sistêmica ou Familiar se apoia em princípios e leis de funcionamento dos sistemas que se aplicam à dinâmica familiar, com foco nos elementos cognitivos, emocionais e psicológicos dessa instituição (VOGEL, 2011) e valoriza, principalmente, os vínculos e relacionamentos do indivíduo e da família.

Entende-se que, primeiramente, a família passa da esfera pública para a privada, o que constitui formas novas e diversas de relações, comumente não tão claras para a sociedade em geral. Apesar de a família ter um padrão de funcionamento, existem especificidades naturais, muitas vezes restritas e não compreendidas fora do contexto privado do lar. Nessa pluralidade de modelos, a família pode determinar a saúde, a autonomia e a integridade de seus componentes, como também pode criar contextos violentos e abusivos.

Tendo em vista o crescimento progressivo de denúncias de violência intrafamiliar, existe hoje uma demanda para a criação de estratégias de enfrentamento desse tipo de violência. A compreensão dos mecanismos que levam à reincidência de situações de violência dentro da família auxilia na busca do abrandamento ou remissão do problema. A abordagem Sistêmica lança um olhar amplo à família e à dinâmica familiar, entendendo-a, com base na Teoria Sistêmica, em um grande sistema de trocas, em que residem subsistemas, relações e conexões diversas – físicas, emocionais, relacionais, simbólicas – trazendo interessantes aspectos para se compreender diversos fenômenos. A violência,

sendo uma questão emergente, aparece como objeto de estudo substancial dessa abordagem.

Este trabalho pretende, com o referencial da corrente psicológica Sistêmica, revisar a problemática da violência interfamiliar: seu conceito, as formas de ocorrência de situações de violência na família e o que tem sido compreendido a partir dos estudos. Com a compreensão da intergeracionalidade, pretende-se entender as formas de prevenção da violência interfamiliar, já que esta tende a ser repassada de geração em geração.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A intergeracionalidade

O modelo familiar considerado padrão no Ocidente é constituído de marido, esposa e filhos, tendo como função básica a promoção da socialização e educação, o provimento financeiro, a proteção, e o afeto. A família nuclear tem mudado bastante, e sendo cada vez mais acolhidos novos arranjos familiares. A escolha da família nuclear para o estudo provém da facilidade didática, e pelo fato de muitas famílias serem compostas dessa maneira. O papel da família, entretanto, não se limita a essas funções, já que na dinâmica familiar existem pautas, regras, papéis e obrigações que são desenvolvidos e aprendidos por seus membros, e ainda há a transmissão dos valores éticos e culturais, das crenças, dos sentimentos, afetividade e conduta (BAPTISTA; TEODORO, 2012).

A possibilidade das trocas afetivas no contexto familiar é dada pela qualidade das interações entre os membros. O estudo da família referente à transmissão de valores, crenças, sentimentos e modelos de conduta é a chamada “transgeracionalidade” ou “intergeracionalidade”. Esses estudos se fundamentam no pressuposto de que as influências familiares vão além do contexto nuclear (marido, esposa e filhos), abarcando outros familiares, já que os pais receberam essas informações dos respectivos pais. Dessa forma, existe um legado da geração anterior na transmissão desses valores, que deve ser considerado (BAPTISTA; TEODORO, 2012).

Com a dinâmica transgeracional, ou seja, com a transmissão não formal de comportamentos

<sup>3</sup> Cibernética: ciência da comunicação e do controle. A comunicação proporciona integração dos sistemas e o controle regula seu comportamento.

entre as gerações, existe a elaboração do conhecimento individual e das possibilidades de socialização coletiva. Essas transmissões, portanto, detêm também uma perspectiva coletiva, global, considerando que o indivíduo se insere em variados contextos sociais. Para Assis (2012), alguns padrões familiares podem afetar os papéis e funções parentais. Lutos, doenças, segredos e situações de violência sem elaboração e questionamento, geram uma dificuldade de comunicação, e essas situações e padrões de vida são transmitidas de geração a geração, construindo uma nova história familiar com lacunas, de significados mal elaborados.

Quando nasce uma criança, existe um sistema, um ambiente, com outras pessoas que possuem vivências, histórias, experiências e conflitos. É nesse ambiente que se cria as bases da vida física, psicológica, cognitiva e emocional desse novo ser. O bebê, a partir de suas vivências nesse ambiente, passa a construir seus modelos de interação e relação com o ambiente, os quais ele utilizará para seu contato com o mundo, na construção de novos vínculos. Quando adulto, esse indivíduo se unirá a outra pessoa, que passou pelos mesmos processos, e constituirá uma família. Para ser pai ou mãe, é necessário revisitar a condição de ser filho. Nesse processo, há a manutenção ou ressignificação dos padrões relacionais. Esses padrões influenciarão diretamente no trabalho da paternidade, frequentemente transmitindo-os para a nova geração (RODRIGUES; CHALHUB, 2012). Existe, portanto, uma tendência a repetir situações de violência que não foram elaboradas ou ressignificadas.

## 2.2 Violência intrafamiliar

Sacramento e Rezende (2006) explicam que o termo “violência” possui vários significados, e é utilizado dentro de um contexto social. Pode-se utilizar o termo violência quando se trata de um homicídio, ou para maus diversos, como tratos emocionais, psicológicos e verbais. A Organização Mundial da Saúde-OMS (2002) define violência como o uso proposital de poder ou força, efetivamente ou sob forma de ameaça, contra si próprio, outra pessoa, grupo ou comunidade, que podem ocasionar lesões, morte, sofrimento psíquico, privações e falhas de desenvolvimento.

A publicação *Linha de cuidado para a atenção integral à saúde de crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violência* (BRASIL,

2010), dispõe os tipos de violências que podem sofrer as crianças ou adolescentes, geralmente, dentro do contexto familiar, que é o local de maior vivência dessas crianças.

A violência física pode ser localizada com a identificação do instrumento utilizado, local do trauma e tamanho da lesão. A demora na procura de atendimento ao trauma deve ser interpretada como negligência ou tentativa de ocultação da violência. Deve-se observar a consistência da história e investigar melhor o ocorrido. Fraturas, lesões em fases diferentes de cicatrização, hematomas, fraturas recentes ou antigas, não tratadas, são indícios de ocorrência frequente de violência contra a criança ou adolescente (BRASIL, 2010).

A violência psicológica pode desencadear sintomas de sofrimento e impedir o curso normal do desenvolvimento com o passar do tempo. O processo é crônico e deixa sequelas de níveis diversos de gravidade. Sinais de angústia e ansiedade determinam problemas comportamentais. Sinais de sofrimento psicológico podem ser identificados mesmo antes da habilidade comunicativa da criança. Além da ansiedade, a violência psicológica pode levar à depressão e agressividade. O transtorno de estresse pós-traumático também é comum, envolvendo medo, impotência ou horror, com episódios de revivência do episódio violento por recordações ou sonhos, causando sofrimento intenso (BRASIL, 2010).

A violência sexual pode ser identificada em crianças por sinais de erotização precoce. Os pais ou cuidadores podem expor a criança às intimidades sexuais do casal, exibicionismo, falas inadequadas, incentivo ao desenvolvimento sexual precoce, exposição a imagens e outros materiais eróticos ou pornográficos. A criança pode apresentar atitudes sexuais impróprias, demonstrar conhecimento sobre atividades sexuais acima de seu grau de maturidade; masturbação frequente e compulsiva; desvios frequentes em brincadeiras que levem a intimidades, manipulação genital, ou atos que reproduzem a violência do abusador; infecções urinárias, entre outros. Crianças e adolescentes violentados sexualmente podem apresentar queixas vagas, já que a atividade sexual dentro da família não é bem compreendida como um ato de violência. A violência sexual pode levar a criança ou adolescente a transtornos do desenvolvimento sexual, ausência de desejo sexual, frigidez, impotência, hiper ou

assexualidade, promiscuidade, perversões, fetichismos, e pedofilia (BRASIL, 2010).

Sanchez e Minayo (2004) conceituam a violência intrafamiliar como aquela que acontece dentro dos lares. A violência, como têm mostrado as pesquisas, é uma forma de comunicação e relação interpessoal. Dentro de um lar, quando são observados maus-tratos ou abusos, geralmente encontram-se sinais de que todos os componentes da família acabaram sofrendo agressões, mas com graus diferentes. As crianças e adolescentes, entretanto, são as maiores vítimas, já que o ressentimento, a raiva, as emoções negativas e a falta de paciência dos membros mais velhos acabam sendo canalizados a eles, que são menores, indefesos e dependentes.

Assim, pode-se entender que a violência com crianças e adolescentes formam uma homeostase na família, “equilibram” a dinâmica familiar por haver uma válvula de escape, devido à fragilidade dos mais novos. Em se tratando do assunto, é comum ouvir a aceitação e naturalização do abuso físico contra crianças. A punição física é tida como norma educativa para o crescimento e desenvolvimento infantil. Pouco ainda foi estudado sobre como é construída a consciência de um sujeito que têm como solução dos conflitos o uso da força física, agressões verbais e sexuais (SANCHEZ; MINAYO, 2004).

A violência intrafamiliar detém dados desde a Antiguidade, em diferentes civilizações. Hoje, é considerada um problema de saúde pública. Resumindo a violência intrafamiliar, nos termos já citados e nos diversos outros possíveis, pode-se dizer que ela ocorre quando o espaço familiar deixa de ser o local de proteção e estímulo para o desenvolvimento saudável, impactando as crianças e adolescentes de forma negativa (BAPTISTA; TEODORO, 2012).

No trabalho de Baptista e Teodoro (2012), foi realizada uma pesquisa quantitativa com pais de 153 crianças na região do Vale do Rio dos Sinos, sobre estilos educativos, estilos parentais, subescalas de abuso físico, negligência e controle parental. Constatou-se nessa pesquisa um índice elevado de situações de risco, em relação à chamada monitoria negativa (instruções e ameaças em excesso, mesmo que nem sempre cumpridas) e abuso físico (uso de força física, por palmadas e

agressões mais graves).

Evidenciou-se nesse estudo a tendência à repetição de experiências vivenciadas na família de origem, o que leva a reforçar a hipótese da violência familiar como transmissão geracional. Observou-se que raramente os pais utilizavam de violência sem terem sido violentados em sua infância. Assim, os vínculos da família de origem têm um papel fundamental para o desenvolvimento das crianças no futuro. A resiliência, entendida como a capacidade que alguns sujeitos têm de amenizar ou evitar consequências negativas de situações de riscos, parece ser a fonte mais eficiente de mudança à transgeracionalidade da violência. Pessoas resilientes<sup>4</sup> tendem a não repetir tais atitudes e comportamentos, tendo uma postura diferente de seus pais, e modificando assim suas relações, seu funcionamento social e dinâmica familiar.

### 2.3 O contrário da violência e sua transmissão

A afetividade, segundo Assis (2012), parece ser o caminho pelo qual a violência pode ser superada. Segundo a autora, aspectos emocionais de vinculação tornam-se manifestações afetivas, que se repetem e podem se converter na chamada “consciência afetiva”. Na Teoria do Apego, entende-se que essa consciência é um modelo de organização e construção interna das significações que desenvolvem as áreas relacionais – com o outro e consigo mesmos.

A troca de afetos na família determina a proteção, a diversão, a curiosidade, a criação e a exploração do bom humor. Deve ser pensada como algo dinâmico, flexível, e que passa pela expressão, demonstração e compartilhamento de sentimentos e sensações. O afeto não pode ser isolado, ocorrendo necessariamente em situações sociais em que existe investimento na relação. Assim, a afetividade pode recolher as situações de risco e de violência e, partindo de sua flexibilização e trabalho, transformar-se em uma forma de desenvolvimento das relações familiares. A autoconsciência em relação aos próprios afetos pelos membros da família determina flexibiliza seus próprios comportamentos diante de diversas situações. Dessa forma, pode-se observar,

<sup>4</sup> Resiliência pode ser entendida como “uma força, uma estratégia, um conjunto de habilidades utilizado em determinado contexto por determinado.” (TABOADA; LEGAL; MACHADO, 2006, p. 107).

racionalizar e canalizar a raiva, as frustrações, a tristeza, para outros comportamentos que não sejam os violentos (ASSIS, 2012). Dentro do sistema familiar, essas estratégias tornam-se fecundas para a criação de um ambiente saudável, leve e estimulante para o desenvolvimento de todos os membros da família. Com a criação desses estilos parentais, a transgeracionalidade também faz seu papel e permite que as próximas gerações repitam, agora, a forma mais saudável de convivência, baseada no respeito mútuo, no conhecimento de si e do outro, no trabalho das emoções, e no reconhecimento dos papéis de cada membro familiar.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da violência é abrangente e detém variadas formas na sociedade. Frequentemente, torna-se difícil a sua identificação. Por um lado, a agressividade e a violência são comportamentos também humanos, causados por emoções e pela complexidade da vida mental. Por outro, a crescente transformação das formas de vida, na alimentação, comunicação, entretenimento, transporte, trabalho, relacionamentos, criam novas formas de se relacionar e viver no mundo, as quais muitas vezes podem ser malélicas e atrasar o desenvolvimento das famílias. Com a intergeracionalidade, há uma tendência a se passar para a próxima geração os hábitos da geração anterior, bem como comportamentos, formas de laços afetivos, histórias, narrativas, etc. Por isso, é necessário pesquisar e compreender o fenômeno da violência dentro das famílias, já que não se tratam de causas simplesmente morais, mas também relacionais – geralmente os agressores foram vítimas no passado.

A violência intrafamiliar torna-se assim uma questão de saúde pública. Não uma forma de vida que deve ser perseguida, mas sim, cuidada, ressignificada e modificada. Existem questões culturais muito fortes que determinam esse tipo de vivência em famílias de todas as classes sociais. O fenômeno da violência não se restringe a parcelas específicas da sociedade, mas está espalhado, quase de forma homogênea, em diversas áreas, em seus diversos tipos.

O pensamento ético deve estar sempre presente nas discussões sobre violência, já que é fácil identificar como “violento” somente aquilo que convém. Muitas vezes, violência psicológica

ou emocional são camufladas como patrimônio cultural, como garantia da herança da família, e diversas outras narrativas que encobrem o problema, desconsiderando os males que esse tipo de vivência pode causar.

A abordagem Sistêmica, na Psicologia, traz um olhar interessante para conhecer essa questão, argumentando que a família é um sistema, e cada membro, símbolo, emoção e comportamentos dentro desse sistema respeitam certa ordem de funcionamento, em que os sintomas produzidos se encaixam e equilibram situações, papéis familiares, fazem a troca e a canalização das emoções e correspondem, mesmo de forma não saudável, à forma de sustentação dessa família. No trabalho da terapia familiar, todas essas relações devem ser observadas, compreendidas e, se necessário, modificadas, procurando maneiras mais saudáveis de fazer o escoamento de emoções, a troca de bens e favores, as trocas simbólicas, enfim, tudo que caracteriza o sistema familiar como instituição primeira do desenvolvimento dos seres humanos em nossa sociedade.

Salienta-se assim a necessidade de mais estudos relacionando as violências com as abordagens sistêmicas, já que a responsabilidade pela violência raramente é devida a um indivíduo ou membro separado da sociedade. A violência é um fenômeno, e não um atributo de determinado indivíduo. Todos os aspectos envolvidos na violência devem ser analisados, para que a sociedade inteira seja corresponsabilizada e que cada indivíduo, em seu lugar, possa tomar consciência de que faz parte do complexo relacional social e que possam (tomar partido de) ter atitudes (ações) que promovam a saúde e o desenvolvimento familiar.

### REFERÊNCIAS

- ASSIS, Wanda Rogéria Campos Lima. O caminho intergeracional dos sentimentos: estudos dos padrões afetivos transmitidos pela família. 2006. 235f. Monografia (Pós-Graduação em Psicologia Clínica)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. (Org.). *Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção*. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações

Programáticas Estratégicas. *Linha de cuidado para a atenção integral à saúde de crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violência*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRITO, Ana Maria M. et al . Violência doméstica contra crianças e adolescentes: estudo de um programa de intervenção. In: *Ciências e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 143-149, mar. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000100021&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000100021&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 3 maio 2017.

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Relatório Mundial sobre Violência e Saúde. Genebra, 2002. Disponível em: <[www.portal.saude.gov.br/portal](http://www.portal.saude.gov.br/portal)>. Acesso: 15 abr. 2017.

PONCIANO, Edna Lúcia Tinoco; FERES-CARNEIRO, Terezinha. Modelos de família e intervenção terapêutica. *Interações*, São Paulo , v. 8, n. 16, p. 57-80, dez. 2003. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-29072003000200004&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-29072003000200004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 3 maio 2017.

RODRIGUES, Luciana Santos; CHALHUB, Anderson Almeida. Contextos familiares violentos: da vivência de filho à experiência de pai. In: *Pensando Família*, Porto Alegre. v. 18, n. 2, p. 77-92, dez. 2014. Disponível em: <[\[pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\\_arttext&pid=S1679-494X2014000200007&lng=pt&nrm=iso\]\(http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1679-494X2014000200007&lng=pt&nrm=iso\)>. Acesso em: 2 maio 2017.](http://</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

SACRAMENTO, Livia de Tartari; REZENDE, Manuel Morgado. Violências: lembrando alguns conceitos. In: *Aletheia*, Canoas-RS, n. 24, p. 95-104, dez. 2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-03942006000300009&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300009&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 4 maio 2017.

SANCHEZ, Rachel Niskier; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão histórica, social e de saúde. In: LIMA, Cláudia Araújo de (Coord.). *Violência faz mal à saúde*. Brasília (DF): Ministério da Saúde, 2004. p. 29-38.

TABOADA, Nina Garcia; LEGAL, Eduardo José; MACHADO, Nivaldo. Resiliência: em busca de um conceito. In: *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 104-113, dez, 2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822006000300012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822006000300012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 9 maio 2017.

VOGEL, Andrea. Um breve histórico da terapia familiar sistêmica. *Revista IGT na Rede*, Brasília, v. 8, n. 14, 2011.

***ARTIGOS  
DO CORPO DISCENTE***

---





## A TÉCNICA PUBLICITÁRIA DO “MERCHANDISING” EM CONFRONTO COM AS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Amanda Marques Almeida da Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

Ao reconhecer o poder midiático e as várias maneiras de que dispõe o fornecedor de produtos e serviços para desenvolver sua publicidade, o presente artigo propõe questionar a legalidade do *merchandising*, considerado uma técnica publicitária de natureza clandestina, que tem como principal característica a exposição do produto de forma disfarçada. Esse estilo de publicidade incide diretamente no inconsciente do consumidor, induzindo seu direito de escolha. Por meio de um confronto dos princípios e direitos básicos dispostos no Código de Defesa do Consumidor, como artifício do *merchandising*, faz-se uma análise sobre as dúvidas acerca da legalidade de tal prática. Percebe-se, no decorrer do estudo, a discordância entre as disposições jurídicas e a técnica que aproveita da hipossuficiência do consumidor, aumentando a vulnerabilidade deste.

**Palavras-chave:** consumidor, publicidade abusiva, *merchandising*.

### TECHNIQUE OF PUBLICITY MERCHANDISING IN COMPARISON WITH CONSUMER PROTECTION RULES

#### ABSTRACT

Recognizing the media power and the various ways available to the supplier of products and services to develop their advertising, this article proposes to question the legality of merchandising, considered an advertising technique clandestine nature, whose main characteristic product exposure in disguised form. This style of advertising has a direct impact on consumer unconscious, inducing their right to choose. Through a comparison of the basic principles and rights under the Consumer Protection Code, with

the merchandising of artifice, it is an analysis of the doubts about the legality of this practice. It is understood, in the study discuss the discrepancy between the legal provisions and the technique that takes advantage of consumer insufficient, increasing their vulnerability.

**Keywords:** consumer, abusive advertising, merchandising.

### 1 INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX; Primeira Guerra Mundial (1914-1918), Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a Guerra Fria, que teve desfecho na década de 1990, trouxeram grandes transformações na sociedade, acentuaram o avanço da economia de mercado, como apresentam Koshiba e Pereira (2003). Esses eventos promoveram a massificação e maior diversidade das produções, o que, conseqüentemente, reivindicou o desenvolvimento de formas mais especializadas de atrair os consumidores para a venda dos produtos. Deste contexto, intensificou-se o uso da publicidade (KOSHIBA; PEREIRA, 2003).

Marques (2006, p. 801) relembra que “o vocábulo *publicidade* deriva do latim *publicus*, que significa tornar público, publicar de forma geral, vulgarizar, divulgar e que teria sua aplicação com o atual aspecto comercial generalizada no início do século XIX.”. Acrescenta ainda ao conceituar publicidade: “Publicidade é toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.” (MARQUES, 2006, p. 801).

No Brasil, o diploma legislativo tem como alvo a defesa dos consumidores, a Lei n.º 8.078,

<sup>1</sup> Acadêmica do Oitavo Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Texto elaborado com a qualidade de Aluna integrante do Programa Especial de Tutoria (PET).

de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Valendo-se de princípios e direitos básicos, o CDC trouxe previsões que buscou limitar a atuação dos publicitários. Assim, com o intento de proteção ao polo mais fraco na relação negocial, leciona Catalan quanto ao CDC:

Visando solucionar parte dos conflitos de interesses que explodiram diuturnamente no seio social, enquanto fruto de determinação insculpida no artigo 5.º da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, foi aprovado em 1990, objetivando ser um instrumento efetivo de proteção às relações de consumo, mas principalmente, visando salvaguardar o polo mais fraco da relação negocial, explorado desde antes de seu nascimento e até mesmo após sua morte (CATALAN, 2007, p. 25).

As constantes inovações nas formas de desenvolver publicidade ensejaram no surgimento de algumas técnicas duvidosas em relação aos princípios da boa-fé, da vulnerabilidade entre outros dispostos no art. 4.º do CDC e aos direitos básicos dos consumidores estatuídos no art. 6.º do CDC. Despontam o *merchandising*, modalidade de publicidade cuja utilização promove discussões acerca da sua licitude, matéria que constitui o objeto do presente estudo.

De acordo com Blessa (2011, p. 7), “O *merchandising* como hoje é conhecido surgiu com o próprio *marketing* e intensificou-se com o surgimento do auto-serviço nos Estados Unidos, na década de 30.”. É importante depreender que essa técnica de *marketing* é ampla e sustenta-se na premissa de destaque dos produtos, objetivando sua maior rotatividade e tem como um dos estímulos, a venda por impulso como lecionou Blessa, (2011, p. 2; p. 10, *passim*).

No entanto, de modo a contrariar a premissa de destaque do *merchandising*, novas técnicas utilizadas no *merchandising* editorial ou eletrônico, são revestidas pela clandestinidade, ou seja, o anúncio publicitário é veiculado sem a apresentação expressa das características do produto ou serviço, assim a publicidade ocorre de maneira disfarçada.

O *merchandising* é uma das últimas formas de aprimoramento da técnica de divulgação do produto, pois ao ser veiculado em programas de televisão, em contexto de novelas e filmes, não se anunciam os produtos de forma ostensiva, possuindo como principal característica como

expõe Nunes (2012, p. 520), ser imperceptível, o que inibe o senso crítico do telespectador e seu direito de escolha.

No sentido de proteger o consumidor, o art. 36 do CDC expressa: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”. Tal previsão legislativa que será importante parâmetro para a presente análise científica, demonstra a necessidade de clareza na intenção da publicidade.

O CDC estabelece, como princípios, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé, a coibição e repressão eficientes dos abusos no mercado de consumo, que serão analisados frente à prática do *merchandising*. Também serão apreciados no presente estudo, direitos básicos do consumidor previstos no art. 6.º que vêm assegurar a liberdade de escolha, a igualdade nas contratações e a necessária observação da informação adequada e clara em vista das ações do *merchandising*.

Diante a amplitude do tema, o conteúdo da pesquisa centrará no estudo do *merchandising* conhecido como editorial ou eletrônico, inserido principalmente em novelas, séries e filmes e através das redes sociais e não o *merchandising* do ponto de venda, utilizado, por exemplo, na disposição dos produtos nas prateleiras.

## 2 A REGULAMENTAÇÃO DO MERCHANDISING NO CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma organização não governamental criada por entidades do mercado publicitário brasileiro para regular a publicidade no país, emitindo recomendações que culminaram na instituição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. “O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda.” (CONAR, 2017a). Nesse contexto surgiu a ideia de uma norma, em defesa da liberdade de expressão e da maturidade dos publicitários em elaborar sua Autorregulamentação, a partir do modelo inglês. Com apoio de grandes nomes do universo publicitário representando as agências,

anunciantes e os veículos de comunicação conseguiram o reconhecimento das autoridades federais para que elaborassem o Código e assim, o projeto de censura prévia foi engavetado.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), contudo, é questionável em suas disposições quanto ao *merchandising*, uma vez que admite a prática consoante o seu artigo 10 que profere: “A publicidade indireta ou ‘merchandising’ submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9.º) e identificação publicitária (art. 28)”. Desse modo, o Código não considera a técnica em si irregular, mas conforme o art. 28 do CBAP, prevê que o anúncio deve ser claramente identificado, independentemente de sua forma ou meio de veiculação.

Assevera Marques (2006, p. 802):

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária instituído no art. 36 antes mencionado (item 1.2), tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é destinatário de uma mensagem patrocinada pelo fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço. Este princípio serve, por um aspecto, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do Código de Defesa do Consumidor seria considerada prática de ato ilícito, civil e até mesmo penal.

O CBAP, em seu artigo 29 declara o anunciado *merchandising* não dispõe da chamada “propaganda subliminar”. E condena qualquer tentativa destinada a produzir efeitos “subliminares”.

### 3 PRINCÍPIOS E DIREITOS DO CONSUMIDOR EM FRENTE AO *MERCHANDISING*

A vulnerabilidade do consumidor é um princípio reconhecido no inc. I do art. 4.º do CDC. Rollo (2011, p. 120) apresenta os três aspectos em que a vulnerabilidade se manifesta e as define, em regra, nos aspectos técnico, patrimonial e jurídico, como disposto a seguir:

A vulnerabilidade técnica existirá toda a vez que o consumidor não conhecer o funcionamento do produto, a sua forma de produção, de armazenamento, de comercialização, etc. O fornecedor conhece seus produtos e serviços como ninguém,

porque escolheu aquela atividade para desempenhar visando o lucro, ao passo que o consumidor, como regra, compra sem saber as dificuldades e os problemas que aquele produto ou serviço podem acarretar. A vulnerabilidade patrimonial significa que, também como regra, o fornecedor tem melhores condições econômicas do que o consumidor. Isso faz com que o fornecedor suporte as consequências de um produto ou serviço, defeituoso ou viciado, de forma muito mais adequada do que o consumidor. Já a vulnerabilidade jurídica significa que, quase sempre, o fornecedor tem estrutura jurídica própria ou condições econômicas para contratar escritórios especializados, enquanto que o consumidor, muitas vezes, não sabe a quem recorrer quando é prejudicado.

Como assinala Bittar (2009, p. 47), deteve-se o Código em regular de modo extenso os direitos e aspectos críticos do consumidor, admitindo-se as várias formas que os seus interesses econômicos podem ser lesionados, evidenciando-se, assim, a sua vulnerabilidade. Reitera Bittar (2009, p. 47-48):

Regulam-se, assim, situações em que o desnível existente – que, dentre outras consequências, retira ao consumidor a possibilidade de escolha racional do fornecedor ou do produto; que lhe tolhe a discussão das condições do contrato e que lhe submete a vontade às disposições preestabelecidas pelos empresários – vinha prejudicando, sensivelmente, interesses econômicos dos consumidores, sem adequada resposta do ordenamento jurídico.

Verifica-se a fragilidade do consumidor e a maior proteção devida contra qualquer técnica que aproveite de sua hipossuficiência.

O princípio da boa-fé ocupa a disposição no inc. III do art. 4.º, afirmando e complementando o princípio da vulnerabilidade ao buscar proteger os polos da relação, para o devido equilíbrio e harmonia nas relações, inclusive nas pré-contratuais. Marques (2009, p. 799) assegura que se pode afirmar de modo geral que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC e que tal princípio tem como intuito resguardar a honestidade e lealdade das partes para propiciar relações jurídicas harmônicas e equilibradas. Marques (2009, p. 771) esclarece que o princípio da transparência, também defeso na linha de raciocínio admitida, é reflexo da boa-fé e a transparência é “maior clareza, é veracidade e

respeito, através de maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor na fase pré-contratual.”.

Ainda no rol dos princípios do CDC, encontra-se assim disposto:

**Art. 4.º** [...]

VI - a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores;

[...]

Além das penalidades elencadas no art. 56 no CDC, o Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabeleceu a aplicação das sanções ao fornecedor como dispõe o art. 19, *caput*, parágrafo único e alíneas *a* e *b*, *verbis*:

**Art. 19.** Toda pessoa física ou jurídica que fizer ou promover publicidade enganosa ou abusiva ficará sujeita à pena de multa, cumulada com aquelas previstas no artigo anterior, sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos.

**Parágrafo único.** Incide também nas penas deste artigo o fornecedor que:

- a) deixar de organizar ou negar aos legítimos interessados os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária;
- b) veicular publicidade de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal.

De forma clara, a norma ora transcrita reforça a ilicitude e aponta a repressão devida ao ato de veicular publicidade que dificulte sua identificação pelo consumidor, a propaganda sublimar, disfarçada, que se apresenta como se não o fosse.

Acerca do tema, deve-se lembrar que são direitos básicos do Consumidor, nas disposições do CDC, art. 6.º, *caput* e incisos II e III:

**Art. 6.º** [...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...]

O inciso II, transcrito, assegura a “liberdade de escolha” nas contratações como direito básico do consumidor. Assim, é mister que o consumidor, diante uma possibilidade de negócio, possa escolher livremente, reconhecendo claramente as suas opções e as características necessárias e importantes do produto ou serviço.

O CDC no seu art. 6.º, inciso III, declara que a informação deve ser adequada, clara, possuir especificação correta de quantidade, características, qualidade e os riscos do produto ou serviço precisam ser apresentados. Nesse sentido, corrobora a necessidade de clareza da informação prestada, que o art. 36 do CDC, quando informa:

**Art. 36.** A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

**Parágrafo único.** O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Volta-se ao CDC, com visão sobre o teor do art. 6.º, inciso III, para retomar que a mensagem publicitária deve ser clara e adequada. Assim, entende-se que a informação deve ser suficiente, útil, necessária para que o consumidor adquira o produto com segurança.

Sobre como deve ser veiculada a informação em seu conteúdo, afirma Marques (2006, p. 772):

[...] Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou o não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito. Nas relações entre leigos e *experts*, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos, as chances e tudo o mais que for essencial para executar o seu

direito de escolha; ou não informar, não compartilhar a informação que detém. Daí ser o dever de informar dever oriundo da boa-fé e altamente valorado na complexa sociedade de riscos e da informação, uma maneira de o direito reequilibrar a relação de consumo.

Pondera Nunes (2012, p. 544), que “no *caput* do art. 36 a lei determina que, além de ostensivo, o anúncio publicitário deve ser claro e passível de identificação imediata pelo consumidor. É a proibição da chamada ‘publicidade clandestina’”. Desse modo, observa-se que o artigo 36 é baliza da ilicitude do *merchandising*.

Mello (1998, p. 82) depreende, confirmando essa relação:

Analisando o artigo 36, *caput*, temos a obrigação do fornecedor em veicular publicidade de seus produtos e serviços de modo claro e inteligível, permitindo a qualquer consumidor em potencial compreendê-la como anúncio publicitário, prevenindo-se assim contra as chamadas “publicidade oculta” e “subliminar”, através da técnica do “*merchandising*”, tão utilizada em espetáculos, teatros, novelas, reportagens, simuladas, dentre outras.

Nunes (2009, p. 488) disserta que “o problema com esse tipo de *merchandising* está relacionado à sua própria natureza: ele se traduz numa técnica de ocultação que não permite a avaliação crítica do consumidor”. Percebe-se, desse modo, que o consumidor será incentivado a adquirir ou acionar determinado serviço, inibido em exercer uma análise crítica. Essa técnica, assim, é de grande interesse dos poderes econômicos, e favorece o polo mais forte, como manobra publicitária. Diante do caráter discreto do *merchandising*, muitas não percebem como a prática os influencia, e que pode provocar danos aos princípios e direitos básicos para sua proteção estatuídos no CDC.

#### 4 CASOS DE OCORRÊNCIA DO *MERCHANDISING* EDITORIAL

A título de exemplo, a técnica do *merchandising* é apresentada em um filme quando mostra o ator principal entrando em um veículo e a filmagem foca no símbolo da marca por alguns segundos. Outro exemplo extraído do filme “O diabo veste Prada”, Foletto revela (2009, p. 36) que na nona aparição do *merchandising*, a marca

aparece no cenário de forma visual e implícita, numa sacola no momento em que Andy entra no quarto do hotel de Miranda. Nesse filme, que trata do mundo da moda, o *merchandising* é usado diversas vezes e uma das marcas da qual é feita publicidade é a Chanel, marca que o texto acima faz referência.

Foletto (2009, p. 37) conclui sobre a aparição da marca Chanel no filme:

Analisando todas as ações de *merchandising*s desta marca, observa-se que todos os personagens principais fazem referência à esta: Emily guardando a caixa da Chanel, Nigel dizendo que Andy precisa de um Chanel, Andy com grande parte do figurino da Chanel e, por último, também Miranda com um pacote da marca. Assim, a Chanel teve alcance de todos os principais atores, indicando que todo mundo usa, no caso, usaram a marca. Este tipo de ação abrange todas as partes do filme (início, meio e fim), expondo a marca várias vezes, reforçando ainda mais a imagem e o valor simbólico desta.

As aparições do *merchandising* editorial é o que realmente traz preocupação, visto que existe a dificuldade em provar de que se trata simplesmente do roteiro de um seriado, filme, por exemplo, ou que há realmente a intenção de fazer publicidade que se apresenta de forma velada por esses meios.

Há uma crescente atividade dos “*blogueiros*”, personalidades de influência sobre os modos e costumes da sociedade. Recentemente, em fevereiro de 2016, o CONAR julgou o caso da blogueira Gabriela Pugliesi conhecido como “Caso Skol Ultra Gabriela Pugliesi”. Eis o resumo da decisão:

Resumo: O Conar recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade.

Não houve manifestação por parte dos responsáveis pelo blog. Já a Ambev negou o caráter publicitário das mensagens, alegando que elas foram publicadas por livre iniciativa de Gabriela. Informou a Ambev que é

fornecedora exclusiva de cervejas e refrigerantes para estabelecimento de propriedade da blogueira. Informou ainda que solicitou a ela a interrupção da divulgação das mensagens.

O relator iniciou seu voto esclarecendo que a ausência de defesa por parte de Gabriela Pugliese o faz considerar como verdadeiras as denúncias trazidas pelos consumidores. Ele não aceitou as alegações da Ambev e considerou, sim, as postagens como publicidade, ainda que velada. A partir disso, constatou a violação de diferentes dispositivos do Código, pelo que recomendou a sua alteração agravada por advertência a Gabriela Pugliese e Ambev porque, além de desrespeitarem o Código, “faltaram com boa-fé e responsabilidade social”. Seu voto foi acolhido por maioria (CONAR, 2017b).

Dentre as personalidades influentes, os *blogueiros* (criação do Português brasileiro, empregado para designar pessoa que publica em rede mundial de computadores originariamente chamada de *blog*) como a Gabriela Pugliesi, surgem como agentes decisivos sobre a escolha dos consumidores. Embora a lei permita a publicidade editorial do *merchandising* “encoraja os veículos de comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de *merchandising*”. Nunes (2012, p. 547) aponta a alternativa que decorre dessa previsão, que consiste em apresentar um aviso no início do programa dizendo que se fez uso do *merchandising*, o que ampara o princípio da identificação obrigatória. No entanto, é evidente a maior dificuldade de controle e avaliação dessa técnica nas redes sociais como o fato da “publicidade velada” por Pugliesi por meio da rede social do *Instagram*<sup>2</sup>.

Quando o *merchandising*, apesar da sua inserção indireta, fica claro ao consumidor como o caso de cartazes e luminosos atrás de um apresentador, ou quando o apresentador, durante o programa, oferece produtos e até os elogia, não há que se falar em ilicitude devido à evidência de que há publicidade. No entanto, o novo método de publicidade por meio das redes sociais torna preocupante o controle do *merchandising*.

Nunes (2012, p. 546) disserta, quanto a

incorporação de um personagem numa novela, que enquanto o ator utiliza um produto com intuito de promovê-lo, o consumidor não percebe o “detalhe” e é induzido a gostar desse produto e, dessa forma, o consumidor torna a ficção por realidade, perdendo o sendo crítico e a capacidade de escolha. Declara o autor que sem liberdade de escolha, o CDC é contrariado em toda sua filosofia que pressupõe a avaliação crítica do consumidor. Em suas palavras, Nunes (2009, p. 519-520) afirma que “a técnica do *merchandising* tem regulação um tanto estranha na norma”, pois, o art. 36 do CDC prescreve que a publicidade “deve ser veiculada de forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal, o que vai contra o que mais se planeja com o *merchandising*.”.

Com tais asseverações, é mister a análise crítica e reflexão diante das aparições do *merchandising*, sobretudo diante o avanço e desenvolvimento das redes sociais virtuais, que comportam mais um meio de sua ocorrência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade está em toda parte no cenário de consumo, e é fundamental e necessária sua atuação para fomento do mercado. Não é por acaso que *slogans* ficam por muito tempo gravado na lembrança das pessoas, pois é com trabalho, estudos e metodologias que cada publicidade é desenvolvida, de modo que pode ser considerada uma ciência.

O papel da publicidade é relevante, porém com o constante desenvolvimento de técnicas e inovações, são introduzidos meios perniciosos e esse é o caso de algumas aparições do *merchandising*, conforme objetivou demonstrar a presente pesquisa.

Consoante a devida discussão da proposta desse trabalho, em que se apresentou o confronto de tal publicidade com prescrições jurídicas, verificou-se a imperiosa necessidade de que a publicidade seja clara e notória ao consumidor em observância ao princípio da identificação obrigatória, seja qual for o meio ou forma de sua transmissão. Desse modo, é importante reforçar a necessidade de regular a convivência da prática

<sup>2</sup> Instagram é uma rede social de fotos para usuários de Android e iPhone. Basicamente se trata de um aplicativo gratuito que pode ser baixado e, a partir dele, é possível tirar fotos com o celular, aplicar efeitos nas imagens e compartilhar com seus seguidores. Fonte: <<http://canaltech.com.br/o-que-e-instagram/o-que-e-instagram/>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

do *merchandising* perante o ordenamento jurídico, a fim de que as normas reconheçam e observem as peculiaridades das mais inovadas técnicas por meio editorial e por rede social virtual.

A publicidade é uma atividade lícita, mas, quando é apresentada de modo que ameace ou lese os direitos do consumidor, deve ser reprimida. Enquanto a difícil constatação por meio de provas e a falta de revisão da regulamentação dificulte a fiscalização mais eficaz dessa técnica publicitária, cabe principalmente a reflexão e a boa fé no trato com o consumidor. Uma conscientização que promova uma visão mais crítica é de suma importância para uma prevenção individual que poderá trazer grande contribuição na luta contra as práticas publicitárias lesivas.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BLESSA, Regina. *Merchandising no ponto-de-venda*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n.º 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 mar. 1997.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Retificada a publicação no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2007.
- CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre a leitura dos contratos no código de defesa do consumidor e a importância dos princípios. In: CONPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor – II*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2007, p. 25-43.
- CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação de Propaganda. História. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 17 mar. 2017a.
- CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação de Propaganda. Caso Skol Ultra Gabriela Pugliesi. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>>. Acesso em: 25 mar. 2017b.
- FOLETTTO, Priscila Gay. *Merchandising de moda no cinema*. 2009. 70 f. Monografia (Habilitação em Publicidade e Propaganda, Área de Artes, Letras e Comunicação)–Centro Universitário Franciscano - UNIFRA, Santa Maria, RS, 2009. Disponível em: <[https://lapecpp.files.wordpress.com/2011/05/tfg-ii\\_03\\_final.pdf](https://lapecpp.files.wordpress.com/2011/05/tfg-ii_03_final.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2015.
- KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *História do Brasil no contexto da história ocidental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NUNES, Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PASQUALE, Perrotti Pietranguelo; LAMMARDO NETO, Cláudio; GOMES, Celso Luiz de Carvalho e Castro. *Comunicação integrada de marketing: a teoria na prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011.





## UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO FEMINICÍDIO

*Anne Francis Aguiar Soares<sup>1</sup>*

*Laura Mendes Matos<sup>2</sup>*

### RESUMO

Com este trabalho, pretende-se formular um olhar sobre o fenômeno do feminicídio a partir das análises dos tipos de violências sofridas por mulheres, entendendo o patriarcado social que perfaz a história, fazendo também um comparativo com Lei Maria da Penha, tendo como motivação inicial o debate jurídico sobre de legislação específica do feminicídio e sua efetividade na reversão de seus casos alarmantes.

**Palavras-chave:** feminicídio, violência de gênero, mulher, tipificação.

### ABSTRACT

With this work, we intend to formulate a look at the phenomenon of femicide based on the analyzes of the types of violence suffered by women, understanding the social patriarchy that makes history, also comparing with Maria da Penha Law, having as initial motivation The legal debate on specific femicide legislation and its effectiveness in reversing their alarming cases.

**Keywords:** femicide, gender violence, woman, typification.

## 1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher recebe a denominação de fenômeno universal. E está presente em todas as classes sociais, e na totalidade das etnias, religiões e culturas. Assim, fácil é explicar que tem centro na problemática social da história da civilização, ligando fatores que se correlacionam, com vínculo da sua origem no próprio sistema familiar patriarcal, normalmente

entendido como tendo o homem, a espécie masculina, como centro do poder sobre as mulheres e filhos. Muitas vezes, esse poder é exercido com base na violência, na submissão e na redução dos direitos das mulheres.

A violência contra as mulheres não traz diferenças de regiões, educação, cultura e de tempo, já que estudos apontam a dominação masculina em tempos bastantes defasados, sendo que esta dominação sempre foi exercida por meio de agressões e outras formas físicas de submissão.

O machismo mascarado da sociedade brasileira revela-se diante do índice altíssimo de todas as formas de violências. E se apresenta de forma plural, significando que não apenas agressão física é considerada violência contra mulher.

O Brasil, ao promulgar a Lei 13.104, em 2015, passou a integrar o rol de países da América Latina que tipificaram o crime de feminicídio, punindo assim, de forma mais severa, aqueles que cometerem homicídio em razão de condição de ser mulher.

O feminicídio, hoje tipificado no Código Penal pela redação dada aos parágrafos do art. 121 pela Lei 13.104, é o foco deste estudo, entendendo as mudanças advindas desta Lei não apenas no âmbito jurídico, mas na sociedade como um todo. O objetivo aqui não foi exaurir todas as variantes do tipo penal e tampouco fadigar todos os assuntos sobre o feminicídio no país, mas buscar propagar a discussão sobre o tema.

## 2 MULHER E VIOLÊNCIA

A violência contra a mulher possui números alarmantes no Brasil. Conforme demonstrado por Waiselfisz (2015), no estudo chamado “Mapa da Violência”, com objetivo de analisar a situação e evolução dos assassinatos femininos diante da então recente aprovação da Lei do Feminicídio, o

<sup>1</sup> Aluna do Nono Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

<sup>2</sup> Aluna do Nono Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Brasil ocupa o 5.º lugar em um ranking de 84 países onde mais ocorrem homicídios femininos.

A cultura milenar da supremacia masculina sempre trouxe condições de poder e comando sobre a mulher. Em uma análise histórica, é perceptível contatar-se isso. A história mostra que na Grécia antiga, a figura da mulher equivaleria a de um escravo; na Roma antiga, o homem exercia o pleno poder, não somente sobre a mulher, mas também sobre os filhos, servos e escravos. A sociedade teve como fundamento e formação o patriarcado.

Costa (2008, folhas 2) explica ser o patriarcado

Uma organização sexual hierárquica da sociedade tão necessária ao domínio político. Alimenta-se do domínio masculino na estrutura familiar e na lógica organizacional das instituições políticas, construídas a partir de um modelo masculino de dominação.

O homem, como sexo masculino, tinha o dever de conduzir a vida e o comportamento da mulher, que devia aceitar as diretrizes impostas por aquele. No próprio ordenamento jurídico até pouco tempo consagrava o poder patriarcal.

Por exemplo, dispunha o Código Civil de 1916 – que teve vigor até 2003 – sobre a incapacidade de mulheres casada, enquanto subsistir a sociedade conjugal, para certos atos da vida civil, e definia que o domicílio da mulher também era subordinado ao de seu companheiro. E, por fim, elencava que o homem era o chefe da sociedade conjugal.

Com isso, ao longo dos tempos, por cultura ou por definição legal, foi se propagando a desigualdade entre mulheres e homens. E a violência sobre essa acontecia recorrentemente, em escaladas alarmantes, exatamente pela forma como a sociedade se forjou.

É preciso entender que existem diversos tipos de violência contra mulher, são elas: física, sexual, psicológico, intrafamiliar, doméstica, econômica, institucional, de gênero, e moral.

Conforme dito por Pereira e Pereira (2011, folhas 23):

A violência contra a mulher pode ser definida como qualquer conduta – ação ou omissão – de discriminação, agressão ou coerção, ocasionada pelo simples fato de a vítima ser mulher e que cause danos, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social,

político ou econômico ou perda patrimonial. Essa violência pode acontecer tanto em espaços públicos como domésticos.

Estas formas de violência não se produzem isoladamente, mas fazem parte de uma sequência crescente de episódios, normalmente num compasso com a dependência econômica da vítima em relação ao agressor, ou por medo de represálias. E, em alguns casos, as violências são agravadas até chegarem seu ápice dessas, ou seja, a morte.

Waiselfisz (2015), explica as formas de violências exercidas contra a mulher. Define – transcrevendo o conteúdo do art. 1.º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a violência de gênero como qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. Por seu lado, a violência intrafamiliar, seria toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família.

A violência de gênero é externalizada por meio da agressão física, é uma violência que em inúmeras situações começa no âmbito psicológico e avança com o decorrer do tempo. Dessa forma até que se chegue à consumação do crime de feminicídio a mulher já havia passado por várias formas de agressão, sendo elas agressões morais, mentais, as físicas propriamente ditas evoluindo de tal modo que atinge as tentativas do crime de feminicídio e infelizmente até sua consumação.

Já a doméstica se distingue da violência intrafamiliar por incluir outros membros do grupo, sem função parental, que convivam no espaço doméstico.

Para Ximenes (2015) a violência física ocorre quando uma pessoa, que está em condição de poder em relação a outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma. Já a violência sexual trataria de uma variedade de atos ou tentativas de relação sexual sob coação ou fisicamente forçada, no casamento ou em outros relacionamentos.

Na sequência das definições, a violência psicológica, segundo Ximenes (2015), pauta-se na ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. A econômica, estaria em atos destrutivos ou omissões do agressor que afetam a saúde emocional e a sobrevivência dos membros da família. A violência moral, ele define como a ação

destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação. Por fim, a violência institucional abrange abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições.

Cavalcanti (2006) ressalta que a violência de gênero é a mais perversa manifestação das relações de poder e de desigualdade entre os sexos. Essas diversas formas de agressão têm, igualmente, sua gênese no cenário cultural histórico em que prevalece a discriminação e a subordinação das mulheres.

Monteiro e Souza (2007, p. 16) concluem que

A compreensão vaga e mediana revela um aprisionamento e um encobrimento em si mesmo. São mulheres que, de certa forma, deixam-se aprisionar. Este aprisionamento se faz no espaço do convívio social e são relatados através de situações onde passam a não ter relações de contato, seja com familiares ou amigos, isolando-se de tudo e todos, referindo perda do interesse social e da convivência com os outros. O espaço, além delas mesmas, reside no espaço do lar, da casa, dos filhos, do marido, da violência. A indiferença com que essas mulheres são tratadas em casa contribui para que elas permaneçam na obscuridade. Além disso, existe outra forma de aprisionamento, que é aquele manifestado pela humilhação e vergonha que as mulheres sentem delas próprias por estarem se entregando à vivência de violência. O aprisionamento, tão profundamente arraigado, encobre em si mesmo sentimento de negação, de submissão, de causa e de ocultamento, que reflete em uma autoestima fragilizada.

Mesmo com a luta feminina na tentativa de combater todas as formas de preconceitos de gêneros, e pela busca de refazer seu estabelecimento social, cultural e econômico, fica claro que ainda não foram suficientes para reduzir os números catastróficos de feminicídios no país.

### **3 FEMINICÍDIO E A SOCIEDADE BRASILEIRA**

Culturalmente o Brasil é um país machista, o que justifica o fato de a mulher ter uma participação na vida pública ainda recente. Os direitos das mulheres ainda são camuflados, justamente por estar o Poder Judiciário brasileiro ainda imbuído do pensamento machista e

conservador, que avança a passos lentos diante de tantas manifestações realizadas pelos movimentos feministas, que buscam a emancipação definitiva da mulher nas diversas esferas de poder.

Mas, a sociedade brasileira é um reflexo do que acontece em diversas partes do mundo. E essa violência doméstica vivenciada por inúmeras mulheres em todo o mundo, também denominada de violência de gênero, ganhou uma dimensão jamais imaginada, haja vista que os espaços sociais e culturais foram tomados por manifestações em busca de proporcionar mais esclarecimentos para essas mulheres vítimas. E para prevenir aquelas que não sofrem este tipo de represaria.

De acordo com Tavares, Sandenberg e Gomes (2012), a violência doméstica se tornou um problema de ordem pública, já que a visibilidade que as manifestações acerca da violência tomaram, fez com que eclodissem vários movimentos feministas e de mulheres, em busca de uma solução e de punição para o agressor. Dessa forma, surgiu também a necessidade de implantação de políticas públicas voltadas para a proteção das mulheres vítimas da violência doméstica e voltadas também para a punição do agressor. O Estado elaborou projetos e instituiu secretarias específicas para o atendimento a essas mulheres, bem como implantou Juizados Especiais Criminais regionais e as Delegacias da Mulher.

Bourdieu (2010, p. 7-8, no preâmbulo), coloca o depoimento de uma entrevistada, assim descrita:

Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento.

O que se lê é a denominada, pelo autor, de dominação masculina. Pode-se empregar o termo “machismo” em substituição à expressão.

O local da publicação ou das pesquisas do autor não tem muita importância. O problema do machismo ainda é universal. O autor diz que tempo descrito na pesquisa é antigo, mas tem aplicação recente.

O trecho transcrito deixa evidente que a violência sofrida pela mulher estava embriagada por uma sociedade machista, em que a mulher era sinônimo de submissão, e que desde a antiguidade a mulher sofria abusos velados. Em muitas situações a própria mulher não se assumia como vítima, aceitando sua realidade.

A consumação da violência física, a evolução para um crime qualificado, despertou nas mulheres o sentimento de querer ser valorizada e ser respeitada, fazendo que, com o passar do tempo, grandes movimentos eclodissem e grandes vitórias fossem alcançadas, como é o caso da Lei Maria da Penha, no Brasil.

#### 4 FEMINICÍDIO À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

A violência contra a mulher é uma realidade que atinge mulheres de todas as idades: crianças, adolescentes, idosas. E em todo o mundo. Ainda que os direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira abarquem homens e mulheres, ou seja, de forma universal, e ainda que a mulher tenha conquistado e vem conquistando um espaço de visibilidade na sociedade, o gênero feminino ainda pertence a um grupo vulnerável na sociedade brasileira.

No âmbito jurídico, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 7-8-2006) significou um avanço no trato em relação à violência doméstica contra a mulher. E, mais recentemente, a Lei 13.104, de 9-3-2015, denominada Lei de Femicídio, tratou de apenar o crime de forma específica, seja em termos de violência de cunho moral, seja a violência social ou física. Em termos histórico, o Brasil foi o 16.º país latino-americano a criar a figura do feminicídio.

A Lei 11.340, de 7-8-2006, no artigo 11 aborda as medidas cautelares que devem ser asseguradas à mulher vítima de violência doméstica, assim:

**Art. 11.** No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

- I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro,

quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

A proteção à mulher vítima de violência vem expressa nesse artigo de modo que o mesmo disciplina como deve ser o trato para com a mulher vítima de violência doméstica. Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha teve sua origem por ter uma mulher de nome Maria da Penha como vítima de duas tentativas de homicídios, no ano de 1983, tendo como autor o seu marido. A história de Maria da Penha serviu e serve de motivação para que as mulheres sintam-se encorajadas a prestar a queixa na Delegacia de Mulheres.

A Lei Maria da Penha foi sancionada e entrou em vigor em 22 de setembro de 2006. Compõe-se de 46 artigos que disciplinam acerca do que é a violência doméstica, além de apresentar mecanismos que coíbem e previnem a ocorrência da violência doméstica e familiar e alterar legislações vigentes como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Em todas as alterações, há tipificação do crime cometido no âmbito doméstico como credor de atenção especial não somente em relação às penas, quanto à sua aplicação e a maneira de proteger a vítima e de apenar o agressor.

O artigo 2.º da Lei 11.340 elenca que é assegurado à mulher todos os direitos destinados à pessoa humana, devendo as suas saúdes física, moral e mental ser preservadas, a fim de evitar e prevenir qualquer tipo de violência.

Deste modo, a Lei busca preservar o convívio da mulher no âmbito de seu lar, seja com seu marido, pais, irmãos. O que conta de forma positiva para que o crime de feminicídio seja evitado, haja visto que este crime decorre da violência doméstica vivida pela mulher, que em sua maioria, é praticado pelo seu parceiro íntimo e no ambiente conjugal.

#### 5 FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já dito, os números de homicídios contra mulheres no Brasil são alarmantes, e na tentativa de contornar essa situação no ano de 2015, foi sancionada a Lei 13.104, pretendendo

proporcionar as mulheres mais representatividade, igualdade, visibilidade e segurança. A grande responsável por esse avanço foi a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência a Mulher que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, resultando na recomendação para criação desta Lei.

A respeito disso definiu essa comissão (BRASIL, SENADO, 2013):

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Comporta, aqui, uma imprescindível discussão quanto ao fato da diferença entre femicídio e feminicídio, que são comumente termos usados como sinônimos para homicídios de mulheres ocasionadas em razão do seu gênero.

Usualmente, o termo femicídio é utilizada de maneira genérica para atribuir a tipologia penal dos crimes contra a vida abrangendo vítimas mulheres, independentemente de quaisquer motivações pela questão de gênero. É o homicídio propriamente dito, como definido no art. 121, *caput*, do Código Penal como “matar alguém”. Este “alguém”, sendo uma mulher é, a princípio, um femicídio. A origem da palavra justifica, porque “femi” vem do grego “phemi”, significando feminina, mulher, fêmea; e o sufixo “cida” ou “cid”, de origem latina, que se traduz, mais facilmente, por “aquele que mata”.

Por seu lado, feminicídio conduz um nexo entre a morte consumada e a condição de gênero, sendo assim morre-se por ser mulher. Quando o homicídio ocorre contra uma mulher por ela ser mulher é que há a tipificação do feminicídio. Em termos de tipificação penal, é a inovação descrita no inciso VI do art. 121, que descreve o feminicídio como o crime “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:”.

Contudo, para algumas doutrinas existem uma confusão terminológica entre tais expressões, haja vista ambas definiriam o mesmo significado, e seria sua distinção seria estritamente política.

## 5.1 Homicídio Qualificado

No dizer de Capez (2012), homicídio qualificado é causa especial de majoração da pena. Sucedeu-se então, a alteração do artigo 121 do Código Penal, passando a prever o Feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Aqui não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), mas a uma questão de gênero (atinentes à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha).

O artigo 121 do Código Penal recebeu o acréscimo do § 2.º-A, pela Lei 13.104, de 2015. Este parágrafo traz definições quanto ao inciso VI do *caput* do artigo, que fala ser o feminicídio o crime cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. As explicações, agora inseridas no Código Penal, são de que

§ 2.º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

- I - violência doméstica e familiar;
- II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O crime de homicídio prevê pena de seis a vinte anos de reclusão. No entanto, quando for caracterizado feminicídio, a punição parte de doze anos de reclusão. A pena deve ser aumentada de um terço até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto (§ 7.º, inciso I, do art. 121 do Código Penal).

Além de qualificado em si, o crime de feminicídio foi incluído do rol dos crimes hediondos. O art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072, de 25-7-1990, a lei dos crimes hediondos, teve redação dada pela Lei 13.104, de 2015, para incluir, dentre os homicídios qualificados, o feminicídio.

Por ser um crime hediondo, o regime inicial de cumprimento da pena do feminicídio é o fechado e somente pode haver progressão para um regime menos rigoroso quando for cumprido no mínimo 2/5 da pena, se o criminoso for primário, e de 3/5 se for reincidente.

## 5.2 Críticas e Adesões

Maria Lúcia Karam (*apud* YAROCHEWSKY, 2014) critica que a criação da Lei de Feminicídio, argumentando que novos tipos penais ou maior penosidade em relação a

violências praticadas contra a mulher em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de seus direitos, tampouco trazendo qualquer contribuição para que se avance na concretização da igualdade entre homens.

Em sentido oposto, Bandeira (2013), entende que “a tipificação penal do feminicídio deverá contribuir também para uma mudança nas dimensões simbólica e cultural, na medida em que confronta o Direito Penal androcêntrico, tributário da dominação masculina, com a garantia dos direitos humanos das mulheres.”.

Certo é que ainda há muito trabalho a ser realizado para mudança de paradigmas em relação ao crime de feminicídio e ao combate à violência institucional. Precisam-se de políticas sociais que melhorem as condições de vida das mulheres, conjugado com a alteração dos valores culturais e sociais, que de uma forma ou de outra “justificam” a violência contra as mulheres.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher é um problema decorrente principalmente da cultura na qual o Brasil se amoldou, e atualmente com todo o avanço social, com todas e variadas formas de manifestações essa violência deixou de ser um problema familiar e passou a ter uma proteção maior, do Estado e da sociedade.

O crime de feminicídio significa um avanço das formas de violência e, paradoxalmente, um retrocesso na forma social de viver. Contudo, o ordenamento jurídico vigente no Brasil vem buscando tutelar os direitos inerentes à mulher, de modo a coibir cada dia mais essa manifestação de crueldade. O feminicídio é um crime tipificado em lei que deve ter a penalidade máxima como meta para punir aqueles homens que venham a tentar ou consumir o crime.

Dessa forma, é possível concluir que apesar de todo o avanço social que mulher vivenciou ainda há muito que evoluir, para que este tipo de prática se extirpe por completo da sociedade brasileira e do mundo.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. *Femicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher*. 2013. Disponível em: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-](http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a)

[mulher-por-lourdes-bandeira/>](#). Acesso em: 17 abr. 2017.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução de Maria Helena Kühner. São Paulo: BestBolso, 2010. Título original: *La domination masculine*.

BRASIL. Decreto 1.973, de 1.º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 ago. 1996.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940, retificado no *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 1941.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes

hediondos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final. Brasília, julho de 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-mulheres>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. v. 4. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos essenciais. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

COSTA, Ana Alice. Gênero, poder e empoderamento das mulheres. 2008. Disponível em: <[http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2015/imagens/textos\\_pdf/Empoderamento.pdf](http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2015/imagens/textos_pdf/Empoderamento.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

GARCIA, Leila Posenato et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MONTEIRO, Claudete Ferreira de Souza; SOUZA, Ivis Emília de Oliveira. Vivência da violência conjugal: fatos do cotidiano. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-07072007000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072007000100003)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

PEREIRA, Malila Natascha da Costa; PEREIRA, Maria Zuleide da Costa. A violência

doméstica contra a mulher. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/rec/article/viewFile/10540/5827>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

SIMIONATO, Girlene Nascimento. Feminicídio: uma realidade brasileira. 2015. Disponível em: <[revista.ciesa.br](http://revista.ciesa.br)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SOUSA, Tânia Teixeira Laky de. Feminicídio: uma leitura a partir da perspectiva feminista. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0874-55602016000200003](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602016000200003)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

TAVARES, Márcia Santana; SARDENBERG, Cecília M. B.; GOMES, Márcia Queiroz de Carvalho. Feminismo, estado e políticas de enfrentamento à violência contra mulheres: monitorando a lei Maria da Penha. 2012. Disponível em: <<https://www.labrys.net.br/labrys20/brasil/lei%20MP.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Organização Mundial da Saúde / Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos / Flacso, 2015.

XIMENES, Marcos Augusto. Feminismo: uma nova tipificação penal no ordenamento brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40249/femicidio-uma-nova-tipificacao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Feminicídio é retrocesso na busca pela igualdade e no combate à discriminação. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-26/leonardo-yarochewsky-femicidio-retrocesso-busca-igualdade>>. Acesso em: 17 abr. 2017.





## TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: o impacto tributário sobre a reciclagem<sup>1</sup>

*Thaís Carolina Souza Guedes<sup>2</sup>*

### RESUMO

A preocupação com o meio ambiente e sua preservação é assunto que permeia o meio jurídico há vários anos. Dentre os instrumentos à disposição do Estado para a intervenção na economia visando à defesa ambiental, está o Direito Tributário, que para a questão ambiental, visando a sua preservação, há o tributo, que adquire duas feições: fiscal e extrafiscal. Contribuindo para tal preservação, estaria a atividade de reciclagem que merece estímulos enquanto fator de proteção do meio ambiente e de potencialidade econômica. Sobre o processo de reciclagem do lixo incidem uma série de tributos: o IPI, que é um imposto que incide sobre produtos industrializados e é de âmbito federal; o ICMS, que por sua vez, é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços, de âmbito estadual e distrital; e o ISS que é um imposto municipal que incide sobre serviços de qualquer natureza, que recairá sobre a reciclagem quando esta for prestada em caráter individualizado. Utilizando (**metodologia**) o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, este trabalho tem como **objetivo** analisar se a múltipla tributação que incide sobre o processo de reciclagem configura um entrave a preservação ambiental. Por derradeiro, **conclui-se** que a tributação ambiental é instrumento viável à preservação ambiental, inclusive incentivando a reciclagem ao permitir a desoneração de tributos que recaem não só sobre a atividade em si, mas sobre as indústrias ligadas à atividade

**Palavras-chave:** Tributação. Reciclagem. Preservação Ambiental.

### ABSTRACT

Concern about environment and its preservation is an issue that permeates the legal environment

for several years. Among the instruments of the state willing to intervention into the economy for environmental protection is the taxation law, which for the environmental issue, aimed at its preservation, have the tribute which acquires two features: fiscal and extrafiscal. Contributing to this preservation would be the activity of recycling, it deserves stimuli as environmental protection factor and economic potential. About waste recycling process concern a variety of taxes: IPI is a tax on manufactured products and is Federal level; ICMS, which in turn, is a tax on the circulation of commodities and services, state and district level;, and the ISS which is a tax on services of any kind, which will be on recycling when it is provided in individual character. Using (methodology) of the deductive method and literature, this study aims to analyze if the multiple taxation on the recycling process sets up a barrier to environmental preservation. For last, it is concluded that environmental taxation is feasible instrument environmental preservation, inclusive encouraging the recycling by allowing the exemption of taxes that fall not only on the activity itself, but on the industries linked to activity.

**Keywords:** Taxation. Recycling. Environment Preservation

### 1 INTRODUÇÃO

Embora defendido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), em seu artigo 225, o meio ambiente não vem sendo preservado como o deveria ser. Em vez disso, percebe-se sua intensa degradação e um uso descontrolado dos recursos naturais, visando apenas ao crescimento econômico com base em formas de produção que sejam mais viáveis economicamente, sem a preocupação de que os

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido com o apoio do Programa Especial de Tutoria (PET) da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

<sup>2</sup> Acadêmica do 5.º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

recursos naturais são limitados, e de que as gerações futuras também necessitarão deles.

Diante desse quadro, percebe-se que o problema da preservação ambiental necessita de uma atenção especial. É necessário então, instituir ações que tragam uma solução para a degradação ambiental, como o favorecimento do desenvolvimento econômico sustentável, que possui como uma de suas formas de alcance, a reciclagem. Relevante pontuar que esta atividade não traz apenas benefícios ambientais, mas também sociais, culturais e econômicos, uma vez que proporciona a substituição de matéria-prima virgem por matérias recicláveis, favorece a inclusão social e ainda aquece a economia com a comercialização de produtos oriundos da atividade recicladora.

Entretanto, para que esta atividade seja de fato efetiva e favoreça o desenvolvimento sustentável, é preciso que o Poder Público institua medidas que a favoreçam e facilitem, como, por exemplo, o uso da tributação ambiental em favor da reciclagem.

Utilizando de método dedutivo e pesquisas bibliográficas, objetiva-se, então, o presente trabalho, analisar se é viável a redução dos tributos sobre a reciclagem sob a perspectiva ambiental, observando, ainda, a sua importância tanto para a efetivação de direitos difusos, isto é, garantir o direito a um meio ambiente saudável tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. E de que forma a múltipla tributação interfere na atividade recicladora, que, reiterando, representa um importante mecanismo para se alcançar o desenvolvimento sustentável.

## 2 DO MEIO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente e sua preservação é um assunto presente no meio jurídico brasileiro há muitos anos, passando a tomar feições, principalmente, a partir da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, em 1972. Contudo, foi com a Constituição Federal de 1988 que o meio ambiente passou a integrar o meio jurídico de fato, como um direito social fundamental ao ser humano.

No *caput* do art. 225, a Constituição declara que “Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras

gerações”. Sendo assim, o direito ao meio ambiente equilibrado é de fundamental importância para garantir outros direitos dos seres humanos, uma vez que é da natureza que se extrai os recursos essenciais à vida, e que estes recursos são limitados, cabendo tanto ao Poder Público quanto a população conservá-los. De acordo com as lições de Fernandes,

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição fundamental para a manutenção da vida em nosso planeta, e, não obstante seja definido constitucionalmente como direito da ordem social, é também um direito difuso por excelência – já que ainda um direito pertencente não apenas às gerações do presente, como ainda das gerações futuras (FERNANDES, 2014, p. 602).

Desta forma, embora não presente no rol dos direitos fundamentais pode-se considerar o direito ao meio ambiente também como tal, sendo importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já o reconheceu como um direito de terceiro grau, ou seja, um direito que abrange a todos sem distinção, inclusive aos das futuras gerações.

A Constituição Federal de 1988 também traz no inciso VI do art. 170 que é preciso defender o meio ambiente no que tange aos processos de elaboração de produtos e em prestações de serviços, procurando o menor impacto ambiental possível. Assim, de acordo com Maganhini (2010), a Constituição Federal buscou assegurar um desenvolvimento econômico saudável, procurando um equilíbrio entre este e o meio ambiente.

Buscar este equilíbrio, portanto, é algo complexo e de suma importância, uma vez que os recursos naturais presentes no planeta, como já dito, são limitados; e as necessidades humanas, não. O que faz criar, assim, uma colisão entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento sustentável do meio ambiente, o que acaba tornando o alcance deste equilíbrio um grande desafio para a sociedade, e, principalmente, para o Estado.

Tendo isso em vista, o Direito Ambiental lança mão de diversos princípios que visam garantir o direito ao meio ambiente, conforme estipulado no art. 225 da Constituição. Dentre eles serão analisados com mais detalhes neste trabalho: o princípio do Desenvolvimento Sustentável; da Prevenção e Prevenção; do Poluidor-pagador e do Retrocesso Ecológico.

## 2.1 Dos Princípios Ambientais

O princípio do Desenvolvimento Sustentável é considerado um dos mais importantes uma vez que ele significa aquilo a que tanto se pretende alcançar, o desenvolvimento sustentável.

Como já citado, foi a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972, que o meio ambiente passou a ser um assunto discutido e de grande importância, pois se passou a se questionar a respeito dos problemas ambientais, e foi a partir desta Conferência que surgiu a ideia do desenvolvimento sustentável, como assevera Thomé (2014, p. 58):

A ideia de desenvolvimento socioeconômico em harmonia com a preservação ambiental emergiu da Conferência de Estocolmo, em 1972, marco histórico da discussão dos problemas ambientais. Designado à época como “abordagem de ecodesenvolvimento” e posteriormente renomeado de “desenvolvimento sustentável [...]”.

Ainda segundo Thomé (2014), o princípio do desenvolvimento só existe quando coexistem harmonicamente e de forma simultânea o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social. Este princípio, portanto, possui como objetivo garantir que as gerações presentes satisfaçam suas necessidades sem comprometer a capacidade das gerações futuras de também satisfazerem as suas. Ou seja, é preciso que se tenha crescimento econômico, visando à equidade social, mas em observância à preservação ambiental, buscando, assim, um equilíbrio entre estas três vertentes.

Neste mesmo sentido, Fiorillo (2014, p. 25) apresenta como conteúdo do referido princípio “a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente [...]”, visando justamente o que vem disposto no supracitado artigo 225 da CF.

No que tange aos princípios da Prevenção e da Precaução, tem-se que eles também podem ser considerados como um dos mais importantes do Direito Ambiental, já que ambos pregam a necessidade de se evitar o dano em vez de esperar que ele aconteça para, somente depois, repará-lo. Especialmente porque muitos dos danos causados ao meio ambiente são muito graves ou irreversíveis.

Pelo Princípio da Prevenção, entende-se que já se tenha conhecimento do dano a que se pretende prevenir. Então, baseia-se na certeza científica. Já se tem base de qual consequência determinado ato causará, do impacto ambiental que será autor. “Ao se conhecer os impactos sobre o meio ambiente, impõe-se a adoção de todas as medidas hábeis a minimizar ou eliminar os efeitos negativos de uma atividade sobre o ecossistema” (THOMÉ, 2014, p. 66).

Desta forma, cabe ao Estado instituir formas de identificar estes impactos e estabelecer meios que visem evitá-los. Nesta seara, Maria de Souza Aragão *apud* Torres (2005) cita exemplos de instrumentos que são utilizados na ação preventiva, como a avaliação do impacto causado por determinados projetos sobre o ambiente; a definição de condições de exploração que sejam necessárias para instalação de indústrias, entre outros. E, de acordo com os pensamentos de Torres (2005), já em uma vertente tributária ambiental, este princípio possui fundamental importância, podendo ensejar inclusive taxas ambientais, tendo por base o poder de polícia exercido pelo Estado. Entretanto, não se pode ter certeza científica de todos os danos que o meio ambiente pode vir a sofrer. Sendo assim, usa-se o Princípio da precaução.

O Princípio da Precaução, por sua vez, tem como fulcro evitar que se use da falta de certeza científica para a não instituição de medidas contra a degradação ambiental. Este princípio passou a ser de suma importância a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e desenvolvimento, também conhecida como Rio 92, podendo ser encontrado como o princípio de número 15 da Declaração do Rio 92, que diz que “Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução de acordo com suas capacidades.”. Destarte, esse princípio se funda justamente na impossibilidade que tem a ciência de trazer certeza ao campo do Direito.

É importante destacar que este princípio comporta limitação no que tange ao desenvolvimento econômico. Segundo Thomé (2014), a aplicação deste princípio deve se limitar aos casos de riscos graves ou irreversíveis de degradação ambiental, e não aos de qualquer natureza, uma vez que, se o Princípio da Precaução se estendesse a todos os casos, o desenvolvimento científico e econômico seria inviabilizado.

No que se refere ao Princípio do Poluidor-Pagador, este prega que aquele que poluir, uma

vez identificado, tem que arcar com a responsabilidade de reparar e prevenir os danos causados. Assevera Thomé (2005, p. 27), que,

O princípio do poluidor-pagador sinaliza no sentido de que os potenciais poluidores devem arcar com a responsabilidade pelo pagamento das despesas estatais relacionadas com a precaução e prevenção dos riscos ambientais. [...] Está ligado à ideia de internalização de eventuais prejuízos ambientais.

Desta forma, os efeitos externos negativos da produção que atingem bens livres, como a fuligem de determinada siderúrgica que polui o ar, que pode vir a trazer diversos problemas de saúde em decorrência desta poluição, devem ser internalizados pela siderúrgica, a qual deve adotar medidas para evitar a poluição do ar, como o uso de filtros antipoluentes, por exemplo. E também arcar com os custos da reparação do dano causado a população e ao meio ambiente.

Um exemplo mais concreto deste princípio pode ser encontrado na Constituição Federal de 1988 nos §§ 2.º e 3.º do artigo 225, onde diz que, respectivamente, “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”, e “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”. Através deste exemplo é possível perceber as duas faces presentes no princípio do Poluidor-Pagador. Primeiro tem-se a face da reparação do dano causado, como assevera Thomé (2014, p. 72): “[...] o princípio em tela traz uma exigência dirigida ao poluidor para que assuma todas as consequências derivadas do dano ambiental.”. Em segundo lugar tem-se este princípio como preventivo, que, ainda segundo o referido autor, “[...] o princípio passa a ter uma finalidade dissuasiva, e não tanto retributiva, tendo em vista que a obrigação de pagar pelo dano atua, ou deveria atuar, como incentivo negativo face a todos aqueles que pretendem praticar uma conduta lesiva ao meio ambiente.” (2014, p. 72). Sendo assim, o princípio do Poluidor-Pagador possui uma importantíssima função no que tange a preservação ambiental e ainda possibilitando o desenvolvimento econômico.

E, por fim, é importante comentar a respeito do Princípio do Retrocesso Ecológico, também de grande importância ao Direito Ambiental, mesmo sendo pouco comentado entre os doutrinadores, pois ele visa manter as conquistas em favor da preservação ambiental, tentando evitar que uma lei que traz algum benefício à preservação ambiental seja revogada sem que a outra lei também traga uma garantia similar a anterior. Segundo os ensinamentos de Thomé (2014) este princípio tem por escopo evitar que medidas legislativas e executivas ajam em retrocessos ao Direito Ambiental, fazendo com que elas apresentem um “efeito catraca”, ou seja, todas as novas medidas tomadas em relação à preservação precisam avançar progressivamente. E ainda de acordo com o referido autor, essa proibição de retrocesso diz respeito à garantia dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador.

Em suma, não só este princípio, mas também os outros citados no presente artigo são essenciais para a garantia da preservação ambiental, e também de um desenvolvimento econômico que seja sustentável. Contudo, apenas esses princípios não são suficientes para se alcançar tal feito. É preciso que o Estado use de outras ferramentas. E uma ferramenta que possui grande potencial para garantir a preservação ambiental, por isso extremamente importante, é o Direito Tributário, mais especificamente, a forma de tributar do Estado.

### **3 O TRIBUTO COMO INSTRUMENTO DE CONDUTAS AMBIENTALMENTE CORRETAS**

Os tributos e a forma de tributar do Estado são de fundamental importância para o país, uma vez que estes constituem a forma mais eficaz de intervir na economia. Através da tributação, o Estado pode aquecer a economia, impulsionar o consumo. Ou o inverso. Pode estimular algum setor produtivo, mas também o desestimular. Neste sentido, Machado (2014, p. 69) diz que o “tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia.”. Não acontece de forma diferente com a preservação ambiental: os tributos constituem um potente mecanismo tanto para o incentivo quanto para o desincentivo de práticas de preservação ambiental.

Muitos autores consideram os tributos como um importante instrumento à disposição do Estado no tocante à preservação ambiental, uma vez que os tributos têm o seu emprego em quase todas as fases do ciclo econômico. No entanto, antes de adentrar nas funções mais específicas dos tributos é preciso defini-los.

Conforme o art. 3.º do Código Tributário Nacional (CTN) “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”. Ou seja, tributo é uma obrigação de apresentar dinheiro para o Estado de forma não voluntária, diferindo-se de multa, instituída por lei de forma vinculada, em documento escrito.

Como espécie dos tributos, tem-se o imposto, que, por sua vez, conforme o art. 16 do CNT, “é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”. Vale destacar a não vinculação do pagamento de impostos a uma contraprestação estatal, neste sentido assevera Machado (2014, p. 303) que, no que tange aos impostos, esta “situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária não se vincula a qualquer atividade específica do Estado relativa ao contribuinte.”. O imposto, então, constitui-se como um tributo não vinculado a nenhuma contraprestação por parte do Estado. Este cobra apenas com a finalidade de abastecimento dos cofres públicos. Os tributos ainda podem ter um caráter fiscal, extrafiscal e parafiscal. Entretanto, para a questão da preservação ambiental é interessante analisar os tributos apenas com a função fiscal e, principalmente, a extrafiscal.

A função fiscal é aquela em que o Estado tem um intuito estritamente arrecadatório, para manter os cofres públicos, sem a obrigação de investir em ações sociais, ou no caso do estudo em questão, sem a obrigação de investir em preservação ambiental. E tendo em vista que no Brasil, grande parte dos tributos possui função fiscal, pode não ser muito interessante usá-la em como forma de preservação ambiental.

Já a função extrafiscal é aquela que possui caráter regulador, por isso com grande potencial para a intervenção na economia visando à preservação ambiental e, conseqüentemente, o desenvolvimento sustentável. Assim,

[...] tributação *extrafiscal* é aquela dirigida a *fins* outros que não a captação de dinheiro para o Erário, tais como a redistribuição da renda e terra, a defesa da indústria nacional, a *orientação dos investimentos para setores produtivos ou mais adequados ao interesse público*, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial, etc. Como instrumento indeclinável de atuação estatal, o Direito Tributário pode e deve, através da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes econômicos, de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular as nocivas ao Bem Comum (DOMINGUES, 2007, p. 47).

Portanto, a função extrafiscal visa incentivar (desoneração) ou desestimular (oneração) práticas ambientais através das onerações ou desonerações tributárias, cabendo ao Estado o dever de utilizá-la para esses fins.

A função extrafiscal por oneração, nos casos que visem à preservação ambiental, tende a não ser muito vantajosa, uma vez que grande parte dos impostos cobrados no Brasil são indiretos. Sendo assim, mesmo que o Estado onerasse a produção de produtos mais poluentes, quem arcaria com o custo seria o consumidor final. Como se vê,

A extrafiscalidade por oneração, ao menos no que tange à tributação indireta, tende a ser inútil. Não nos parece que a incidência do IPI ou ICMS possa ter algum efeito indutor de comportamento. Tais tributos, pelo mecanismo técnico da não-cumulatividade, são repassados, sucessivamente, ao elo seguinte da cadeia de circulação econômica, até chegar ao consumidor final. É este último (e não o empresário) que os suportará (AMARAL, 2014, p. 20)

O referido autor ainda acrescenta que a função extrafiscal por oneração tende a funcionar somente em países que possuem concorrência de mercado, como o Brasil, onde são comuns mercados monopolizados e oligopolizados. Esses mercados acabariam por adotar a conduta que se pretende inibir, o que seria desastroso.

Por seu giro, a função extrafiscal por desoneração é muito mais interessante para a preservação ambiental e desenvolvimento sustentável, uma vez que reduzir os custos de uma produção se torna muito mais interessante ao empresário, tendo em vista que este vê os tributos como sinônimo de custo para a produção. E, conseqüentemente, também se torna interessante

para o consumidor final, que arcará de fato com os custos das excessivas incidências tributárias. Assim, se a produção sai mais barata, o produto final também sairá.

Diante dos estudos feitos até agora, deduz-se que para se garantir uma preservação ambiental e um desenvolvimento sustentável é imprescindível que se faça uso da tributação ambiental, que seria o uso dos tributos em favor das questões ambientais. Trata-se da função reguladora do Estado em face de medidas que visem à preservação do meio ambiente e garanta o direito, às presentes e futuras gerações, de um meio ambiente saudável e equilibrado. Fato que garante, conseqüentemente, tantos outros direitos fundamentais do ser humano. E dentre estas medidas, tem-se a atividade recicladora, que é objeto de estudo deste trabalho.

#### 4 INCENTIVOS FISCAIS E O PROCESSO DA RECICLAGEM

É considerável a quantidade de lixo produzida diariamente no Brasil, sendo esse, na maioria das vezes, proveniente de materiais que foram retirados da natureza, ou seja, dos limitados recursos naturais. Leciona, então, Thomé (2014, p. 37) que “Um dos maiores problemas do desenvolvimento econômico mundial é o destino dos dejetos e resíduos sólidos, líquidos e gasosos provenientes da produção industrial e do consumo em grande escala dos bens produzidos.”. De um lado, tem-se a produção industrial cada vez mais aquecida; e do outro, o consumismo, cada vez mais incentivado na sociedade. Deste modo, percebe-se a divergência entre o uso de recursos naturais que, por sua vez, são limitados, e da necessidade de consumir das pessoas, que é ilimitada. Em outras palavras, existe um conflito entre o desenvolvimento sustentável e o desenvolvimento econômico, conflito esse que pode ser equilibrado, como já citado, através da tributação ambiental que incentiva práticas de preservação ambiental, como a reciclagem.

A reciclagem possibilita a transformação de materiais e resíduos usados como ingredientes essenciais para a produção de outros produtos, assim viabilizando a substituição de matérias-primas virgens por matérias recicláveis. Diz-se,

A reciclagem é um mecanismo fundamental para o alcance do desenvolvimento sustentável, esse fundando em três pilares

básicos – relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica, remetendo-se ao conceito de gestão durável dos recursos ambientais no espaço e no tempo. Nesse contexto, a reciclagem pode ser analisada como parte da solução dos problemas da poluição e degradação ambientais, e do exaurimento dos recursos naturais disponíveis, já que esses são finitos. (CANELOI, 2011, f. 9)

Isto posto, a relevância social é de suma importância, uma vez que a reciclagem possibilita a inclusão social de classes menos favorecidas, pois essa atividade traz a possibilidade de trabalho a muitas pessoas desempregadas; prudência ecológica, pois, como já citado, é uma atividade em favor do meio ambiente; e viabilidade econômica, já que é uma atividade que possui capacidade de gerar renda.

Outro ponto de fundamental importância da reciclagem é de que se vive, atualmente, na “civilização do desperdício”, em que o consumismo é intenso e a vida útil dos produtos é curtíssima. Em outros termos, os produtos destinados ao consumo possuem uma obsolescência programada, o que significa que ao serem produzidos, já são programados a terem uma curta vida útil, justamente para aumentar o consumo, o que traz a preocupação de qual destino tomará esses produtos que não servem mais para o uso, visto que a maioria destes levam um longo tempo para se decompor.

De acordo com a seguinte sustentação,

O que mais preocupa é que os produtos industriais necessitam de um longo tempo para se decompor: o papel, cerca de três meses; o filtro de cigarro, de um a dois anos; as gomas de mascar, cinco anos; a madeira pintada, quatorze anos; o náilon, trinta anos; as latas de alumínio, de duzentos a quinhentos anos; o plástico, cerca de quatrocentos anos; as fraldas descartáveis, aproximadamente seiscentos anos; o vidro, por volta de quatro mil anos; e a borracha por tempo ainda indeterminado (THOMÉ, 2014, p. 37).

À vista disso, a reciclagem é a solução para um destino viável para esses produtos que, se não forem reciclados, serão apenas lixo. Entretanto, esta atividade encontra desafios, como por exemplo, a competitividade dos produtos oriundos desta com aqueles oriundos da matéria-prima virgem. Estes tendem a ser bem mais baratos e de melhor qualidade que aqueles. Isso porque, ao

passar pelo processo de reciclagem, esses produtos são submetidos novamente a taxa de impostos, sofrendo uma bitributação, o que acaba onerando a produção, tendo em vista também, que o processo de reciclagem não é simples e exige várias etapas, que segundo Caneloi (2011), são coleta seletiva, transporte, triagem e limpeza a depender do tipo de reciclagem.

Em relação aos impostos que o processo de reciclagem sofre incidência, tratar-se-á com mais detalhes o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), e de qual forma esses impostos interferem neste processo.

O IPI é um imposto que incide sobre produtos industrializados. Conforme fixação do art. 153, § 3.º, I e II da Constituição da República de 1988, ele será seletivo, em função da essencialidade do produto e não será cumulativo. Além de ser um imposto de âmbito federal, ou seja, cabe à União a função de determinar a alíquota do IPI de qualquer produto industrializado.

São duas as principais hipóteses de ocorrência do fato gerador do IPI. Uma delas é a importação, consistindo no desembaraço aduaneiro de produtos de procedência estrangeira. A outra é operação interna, com a saída de produto de estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial. Pode-se dizer, então, que o fato gerador do IPI é a destinação do produto ao comércio ou ao consumo direto, como afirma José Soares Melo, *apud* por Caneloi (2011, f. 65), nos seguintes termos:

No IPI, a obrigação tributária decorre da realização de “operações no sentido jurídico (ato de transmissão de propriedades ou posse de bem), de um bem anteriormente elaborado (esforço humano que consistiu na sua transformação ou criação de uma nova utilidade). A obrigação consiste num “dar o produto industrializado”, pelo próprio realizador da operação jurídica. Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente na entrega desse bem, consiste em seu esforço pessoal, sua obrigação principal consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, não por encomenda específica do adquirente.

Assim, a reciclagem que visa à comercialização de seu produto final, deverá sofrer incidência do IPI. Essa incidência não favorece a

reciclagem. Em vez disso, onera os custos de produção e faz com que o produto final chegue ao mercado com um preço elevado. A título de exemplificação, pode-se comparar o preço de um caderno oriundo de reciclagem com o preço de outro oriundo de matéria-prima virgem; aquele tende a ser mais caro que este, deduzindo-se, assim, que o consumidor provavelmente optará pelo caderno composto por matéria-prima virgem.

O ideal seria que o Poder Público aprovasse benefícios fiscais, diminuindo ou até mesmo isentando a taxa deste imposto sobre os produtos recicláveis, levando em consideração que no art. 153, § 3.º, I, CF/88. Consta de tal dispositivo constitucional que o IPI “será seletivo, em função da essencialidade do produto”, ou seja, devido à grande essencialidade da reciclagem na sociedade, já que, reiterando, ela torna possível o desenvolvimento sustentável, social e econômico, a incidência do IPI deveria ser a mínima possível. Acrescenta-se a esse argumento a lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2014), para quem este princípio da seletividade observa, para início do tema, o consumidor final. Assim, tendo por base os princípios elencados na CF/88, o Estado pode entender que incentivar a reciclagem traz inúmeros benefícios à população, e não descumprir as regras constitucionais. Para completar a discussão, lembra-se que, com a redução da incidência deste imposto, segundo Caneloi (2011), o preço do produto quando chegar ao mercado consumidor será mais reduzido, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, a comercialidade dos produtos reciclados ou que contenham em sua composição material reciclável ou reciclado. Fato que favorecerá, assim, este setor.

Quanto ao ICMS, é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços e está disposto no art. 155, II, da CF/88, dizendo que é de competência do Estado-membro e do Distrito Federal instituírem impostos sobre operações relacionadas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação.

Apesar de os materiais recicláveis serem oriundos de resíduos resultantes de atividades humanas como as domésticas e industriais, como também pensa Caneloi (2011), esses materiais possuem potencial econômico, já que é possível sua reutilização como matéria-prima secundária em determinados processos produtivos. Assim, os materiais recicláveis também recebem tratamento de mercadoria, incidindo sobre eles o ICMS.

O ICMS, por sua vez, possui como fato gerador o momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, mesmo que seja para outro estabelecimento do mesmo titular, assim como está previsto no art. 12, I, da Lei Complementar 87, de 1996.

Assim como o IPI, o ICMS também pode ser seletivo se tratando da essencialidade das mercadorias e serviços, o que está disposto no art. 155, § 2.º, III, CF/88, o que leva à conclusão de que também é possível que tenha benefícios fiscais em relação à incidência do imposto em questão sobre a reciclagem. Ainda é importante comentar a respeito do “ICMS ecológico”, do qual muito se fala atualmente, pois

“ICMS ecológico” é a expressão utilizada para denominar o repasse da parte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, arrecadado pelos Estados, aos seus municípios que respeitem critérios de preservação ambiental (THOMÉ, 2014, p. 415).

Ainda segundo o referido autor, “[...] esse mecanismo econômico incentiva o investimento, por parte dos municípios, em saneamento básico – fundamental para se prevenir doenças e melhorar a qualidade de vida – e em meio ambiente – relevante para a preservação da biodiversidade” (THOMÉ, 2014, p. 415). Sendo assim, a distribuição de parcela da receita arrecadada pelo ICMS para os municípios é um relevante instrumento econômico que possibilita o desenvolvimento sustentável.

O ISS é um imposto de âmbito municipal e distrital que incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, salvo os serviços de transporte interestadual e intermunicipal. Vale ressaltar que, por serviço, entende-se que seja uma operação em que uma pessoa troca um bem imaterial, como sua força de trabalho, por exemplo, por um pagamento que seja de acordo com o preço do serviço prestado. Há a seguinte doutrina de Sérgio Pinto Martins *apud* Caneloi (2011, p. 99) que,

*Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, na locação de bens imóveis ou na cessão de direitos. [...]. O que interessa, no conceito de serviço, é a existência de transferência onerosa, por parte de uma pessoa a outra, de*

bem imaterial que se acha na etapa de movimentação econômica.

E a reciclagem, quando prestada com caráter individualizado, como a reciclagem artesanal, será considerada pelos Municípios, como serviço, e, conseqüentemente também sofrendo a incidência do ISS, tornando-a ainda mais onerosa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que é imprescindível proteger o meio ambiente como direito fundamental à vida das presentes e futuras gerações, que é o de um meio ambiente saudável e equilibrado que garante ao ser humano suprir suas necessidades básicas. Desta forma, mesmo com importantes princípios trazidos pelo Direito Ambiental, verificou-se que reduzir a incidência tributária, através da extrafiscalidade por desoneração, que recai não só na atividade de reciclagem, mas sobre as indústrias ligadas à atividade é de fundamental importância para a preservação do meio ambiente, uma vez que a atividade traz inúmeros benefícios à sociedade, tanto sociais e culturais quanto ambientais e econômicos. Portanto, há a necessidade de dispositivos normativos que viabilizem práticas de reciclagem, através de incentivos fiscais e desonerações que poderiam gerar um aumento da competitividade no mercado dos materiais recicláveis e reciclados. Tem-se como exemplo dessas medidas a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 1/2012) de autoria do Senador Paulo Bayer, a qual tem como fulcro que produtos fabricados com material reciclado ou reaproveitado possam ficar livres da maioria dos impostos previstos atualmente. É importante destacar que tal proposta já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) em setembro do ano de 2014, já se encontrando agora pronta para ser votada em plenário. Se aprovada, será um importante passo inicial para se alcançar o desenvolvimento sustentável e garantir a preservação ambiental.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. *Extrafiscalidade ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.



BRASIL. (Constituição). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966, e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 set. 1996.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. Imposto sobre produtos industrializados. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/tributos/ipi>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

CANELOI, Tathyana Pelatieri. Reciclagem e políticas públicas: a questão da tributação dos materiais recicláveis e reciclados. 2011. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)–Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Tathyana\\_P.\\_Caneloi.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Tathyana_P._Caneloi.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 13. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de*

*direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivim, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 35. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAGANHINI, Thais Bernardes. Benefícios fiscais como conduta indutora do desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 3, p. 217-235, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7560/6646>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de imposto sobre serviços*. 7. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/RIO 1992). Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Agenda 21. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <[http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Desenvolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2016.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivim, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.



## TUTELAS DE URGÊNCIA EM FOCO: avanços na norma processual brasileira em superação da matriz italiana

*Werley Pereira de Oliveira<sup>1</sup>*

### RESUMO

Em que medida as tutelas de urgência contribuem ao respeito do prazo razoável sem comprometer o Direito que se objetiva afiançar? A partir dessa questão norteadora, esta pesquisa objetiva investigar o instituto da tutela de urgência para mais bem assimilar e diferenciar a política processualista brasileira comparada à experiência do ordenamento jurídico da Itália. O estudo se justifica pela possibilidade de se pensar procedimentos mais céleres às demandas de tutelas jurisdicionais através de reformas legislativas. Foram utilizados os métodos de abordagem dedutiva em uma perspectiva comparada transnacional e de procedimento monográfico. Destaca-se que este estudo apresentou os matizes da teoria comparativista. Chega-se, em considerações finais, que o contraste não se encontra entre tutela antecipada e tutela cautelar como espécies de tutela de urgência, e sim entre provisoriedade e estabilidade.

**Palavras-chave:** Tutelas de urgência. Comparação transnacional. Brasil e Itália.

### URGENCY GUARDIANSHIP IN FOCUS: PROGRESS OF BRAZILIAN PROCEDURAL NORMS BEYOND THE ITALIAN MATRIX

### ABSTRACT

To what extent do the urgency guardianship contribute to the respect of reasonable time without compromising the right that is aimed at securing? Based on this guiding question, this research aims

to investigate the institute the guardianship of urgency to better assimilate and differentiate the brazilian proceduralist politics compared to the experience of the legal system of Italy. The study is justified by the possibility of thinking faster procedures to the demands of jurisdictional guardianship through legislative reforms. The methods of deductive approach were used in a comparative transnational perspective and in a monographic procedure. It is noteworthy that this study presented the nuances of comparative theory. The final considerations are that the contrast is not between early protection and precautionary protection as species of guardianship of urgency, but between provisional and stability.

**Keywords:** Urgency guardianship. Transnational comparison. Brazil and Italy.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da tutela de urgência nasceu do desafio de vir a ser um mecanismo para provocar adequado manejo do tempo no processo. Diante da morosidade de prestação jurisdicional dos processos cíveis como realidade de diversos países, a reverência em assegurar uma justiça com prazo razoável tornou-se tema da Convenção Europeia de Proteção de Direitos Humanos (1950)<sup>2</sup> e da Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica (1969)<sup>3</sup>.

Em uma ligeira revisão da literatura na seara do Direito Processual Civil, deste modo, sem a pretensão de oferecer rol taxativo, hierárquico e extenuante das possíveis causas na lentidão dos

<sup>1</sup> Mestre em Desenvolvimento Social; bacharelado do Sexto Período do Curso de Direito e membro do Grupo de Estudos Ares do Novo Código de Processo Civil da Faculdade de Direito Santo Agostinho, coordenado pelo Professor Otávio Augusto Neiva de Melo Franco.

<sup>2</sup> Trata-se de um tratado internacional que, por meio de um órgão jurisdicional chamado de Corte Europeia de Direitos do Homem, busca a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais.

<sup>3</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678 de 1992. Em seu artigo 8.º, 1, dispõe do direito de toda pessoa a ser ouvida por Juiz ou Tribunal dentro de um prazo razoável.

processos cíveis, constatam-se diversos e distintos vetores, a saber: desordenamento dos órgãos judiciais de primeira instância; formalismo exacerbado de certos regramentos processuais; abuso de recursos judiciais; desprestígio de decisões do Juiz de Primeira Instância; eclosão de litígios; discrepância das normatizações do processo de execução; e, a existência de um Estado demandista com questões de ordem político-administrativas viáveis e as disputas entre interesses corporativos e individuais.

Compreendendo que o formalismo exagerado de várias normas processuais pode ser enfrentado de maneira mais próxima possível do satisfatório por meio de reformas legislativas, o presente artigo tem por objetivo investigar o instituto da tutela de urgência. Busca mais bem assimilar e diferenciar a política processualista brasileira a partir da experiência do ordenamento jurídico da Itália para pensar procedimentos mais céleres e, ao mesmo tempo, com segurança jurídica às demandas de tutelas jurisdicionais.

Utiliza-se o método comparado em uma abordagem transnacional entre Brasil e Itália. A escolha pelo estudo comparado do modelo processual civil brasileiro com o italiano é explicada pelo fato de o Código de Processo Civil do Brasil, de 2015, ter reservado uma estrutura própria de processo e de procedimentos das funções de conhecimento, execução e de cautela, tendo a matriz italiana como contextura primordial.

Computando-se a presente introdução, este estudo está organizado em cinco seções. A segunda seção, tendo a comparação como exercício básico da atividade cognitiva, apresenta o desenho do artigo e as nuances da teoria comparativista. A seção subsequente traz a visão geral da técnica antecipatória na modalidade de tutelas urgentes e provisórias no Brasil e na Itália. A quarta seção oferece o quadro comparativo entre os dois países no tocante às tutelas de urgência. Por fim, a última seção refere-se às conclusões da pesquisa.

## 2 POR QUE COMPARAR? O QUE COMPARAR? COMO COMPARAR?

Morlino (1991), quanto ao método comparado, argumenta ser evidente a assertiva que dispõe a comparação como exercício básico de toda atividade cognitiva. Todavia, chegar a esta conclusão incide em dizer que na vida cotidiana o ser humano faz, inconscientemente, comparações implícitas. Sair do óbvio significa elaborar um conjunto de procedimentos que permita a comparação explícita e consciente. Neste tocante, Sartori (1991; 1994) didaticamente apresenta a política e o método em que se funda a comparação explícita. Para ele, o método comparado é adotado exclusivamente em alguns campos das ciências sociais<sup>4</sup>. A pedagogia oferecida por este teórico norteia três questões necessárias para compreender o sentido próprio da comparação explícita, que, por sua vez, incide na aplicabilidade do método comparado.

Sartori (1991) sustenta e Morlino (1991) apoia que a primeira etapa para produzir um estudo caracterizado como comparação explícita e consciente reside na identificação do motivo pelo qual se produzirá conhecimento por meio do método comparado. Esta fase é sintetizada na pergunta “por que comparar?”. Ainda em 1994, Sartori não havia respondido este enigma inicial; apesar de, provisoriamente, apontar que o porquê de comparar tem por lógica controlar as generalizações do conhecimento. Neste caso, baseado em diversos autores comparativistas<sup>5</sup>, o autor está de acordo que o ensejo do pesquisador em utilizar o método comparado justifica-se pelo fato de que muitos dos fenômenos sociais<sup>6</sup> somente terão possível compreensão, explicação e interpretação através do método em relevo. Sartori (1991) frisa que a lógica da comparação não é diferente da lógica geral, isto é, o método comparado se justifica e desenvolve como uma especialização do método científico em geral. O teórico elenca as técnicas de verificação do

<sup>4</sup> Franco (2000), em suas reflexões acerca das contribuições que as Ciências Sociais (Antropologia, História, Sociologia e Ciência Política) possibilitaram aos estudos comparados, permite aprofundar nas discussões críticas ao comparativismo elaborado pelas referidas disciplinas.

<sup>5</sup> Destaque especial para PRZEWORSKI, Adam. *Methods of cross national research, 1970-83: an overview*. In: DIERKES, M. et. al. (Comp). *Comparative policy research: learning from experience*. Aldershot: Gower, 1987, p. 21-49; RAGIN, Charles. *The comparative method: moving beyond qualitative and quantitative strategies*. Berkeley: University of California Press, 1987; e MAYER, Lawrence C. *Redefining comparative politics: promise versus performance*. Newbury Park: Sage, 1989.

<sup>6</sup> Sartori (1994) mostra que em muitos casos o método comparado é necessário porque nas particularidades dos fenômenos sociais não é possível a utilização do método experimental e do método estatístico.

conhecimento seguindo uma “força de controle”, necessariamente nesta ordem de importância: 1) o método experimental; 2) o método estatístico; 3) o método comparado; 4) o método histórico. Cabe ressaltar que Sartori defende a possibilidade de usar o método comparado no lugar do método estatístico, pois “el método comparativo es superior al método estadístico por muchas razones” (FRENDEIS, 1983, p. 258; RAGIN, 1987, p. 15-16, *apud* SARTORI, 1991, p. 35).

O estudo comparado proposto, neste artigo, discutirá os determinantes da tutela de urgência brasileira e a *dei provvedimenti d’urgenza* italiana. E o porquê de essa comparação incidir quanto ao fato de o regramento processual brasileiro ter abrigado uma estruturação do processo e dos procedimentos das funções de conhecimento, execução e de cautela, com base nas diretrizes italianas.

“O que comparar?”. Com esta segunda questão, Sartori (1991; 1994) incita à elaboração do problema de investigação como sendo a segunda fase para a construção do plano de estudos comparados. Nessa operação, Morlino (1991) pontua que o aspecto conceitual é decisivo.

Desde el comienzo, al plantear el problema de investigación, y, posteriormente, cuando se deciden los casos a incluir o las variables a analizar (véanse los próximos apartados), el aspecto conceptual es crucial. Se trata no solo de comprender bien lo que se desea estudiar definiendo propiedades y atributos, sino también de clasificar correctamente para identificar las variaciones empíricas del fenómeno en las diferentes realidades (MORLINO, 1991, p. 17).

A partir desta fase, apreende-se que comparar é uma tarefa complexa e de difícil manejo. Sartori (1991), a esse respeito, chega ao ponto de afirmar que sem um bom plano de comparação, o exercício da comparação equipara a entrar em um navio com alta probabilidade de naufragar. O pesquisador que pretende obter resposta ao problema de investigação por meio do método comparado deverá construir o mapa de navegação, observando os erros mais comuns na viagem marítima da comparação; pois, como muito bem sintetizou Morlino (1991), o alongamento conceitual e a má classificação da problematização de estudo tornarão o “cão-gato”; que, por sua vez, será o *iceberg* causador do naufrágio. Daí a importância de, a partir da construção do problema de

investigação, estar atento ao aspecto conceitual, tanto na dimensão teórica quanto na aplicabilidade prática do conceito.

O que pedagogicamente Sartori (1991) oferece, para ter sucesso nessa fase, consiste em tomar conhecimento de que a questão “o que comparar?” exige outra indagação, a saber: “comparável em que aspecto?”.

En principio entonces la pregunta siempre se debe formular así: ¿comparable (bastante similar) respecto a qué propiedades o características, y no comparable (demasiado distinto) respecto a qué otras propiedades o características? De lo afirmado hasta este punto puede concluirse que comparar implica asimilar y diferenciar *en los límites* (SARTORI, 1991, 35) (grifos originais).

Diante do alerta, para o desenvolvimento deste artigo, teve como ponto de partida a revisão de literatura acerca das categorias tutela provisória, tutela de urgência e tutela cautelar. Essa estratégia serviu para organizar o raciocínio à análise do objeto deste estudo. A preocupação voltou-se para a centralidade do art. 300 do Código de Processo Civil do Brasil – CPCB/2015 e do art. 700 do Código de Processo Civil da Itália – CPCI para identificar as bases comparativas aspecto antecipatório e feição cautelar, bem como provisoriedade e tutela definitiva. O estudo teve como questão norteadora: em que medida as tutelas de urgência contribuem ao respeito do prazo razoável sem comprometer o direito que se objetiva afiançar?

Arrematando, do ponto de vista metodológico, a terceira etapa para a produção da comparação explícita requer resposta para a questão: “como comparar?”. Esta fase consiste em conceber as estratégias do plano de estudo comparado. Destarte, Franco (2000, p. 218) argumenta que, do ponto de vista das práticas e das estratégias políticas a que servem, “a escolha de uma lógica de construção do objeto depende também de uma visão de mundo e de sociedade.”.

De acordo com esse entendimento, para a elaboração do presente artigo, o arrazoamento foi estruturado em três esquemas:

- 1) apresentação da institucionalização da tutela provisória, enfocando as particularidades no Brasil e na Itália quanto ao aspecto antecipatório e feição cautelar, bem como à dimensão da provisoriedade e da tutela definitiva;

- 2) descrição sucinta e análise do art. 300 do CPCB/2015 e o art. 700 do CPCI, com o intuito de apreender os determinantes de uma política processualista das tutelas de urgência;
- 3) identificação das diferenças e das semelhanças existentes entre Brasil e Itália; comparando-se, desta forma, características comuns e propriedades diferentes.

A análise crítica realizada durante todo o desenvolvimento do artigo focou as interpretações das dessemelhanças existentes nos aspectos das bases comparativas para compreensão das potencialidades e das limitações produzidas pela técnica antecipatória na modalidade das tutelas de urgência como mecanismo que gera adequado manejo do tempo no processo.

### 3 TÉCNICA ANTECIPATÓRIA NA MODALIDADE DE TUTELAS DE URGÊNCIA E PROVISÓRIAS

No Brasil, as tutelas de urgência e a tutela da evidência são espécies do gênero tutelas provisórias. Encontram-se na parte geral do CPCB/2015, especificamente no Título II, Capítulo I, do Livro V. O Título I dispõe sobre as disposições gerais das tutelas provisórias e o Título III disciplina a tutela da evidência. Para o enfoque do estudo deste artigo, acresce que o Título das tutelas de urgência possui três Capítulos, a saber: Capítulo I, disposições gerais; Capítulo II, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente; e, Capítulo III, do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Com essa estrutura, as tutelas de urgência podem, nos arts. 300 a 310, ter natureza de tutela antecipada, concedida em caráter antecedente (arts. 303 e 304) ou em caráter incidente, e de natureza de tutela cautelar, que também poderá ser concedida em caráter antecedente (arts. 305 a 310) ou em caráter incidental. *In verbis*: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (cabeça do art. 300 do CPCB/2015).

Apreende-se que a tutela de urgência contém características da medida cautelar e da tutela antecipada acalcanhadas no risco da demora existente à luz do Código de Processo Civil de 1973. O CPCB/2015 unificou, no mesmo Livro, as medidas, tendo como objetivo proteger o direito que se encontra em risco e, pode-se afirmar, vai ao encontro da moralidade jurisdicional, já que “a ética da jurisdição de urgência exige que o princípio da probabilidade seja aplicado à luz do princípio da proporcionalidade.” (MARINONI, 1994, p. 62).

A probabilidade do direito é a sua razoabilidade quando da apreciação do requerimento do pedido da tutela. A urgência é caracterizada pela situação de perigo relacionada ao direito a ser protegido. O perigo de dano deve ser, também, concreto, atual e grave. Frisa-se que o dano deve ter consequências irreversíveis ou de difícil desforço (BUENO, 2016).

As tutelas de urgência no Brasil têm por característica a provisoriedade.

É oportuno, no entanto, advertir que o conceito de **provisoriidade** (e como aquele, coincidente, de **interinidade**) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de **temporaneidade**. **Temporâneo** é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; **provisório** é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece ínterim. Nesse sentido, **provisório** equivale a **interino**: ambas as expressões indicam que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado (CALAMANDREI, 2000 *apud* PINHEIRO, 2016) (grifos originais).

O recorte acima chama a atenção à observação do fato de que ao regulamentar as cautelares no CPCB/2015, o legislador não trouxe para a estrutura desse novo Código regramentos minuciosos das cautelares típicas ou nominadas<sup>7</sup> como presente do Código de 1973. O CPCB/2015 inova, sem trazer previsões de procedimentos cautelares típicos e nominados<sup>8</sup>, tratando a matéria ao lado das tutelas provisórias de urgência

<sup>7</sup> Há um equívoco em colocar a tutela cautelar como provisória, pois elas são temporárias. A tutela antecipada que é provisória.

<sup>8</sup> O que não significa que, por exemplo, o arresto, o sequestro, a busca e apreensão deixaram de existir no ordenamento jurídico brasileiro.

antecipada e da tutela da evidência. Portanto, a nova legislação insere as tutelas de urgência de caráter cautelar no domínio de tutelas diferenciadas<sup>9</sup> no enfoque relativo à sumariiedade cognitiva (BUENO, 2016; THEODORO JÚNIOR, 2015).

Ainda em termos gerais, vale assinalar outra inovação do CPCB/2015, que é a estabilização da tutela antecipada antecedente. Deferida esta tutela e não sendo interposto Agravo de Instrumento pelo requerido, os efeitos da tutela antecipada antecedente se estabilizarão, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito. Portanto, não se trata de coisa julgada material. Os efeitos, assim estabilizados, poderão ser desfeitos mediante nova demanda, conforme art. 304, §§ 2.º a 6.º, requerida no prazo de dois anos, contado da ciência da decisão de extinção (THEODORO JÚNIOR, 2015).

No CPCI, a seção titulada tutela de urgência se insere no Capítulo III do Título I do Livro IV. O Livro é dedicado aos procedimentos especiais; o Título I, aos procedimentos sumários; o Capítulo III, aos procedimentos cautelares. A referência obrigatória da tutela de urgência italiana encontra-se no art. 700 desse Código.

Fazzalari (2006) adverte que o referido artigo admite tutela antecipatória no âmbito dos procedimentos cautelares. Portanto, há que se falar de regramento de medidas cautelares e medidas antecipatórias, logo duas espécies distintas, em uma perspectiva unitária.

Moreira (2003a) apresenta a tradução do art. 700 do CPCI.

Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito (MOREIRA, 2003a).

Percebe-se, no texto da lei italiana, que a figura da tutela de urgência surge pela ameaça ao resultado útil do processo de um direito em motivo fundado, bem como do prejuízo iminente e

irreparável. Ainda pela letra de lei, nota-se a preocupação em assegurar provisoriamente aos efeitos da decisão sobre o mérito. Enfatiza-se, assim, a natureza cautelar da tutela de urgência na Itália, de modo a permitir em um mesmo ato aspecto antecipatório e aspecto cautelar; isto é, a tutela de urgência fundada no art. 700 assume caráter antecipatório da tutela definitiva. A concessão, em princípio simplesmente provisória, contrai estabilidade equiparada com aquela que teria a resolução de mérito.

Todavia, assevera Liebman (1981) que quando questões processuais demandam urgência, de modo que não podem aguardar o processo para serem concluídas; em alguns casos especificamente previstos por lei, cabe medida provisória, dando a estas questões uma solução temporária, válida até ultrapassar a determinação do caso.

Sabe-se que, ao longo dos anos, o emprego do art. 700, na prática jurisprudencial, passou por considerável cobertura, abrangendo todas as categorias de direitos substantivos. “No foro nasceu e cresceu o *réferé*, e do foro receberam nutrição os *provvedimenti d’urgenza peninsulares*. Foi com arrimo em decisões judiciais, muito mais que na letra da lei, que estes e aquele se viram progressivamente alçados à posição [...] cogitada de início pelo legislador.” (MOREIRA, 2003b, p. 290-191).

Na Itália se discute sobre uma atipicidade das medidas que são tomadas no que concerne à relação entre a decisão provisória e a definitiva, quando a decisão provisória tem admitido, com constância, conteúdo igual ao que se entende provável na decisão definitiva.

Schenk (2008), Rodrigues (2008) e Moreira (2003a) lecionam acerca da sistematização das tutelas de urgência cautelares na doutrina italiana. Para eles, na Itália se determinava as providências cautelares como uma das espécies do gênero decisão antecipada e provisória do mérito. Reforçam que perduraria uma relação de instrumentalidade entre a decisão provisória e a sentença definitiva.

Moreira (2003a) ressalta que no ordenamento jurídico italiano existem tutelas com feição antecipatória de natureza não cautelar; logo, sem se tratar de pressuposto de urgência.

<sup>9</sup> São estruturadas a partir da predisposição de vários procedimentos de cognição destinados a tratar de maneira mais adequada de situações jurídicas substanciais e específicas.

Exemplo sugestivo é a do art. 186 *bis*, do *Codice di Procedura Civile*, introduzido pela Lei n. 353, de 1990, de acordo com o qual, a requerimento da parte, o juiz instrutor pode ordenar, na pendência de ação condenatória, o pagamento, pelo réu, das quantias por este não contestadas. Tal *ordinanza* de forma alguma exerce função meramente instrumental em relação à futura sentença presumivelmente condenatória; tanto assim, que conserva sua eficácia no caso de extinção do processo (art. 186 *bis*, 2.<sup>a</sup> alínea).

Observa-se, desta forma, que diferente do regramento do art. 700, no exemplo acima, a lei não submete a concessão da medida a uma específica hipótese de urgência. O que se vê, na realidade, no dispositivo legal é que ele assegura ao autor, ao menos parcial, a satisfação do crédito antes da sentença definitiva.

#### 4 QUADRO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ITÁLIA

O ápice da discussão desta pesquisa incide na identificação das diferenças e das semelhanças existentes entre Brasil e Itália no tocante às tutelas de urgência; comparando-se, desta forma, características comuns e propriedades diferentes.

A principal característica de semelhança volta-se à modalidade de sumarização da cognição. Nesse procedimento, insere as tutelas de urgência, ao que as leis e a doutrina atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória das medidas, na condição de espécies do gênero tutela provisória. É bem verdade que no Brasil esta divisão é mais bem pedagogizada no CPCB/2015. Para Taruffo (2007), a doutrina italiana, comparada ao processo civil do Brasil está posta, no particular em análise neste estudo, em posição de atraso.

O contraste mais relevante não ocorre entre medidas cautelares e medidas antecipadas, mas entre provisoriedade e estabilidade. Na Itália, há controvérsias sobre a dilatação do significado da tutela, não há consensos se ela é compreensiva somente como declaração de direito ou ainda de sua atuação do direito. Neste sentido, Fazzalari (2006) instrui que isso se deve ao fato de os legisladores italianos terem reunido um conjunto não homogêneo de medidas com o distintivo de procedimentos especiais.

Em ambos os países, a tutela de urgência assegura afastar o *periculum in mora*. Ela serve para evitar um prejuízo grave ou irreparável de um direito de motivo fundado enquanto

permanecer o processo; portanto, para que isso aconteça, é imprescindível que os elementos *fumus boni juris* e *periculum in mora*, conquanto insuficientes para fundar convicção plena, permitam ao órgão judicial uma cautela de probabilidade favorável ao autor.

Quanto à característica da provisoriedade, parece que, doutrinariamente, há discussões calóricas tanto no Brasil quanto na Itália. A discussão brasileira tende a ser contundente ao afirmar que a tutela de urgência cautelar está para temporária, ao passo que a provisoriedade está para a tutela de urgência antecipada. Já na doutrina italiana, o caráter provisório assume decisão definitiva. As medidas antecipada e cautelar são tomadas no mesmo ato.

No tocante à dessemelhança principal, como se viu até aqui, a tutela de urgência cautelar italiana tem como característica a decisão de mérito. No Brasil, nenhuma modalidade de tutela de urgência tem efeito definitivo. Aqui no país, a característica da provisoriedade é bastante precisa. A importante inovação do CPCB/2015 traz a possibilidade de a tutela antecipada vir a se estabilizar. Todavia, há a prerrogativa de ela própria ser alterada no tempo de dois anos.

O conjunto legislativo da Itália revelou-se insuficiente para combater eficazmente a vários problemas ligados à urgência da tutela jurisdicional. Tanto o é que o art. 700 do CPCI tem maior aplicabilidade a partir de demandas vindas dos casos concretos dos foros; podendo, por assim, afirmar que a prática jurisprudencial no tocante à tutela de urgência se baseia mais no princípio da atipicidade (SCHENK, 2008; MOREIRA, 2003a). Já no Brasil, a redefinição do Código de 1973, promete melhor compreensibilidade às práticas de tutelas de urgência a partir do arts. 300 e seguintes do CPCB/2015.

Diferente do CPCB/2015, na Itália, a tutela de urgência tem a denominação comum de tutela cautelar, ainda que a lógica instrumental seja comum. Na Itália, a chamada tutela cautelar corresponde efetivamente a uma espécie de tutela jurisdicional. No Brasil, recentemente, significa apenas uma espécie da técnica antecipatória que se presta uma tutela não definitiva. A técnica cautelar é um meio, e não um fim, pois o fim é a própria tutela urgente. O que, por sua vez, na prática jurisdicional italiana, a técnica antecipatória cautelar poderá assumir decisão definitiva. Compreende-se que o embate



importante não reside entre tutela antecipatória e tutela cautelar, e sim entre provisoriedade e estabilidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que as tutelas de urgência, ao que as leis e as doutrinas atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória das medidas, são espécies do gênero tutela provisória. No Brasil, a divisão cautelar e/ou antecipatória é mais bem pedagogizada no CPCB/2015, de modo que se pode falar de avanços da norma processual brasileira em superação da matriz italiana.

O estudo comparado das tutelas de urgência entre Brasil e Itália possibilita duas considerações principais. A primeira se dá pela semelhança, quando em ambos os países, a tutela de urgência assegura afastar o *periculum in mora*. Ela serve para evitar um prejuízo grave ou irreparável de um direito de motivo fundado (*fumus boni juris*) enquanto durar o processo. No tocante à dessemelhança, como segunda consideração principal, no Brasil, com o CPCB/2015, a tutela de urgência cautelar significa apenas uma espécie da técnica antecipatória que se presta como tutela não definitiva. Já na prática jurisdicional italiana, a técnica antecipatória cautelar poderá assumir decisão definitiva.

Por fim, conclui-se que a medida da tutela de urgência parece contribuir ao prazo razoável sem comprometer o direito quando nas questões processuais exigem urgência e, por sua vez, cabe medida provisória, dando a estas demandas uma solução temporária, válida até superar a determinação do caso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: v. único, inteiramente estruturado à luz do novo CPC de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FRANCO, Maria Ciavatta. Quando nós somos o outro: questões teórico-metodológicas sobre os estudos comparados. In: *Educação e Sociedade*, ano XXI, n. 72, p. 197-230, ago. 2000.

ITÁLIA. Decreto-Lei 1.443, de 28 de outubro de 1940. Codice di procedura civile. Disponível em: <[http://www.altalex.com/ / cerca?query=codice+di+precedura+civile](http://www.altalex.com/?query=codice+di+precedura+civile)>. Acesso em: 21 maio 2107.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Soares. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. Texto de conferência pronunciada em 26.6.2003a, em Campinas (com o acréscimo de notas). Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46624.pdf/Revista57Doutrina\\_pg\\_244\\_a\\_260.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46624.pdf/Revista57Doutrina_pg_244_a_260.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, n. 28, p. 290-191, abr.-jun. 2003b.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Safe, 1994.

MORLINO, Leonardo. Problemas y opciones en la comparación. In: SARTORI, Giovanni; MORLINO, Leonardo (Comp.). *La comparación en las ciencias sociales*. Traducción española de Juan Russo y Miguel A. Ruiz de Azúa. Madrid: Alianza, 1991, p. 13-28.

PINHEIRO, Guilherme César. Tutela de urgência cautelar típica no novo código de processo civil e a “aplicação” do código de processo civil de 1973 como “doutrina”. *Revista de Processo*, ano 41, v. 252, São Paulo, Ed. RT, p. 209-227, fev. 2016.

RODRIGUES, Walter dos Santos. A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 2, v. II. Rio de Janeiro, p. 319-335, jan.-dez. 2008. Disponível em:

<[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em; 16 mar. 2017.

SARTORI, Giovanni. Comparación y método comparativo. In: SARTORI, Giovanni; MORLINO, Leonardo (Comp.). *La comparación en las ciencias sociales*. Traducción española de Juan Russo y Miguel A. Ruiz de Azúa. Madrid: Alianza, 1991, p. 29-49.

SARTORI, Giovanni. Compare why and how: comparing, miscomparing and the comparative method. In: DOGAN, Mattei; KAZANCIGIL, Ali. *Comparing nations: concepts, strategies, substance*. Cambridge (Massachusetts): Blackwell, 1994, p. 14-34.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 2, v. II, p. 181-202, jan.-dez. 2008. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

TARUFFO, Michele. Notte sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. RT, ano 32, v. 144, p. 57-84, fev. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

***ARTIGOS  
DE EGRESSOS***

---



## A NOVA ERA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: o paradigma cooperativo em busca de uma sociedade de trabalho

*Lucas Versiani Cardoso<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho, estruturado em três partes, fará uma abordagem sobre as raízes do Direito Processual, meditando, inicialmente, aspectos do processualismo científico e os desdobramentos fundamentais para a constitucionalização do Direito Processual. Em um segundo momento, trazem-se à baila os pressupostos sociais de organização do processo. Por derradeiro, o artigo analisará o princípio da cooperação, desvelando os propósitos que sugestionam a formação de uma “comunidade de trabalho”, cuja finalidade é alcançar, em tempo razoável, a solução integral do mérito do processo, incluída a atividade satisfativa.

**Palavras-chave:** Processo. Democracia. Contraditório.

### ABSTRACT

This work, divided into three parts, will make an approach about the roots of procedural law, analyzing, initially, the scientific processualism and developments that have subsidized the constitutionalisation of procedural law. In a second stage, it will be brought to the fore the social assumptions of organization of procedure. By last, the research will address the principle of cooperation, revealing the purposes that promote the emergence of a “working community” to achieve a full solution of the process within a reasonable time.

**Keywords:** Process. Democracy. Contradictory.

## 1 INTRODUÇÃO

Em meio a mudanças paradigmáticas no cenário jurídico, sublinha-se a nova identidade do

Código de Processo Civil brasileiro. Sustentado por pernas cambaleantes, o “novo” modelo processual se revela imbuído de dúvidas, angústias e uma ideia nuclear: a cooperação dos sujeitos processuais através de um procedimento cognitivo-argumentativo democrático. O presente artigo, estruturado em três partes, terá o escopo de perquirir as raízes do Direito Processual, desde seus incipientes contornos até a concepção do modelo contemporâneo, o cooperativo. Inicialmente, far-se-á uma abordagem sobre o processualismo científico e os desdobramentos fundamentais que subvencionaram a constitucionalização do Direito Processual. Esse breve histórico possibilitará o cotejo com os novos paradigmas para aplicação do Direito, sobrelevando os fatores primeiros para a discussão das interrogações do “agora”, atualização constante da realidade. Em um segundo momento, traz-se à baila os pressupostos sociais de organização do processo. Por derradeiro, analisar-se-á o princípio da cooperação, desvelando os propósitos que sugestionam a formação de uma “comunidade de trabalho”, cuja finalidade é alcançar, em tempo razoável, a solução integral do mérito do processo, incluída a atividade satisfativa.

## 2 UMA HISTÓRIA SOBRE O PROCESSO

Na perspectiva do filósofo patavino Pádua (1997, p. 78), “não é possível ao ser humano possuir a ciência, sem antes conhecer as causas e princípios primeiros, buscando seus elementos constitutivos.”. Mais do que saber o quê, deve-se saber o porquê, agregando os conhecimentos esparsos, fazendo-os uma arte (ARISTÓTELES, 2002). Nesse sentido, salutar conhecer a concepção e natureza jurídica do Direito Processual de outrora, para compreensão crítica da doravante, que se instala acanhadamente.

Através das dobras do tempo, a ciência do processo se preocupou apenas em descrever a fenomenologia jurídica. Um dos primeiros a se

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

aventurar na busca de uma finalidade construtiva do processo, foi Oscar Von Büllow, em 1868.

A obra de Von Büllow (2005) é tida por Dinamarco (2001, p. 258) como a “certidão de nascimento do Direito Processual Civil.”. Em síntese, o jurista alemão preconizou que “o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica” (VON BÜLLOW, 2005, p. 5). Destacava o autor que o tribunal assume a obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro lado, as partes prestam uma colaboração indispensável e se submetem aos resultados desta atividade comum (VON BÜLLOW, 2005). Decerto, o juiz não teria obrigação de colaborar com as partes, restringindo-se à observância dos pressupostos processuais<sup>2</sup> para validade da Sentença.

Em destino ao aperfeiçoamento, os juristas da época caminhavam a passos largos sob orientação das luzes irradiadas por Von Büllow. Como ensina Dawkins (2007, p. 22-23), “muitas vezes a contribuição mais importante que um cientista pode fazer não é propor uma nova teoria ou revelar um novo fato, mas descobrir um novo modo de olhar para as teorias ou fatos antigos.”. Como se verá, sucedeu assim com a incipiente ciência processual.

Diante da nova atmosfera de pensamento, o polonês Adolf Wach, em 1885, sustentou não haver somente uma relação, mas várias relações, postulando a “ação como direito autônomo, separado do direito que costumamos a chamar substancial ou material.” (COUTURE, 2004, p. 17).

No mesmo caminho, a clássica escola italiana, liderada por Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelluti e Pierro Calamandrei, embarcava no processualismo científico, período de intensa inovação e sistematização da ciência processual civil. Destacou-se, dentre outros postulados, a assimilação chiovendiana de uma relação processual autônoma, complexa e pertencente ao Direito Público, pois, “enquanto as partes e o juiz se ocupam da relação substancial, objeto da ação, vivem, ainda, numa relação que desenvolve com sua atividade.” (CHIOVENDA, 1998, p. 83).

Por sua vez, em assimetria aos conceitos de Von Büllow (2005), erigiu-se a teoria do processo como uma situação jurídica, de James Goldschmidt, publicada em 1929. Para este autor, conforme preleciona Lopes Júnior (2009, p. 31), “o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável.”.

Assim, traduz-se em contraponto à existência de Direitos e obrigações processuais desenhada por Von Büllow, pois o Direito seria tão-somente uma perspectiva, uma incerteza em meio a “batalha processual”. Além disso, vindica que há uma dupla natureza das normas jurídicas, pois, “se por um lado representam imperativos aos cidadãos, por outro, são medidas para o juízo do juiz.” (GOLDSCHMIDT, *apud* PIAZZA, 2009, p. 49). Em última análise, os imperativos dirigidos aos cidadãos também seriam medidas para o juiz julgar suas condutas.

Na óptica de Mitidiero (2015, p. 22), esses raciocínios encerraram o espírito de uma época, pois a ideia central era “o processo como fenômeno técnico, como algo em larga medida independente de fatores culturais.”.

Sinteticamente, consigna Mitidiero (2015, p. 32) que:

[...] esse clima processualista acabou por isolar demasiadamente o Direito Processual Civil do Direito Material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais

Como se observa, com o paradigma racionalista, o Direito, como um todo, vai “matematizando-se”<sup>3</sup>, codificando-se, e se aflora a perspectiva “conceitualista”, anacrônica no tocante aos fatos sociais, isto é, aos fenômenos suscetíveis de investigação pelo cientista do Direito. Nesse sentido, fulge à exaltação quanto a consonância do Direito à realidade em que a vida

<sup>2</sup> Para Von Büllow (2005), seriam pressupostos processuais, *e. g.*: competência, capacidade processual das partes, imparcialidade, a redação e comunicação da demanda e a ordem entre os processos, dentre outros.

<sup>3</sup> Expressão utilizada por Silva (2004, p. 58). O autor aduz que lentamente ocorrera a perpetuação de um discurso natural e técnico, próximo as feições das ciências exatas.

está sendo escrita, apesar da integridade movediça de suas manifestações.

Ehrlich (1986, p. 151-152), em obra sobre os fundamentos da Sociologia do Direito, assevera que:

As normas jurídicas que derivam dos preceitos jurídicos sempre se referem as relações sociais, mas esta referência é muito diversificada. Nunca a soma das normas jurídicas que vigoram para os Tribunais e outros órgãos estatais coincidiu com a soma do direito social: sempre existiu uma grande quantidade de relações jurídicas na sociedade que não estava submetida às normas jurídicas.

Assim, consorte com essa premissa, Miranda (2000, p. 326) afirma que “o Direito pressupõe no jurista o Sociólogo que fundamentalmente deve ser.”. Portanto, antes de uma análise dos dispositivos processuais, inspirados por conceitos jurídicos herméticos, deve-se proceder ao exame dos fatos que desencadearam a constitucionalização dos princípios do processo, mediante o realce das concepções instrumentalista de Cândido Rangel Dinamarco e do processo como contraditório de Elio Fazzalari.

## 2.1 A Constitucionalização do Processo: a Instrumentalidade e o Contraditório

A universalização dos princípios processuais se deu após a Segunda Guerra Mundial. A partir deste marco, houve intensa consagração de Direitos Fundamentais processuais (devido processo legal; contraditório; ampla defesa; vedação de provas ilícitas) em praticamente todas as Constituições Ocidentais, inclusive em Tratados Internacionais de Direitos Humanos – Convenção Europeia de Direitos do Homem e Pacto de São José da Costa Rica (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Em que pese a predominância, até então, de vozes que fixavam as cores conceituais do processo apenas como ciência jurídica pura, ao fim da década de oitenta, às vésperas de uma nova Constituição, surge um viés intermediário, pioneiramente versado em território nacional por Cândido Rangel Dinamarco: a instrumentalidade<sup>4</sup> do processo como forma de transformação social.

Nesse particular, assevera Dinamarco (2001,

p. 132-133):

[...] a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. O fascínio que acompanha essa colocação está ligado, aliás, ao importante sinal metodológico que contém e que é a visão do processo mesmo (como instituto jurídico) e do sistema processual a partir de um ângulo externo, ou seja, a partir de uma exigência política formulada a nível constitucional [...]

Holisticamente, extrai-se do instrumentalismo uma maior comunicação entre a Constituição e o processo civil, no intuito de tutelar os direitos das partes em litígio. Todavia, a tendência de socialização, a partir de critérios teleológicos do processo, fundamenta-se no protagonismo judicial. Ensina Theodoro Júnior (2015, p. 74) que o processo deveria, “dentro dessa vertente interpretativa equivocada, servir para legitimar as pré-compreensões privilegiadas do juiz.”.

Nesse mesmo toar, sindicaliza Passos (2001, p. 64):

Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do Direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o Direito Material do Direito Processual. Uma e outra coisa fazem um.

Logo, mostravam-se imperiosos os estudos acerca de possíveis adaptações que sobrelevassem a participação de todos os sujeitos na persecução processual, no intuito de legitimar uma decisão meritória, afastando o solipsismo judicial, vez que o Direito se revela pelos fatos, e não magicamente pelos conceitos herméticos expressos em regras jurídicas.

Com a promulgação da Constituição de 1988, sob o epíteto de “cidadã”, a perspectiva social que

<sup>4</sup> O instrumentalismo consubstancia-se na personificação do Estado na figura do juiz. Assim, o órgão julgador seria o responsável em captar todos os anseios sociais a fim de promover, por meio da jurisdição, a paz e a Justiça Social.

sustenta o protagonismo do órgão julgador, em detrimento da participação das partes, afoga-se na essência processual democrática (arts. 5.º, inc. LIV, LV, CF/1988). Preleciona Theodoro Júnior (2015) que as mudanças do constitucionalismo redimensionaram a ciência processual, potencializando o diálogo, ao passo em que são proibidas práticas que “quebrem” o contraditório.

Nesse contexto, em 1989, o processo ganha contornos humanísticos com as contribuições do jurista Elio Fazzalari. Para o autor italiano, o processo seria uma garantia da pessoa, pois os atos estatais deveriam garantir que os sujeitos processuais participassem, em estrutura dialética de simétrica paridade, na construção do provimento judicial (ARAÚJO, 2014).

Portanto, o ponto nevrálgico do processo seria a participação dos destinatários da decisão, através de um contraditório paritário. Rompe-se com a clássica escola processualista científica, para unir a técnica e o valor no seio procedimental para o combate de decisionismos e arbitrariedades dos magistrados. Em última análise, leciona Araújo (2014, p. 27) que “foi a partir da contribuição fazzalariana que o processo começou a ser entendido como fator de democratização do Direito [...]”. E assim, os capítulos da adaptação do Direito Processual aos fatos da vida se reescreviam, continuamente.

Esse breve apanhado histórico foi, propositadamente, permeado de reflexões. Por isso, ressalta-se: a diversidade dos estudos apresentados não significa que alguns processualistas são mais sábios que outros. Pelo contrário, apenas demonstra que os pensamentos foram conduzidos por caminhos diferentes (DESCARTES, 2006). Nas lições de Boff (*apud* MORAIS, 2009, p. 4), “todo ponto-de-vista tem o *ponto* e tem a *vista*; se você muda o ponto, muda também a vista”. Desta forma, todos os doutrinadores citados são peças de um eterno jogo de quebra-cabeça, ainda distante de ser completado.

### 3 DIGRESSÕES ACERCA DOS PRESSUPOSTOS DA COLABORAÇÃO

É cediço que a ciência utiliza métodos para a análise dos diversos campos florescidos pelas ideias. Consoante Morais (2009, p. 3), “*metha* (no grego) significa ‘através de’, e *Odós* (também no grego) significa ‘caminho’; logo, método é o caminho por meio do qual se chega a algum

objetivo.”. Nesta perspectiva, para o estudo dos modelos de organização processual, será utilizado o caminho proposto por Mitidiero (2015), consubstanciado em três paradigmas, quais sejam: o isonômico, o assimétrico e o cooperativo, sendo que este último, por ser objeto magno da pesquisa, merecerá capítulo próprio.

#### 3.1 Os Modelos Isonômico e Assimétrico

É imprescindível a organização do processo. Trata-se da distribuição das funções de cada um dos sujeitos processuais. Ensina Mitidiero (2015, p. 55) que “o modelo de organização política da sociedade condiciona a maneira como vai se resolver o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o juiz e as partes.”

O modelo paritário consubstancia-se na isonomia em sentido lato; na indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo (MITIDIERO, 2015). Desta forma, as relações jurídicas não poderiam sofrer uma intervenção estatal, posto ser indubitável a autorregulamentação dos indivíduos, igualmente livres.

Em análise sobre a concepção liberal do Estado no pensamento kantiano, sublinha-se as anotações de Bobbio (2000, p. 213) que, através de uma metáfora, aponta que “essa concepção de Estado foi chamada de Estado protetor, o que significa que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-los para impedir que, na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos.”

Nesse contexto, o juiz não estaria acima das partes, tampouco abaixo delas, mas, sobretudo, no mesmo plano. Afirma Theodoro Júnior (2015, p. 72-73) que “o juiz exercia seus poderes máximos no momento de julgar e, como mero aferidor do resultado do duelo entre os litigantes, ditava autoridade e solitariamente o seu veredicto.”

Logo, o juiz não possuía iniciativa quanto à formação da prova, posto que apenas demonstrava a subsunção do alegado e provado pelas partes no processo à noção da lei vigente. Infere-se, portanto, que no modelo paritário a atividade processual é desenvolvida demasiadamente pelas partes.

Porém, esse arquétipo está distante da dialética inerente à procura da verdade – ainda que relativa – das alegações dos fatos, pois não se pode confundir imparcialidade com neutralidade. O juiz imparcial é equidistante para com as partes. Juiz neutro, inerte, é um “não-juiz”.



Por sua vez, em raciocínio *a contrario sensu*, tem-se o modelo processual assimétrico. Nas lições de Theodoro Júnior (2015, p. 73), “tal concepção estatista gestou o protagonismo judicial”. Esse modelo, consubstanciado na assimetria entre indivíduo-Estado, coroava o juiz como um sujeito hierarquicamente superior, “apoucando-se o papel das partes na definição do Direito com um contraditório fraco, formal e estático.” (MITIDIERO, 2015, p. 85). Com a aplicação deste modelo processual, era inevitável o “solipsismo” judicial, tal como é a queda do braço de uma balança, antes equilibrada, após o aumento do peso contido em um dos pratos.

Em um modelo processual assimétrico, as atitudes se voltavam para o enfraquecimento do papel das partes na busca da tutela jurisdicional, ao passo em que eram reforçados os poderes dos magistrados. Formou-se a consciência de que as intervenções estatais são a “panaceia” de todos os problemas, e que o alvorecer dos novos horizontes interpretativos conduziria à resolução das questões sociais.

A atuação judicial para produção de provas era a regra, o que induzia aos cerceamentos probatórios em prol da otimização numérica dos julgados. O sistema, erigido sobre areia e lama, despertava, notavelmente, inúmeras razões para uma releitura da organização processual.

Nesse contexto, é possível inferir que a aplicação dos modelos isonômico e assimétrico, escusos em relação ao adequado contraditório, impulsionou o surgimento de uma nova linha doutrinária, encabeçada na cooperação dos sujeitos processuais, numa verdadeira ideia de “comunidade de trabalho”.

#### **4 A COOPERAÇÃO MEDIANTE O SURGIMENTO DE UMA COMUNIDADE DE TRABALHO**

Segundo Didier Júnior (2015), através da leitura dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da regra da boa-fé processual, enxergam-se outros princípios, como os da cooperação e da primazia da decisão de mérito.

O artigo 6º, do novo Código de Processo Civil, expressamente aduz: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. Noutras palavras, trata-se da busca pelo equilíbrio de atuação dos sujeitos processuais, através de um modelo cooperativo incorporado e

interpretado pelos princípios do contraditório e da primazia da decisão de mérito.

Esse modelo possui laivos isonômicos, pois o órgão julgador deve conferir as partes iguais oportunidades de influir na decisão final; e ranços assimétricos, pois a decisão mantém-se como algo que foi sentido pelo juiz durante o trâmite processual, que deve ser preponderantemente “co-operativo”.

Logo, para implementação dessas ideias cooperativas, necessário o conhecimento científico dos fatos sociais, aliado à base normativa que conduz a diálogos, estabelecendo-se deveres aos sujeitos processuais (Advogados, Ministério Público, Defensoria Pública, etc.), sobremaneira o juiz, e as partes.

Quanto aos deveres do juiz, elenca-se no modelo cooperativo os de esclarecimento, prevenção e consulta, conforme indica Didier Júnior (2015). O primeiro, revela-se de duas formas: o juiz deverá esclarecer, junto as partes, as dúvidas que tenha sobre as alegações, pedidos ou posições apresentadas; outrossim, deverá prolatar decisões claras, preferindo a resolução do mérito da causa ao não enfretamento dos pedidos deduzidos pelas partes.

Já o segundo, o dever de prevenção, consubstancia-se na incumbência do magistrado em apontar falhas do processo, bem como a maneira de corrigi-las. Por fim, caberá ao órgão julgador o dever de consultar as partes antes de decidir sobre quaisquer questões em que seja possível o exercício de influência, com o intuito de melhorar a qualidade do debate (MITIDIERO, 2015). Ressalta-se que a inobservância de quaisquer dos deveres indicados poderá gerar a nulidade da decisão por violação ao princípio do contraditório.

Em relação aos deveres das partes, destacam-se os deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção (DIDIER JÚNIOR, 2015). Quanto ao dever de esclarecimento, entende-se que os litigantes deverão redigir suas peças com objetividade e coerência, sob pena de inépcia. Já o dever de lealdade, decorre diretamente da proibição da litigância de má-fé. Por derradeiro, o dever de proteção é revelado pela responsabilidade objetiva da parte que causa danos à outra (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Em suma, esses são os deveres basilares do modelo cooperativo, cuja observância é indispensável para a formação de uma “comunidade” de trabalho.

Feitas essas considerações, uma questão insiste em aflorar à superfície: o conjunto dos atores processuais poderá constituir uma “comunidade” de trabalho?

## 5 COMUNIDADE OU SOCIEDADE DE TRABALHO?

A proposta de formação de uma “comunidade” de trabalho para efetividade do modelo cooperativo é majoritária. Nesse sentido, utilizando-se a perspectiva do jogo de ténis, em que o bate e rebate de autores poderá construir uma fixação única, e diversas acepções acerca do mesmo tema, passa-se à análise do termo “comunidade” aplicado ao processo civil.

Segundo Theodoro Júnior (2015, p. 107) “o princípio da cooperação tende a ‘transformar o processo civil numa comunidade de trabalho’, na qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais – partes, juiz e intervenientes – a fim de alcançar ‘a solução mais adequada e justa ao caso concreto’.”. Por seu turno, vindica Mitidiero (2015, p. 52) que “a colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho [...]”. No mesmo toar, consigna Marinoni (2015, p. 73) que uma comunidade de trabalho é aquela em que “o juiz tem o dever de cooperar com as partes a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de um diálogo efetivo, mais franco, aberto e ponderado [...]”.

Os autores citados se fundamentam nas premissas trazidas por Habermas, que esquadriña a concepção de uma democracia deliberativa, sustentada pelo uso comunicativo da linguagem, com o intuito de conduzir os sujeitos de Direito a um entendimento intersubjetivo (POLLI, 2013).

A esse respeito, em livro dedicado ao estudo da teoria da ação comunicativa habermasiana, Polli (2013, p. 17) escreve:

O intento é levar a um entendimento intersubjetivo, considerando o que cada participante do processo comunicativo pensa e argumenta sobre as questões em debate, para que todos os participantes possam posicionar-se e, como possibilidade, convergir em consensos prováveis e provisórios. A finalidade do debate intersubjetivo é coordenar ações de maneira

cooperativa, tendo como fim a formação de uma opinião que posso levar a um comportamento social solidário e cooperativo.

Todavia, Habermas (1997), ao refletir sobre o egocentrismo no mundo hodierno, míope quanto aos fins de integração social, mitiga os efeitos da libertação ocasionada pelo que chama de agir comunicativo. Aduz Habermas (1997) que nem todo uso da linguagem é comunicativo, tampouco toda comunicação linguística visa o entendimento mútuo na base de validade intersubjetiva.

Portanto, da análise dos fatos sociais – fenômenos que constituem objeto da Ciência do Direito – não é possível induzir a formação de uma “comunidade de trabalho” processual, tendo em vista que o processo se organiza em torno de pretensões faticamente antagônicas.

Nesse sentido, cooperar em um processo não pode significar que as partes se ajudarão umas às outras, como numa comunidade, e sim que deverão agir de acordo com os deveres decorrentes da boa-fé e seus anexos; deveres objetivos de não atrapalhar, de não transformar o processo em um ambiente hostil. Desta forma, o princípio da cooperação deve ser compreendido como um “meio-termo”; impõe um verdadeiro diálogo processual, que gera equilíbrio entre os sujeitos envolvidos; mas não retira a possibilidade de as partes agirem estrategicamente, conforme seus interesses.

No entanto, a perspectiva do agir comunicativo – técnica que busca o discurso prático de comunicação intersubjetiva – revela-se válida, desde que não exclua o agir eminentemente estratégico – técnica visando fins individuais (egoísticos) e que valoriza o discurso teórico – das partes em um processo judicial democrático.

Em síntese, Habermas (1997, p. 118-119) aponta:

A teoria do direito não é capaz de apropriar-se desta perspectiva participante; no entanto, ela tem condições de reconstruir a compreensão paradigmática do Direito e do Estado Democrático de Direito que serve de guia às pessoas privadas quando se dão conta das limitações estruturais inerentes à auto-organização da comunidade jurídica em sua sociedade

Assim, não se pode descartar o valor da teoria da ação comunicativa, que, adaptada à delicadeza

da poesia de Mário Quintana (Das utopias), equivale à presença das estrelas nos tristes caminhos abertos pela relatividade dos fatos sociais, objetos dos estudos sobre o processo.

Estabelecida a premissa de que a cooperação reside apenas entre o juiz e as partes, e não entre o requerente e requerido, resta a discussão quanto a expressão “comunidade” de trabalho, difundida na doutrina. Para responder à indagação, é necessário compreender a oposição binária Comunidade-Sociedade, proposta pelo sociólogo Ferdinand Tönnies, em 1887.

Em síntese, Mazuolli (2015) elucida a diferença sociológica trazida por Tönnies, explicando que uma “Comunidade” seria uma forma de união baseada no afeto e na emoção dos seus membros, capaz de criar um vínculo natural e espontâneo (essencial) entre eles. Por outro lado, “Sociedade” seria um produto da vontade racional ou instrumental dos associados, nascida de uma decisão voluntária dos mesmos.

Em posicionamento crítico acerca do tema, o sociólogo polonês Bauman (2003) pontifica que comunidade “é nos dias de hoje outro nome do paraíso”, pois seria um ambiente em que as discussões são amigáveis, onde todos possuem os mesmos desígnios.

Pelo cotejo com os posicionamentos acima elencados, constata-se que a redação do artigo 6.º, do novo Código de Processo Civil, pressupõe a formação de uma comunidade, algo positivo no plano das ideias, com otimismo elevado. No entanto, há pontos negativos de uma legislação auspiciosa, destoante dos fatos sociais.

Calamandrei (2002), em suas investigações acerca da Psicologia processual, ensina que é preciso evitar uma legislação muito otimista, pois conduz ao raciocínio de uma sociedade genuinamente honesta, sem desvios, sem antijuridicidades. Para o jurista italiano, cada ser humano é um mundo moral, inacabado, imprevisível frente as leis quando em “jogo” interesses próprios.

Por isso, verifica-se que o termo “sociedade de trabalho” se revela mais adequado à trama processual, pois representa fidedignamente o papel dos seus atores no roteiro da realidade. O legislador acertou em promover um processo cooperativo, porém, com a força da hermenêutica e com os desdobramentos doutrinários, os pequenos detalhes, ainda em desajuste, não de se acertar.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi fomentar os estudos acerca do paradigma cooperativo institucionalizado pelo novo Código de Processo Civil. Através da averiguação bibliográfica, a pesquisa científica se mostrou valorosa, com poucas certezas, e infinitesimais dúvidas.

O percurso histórico catalogou a adaptação do Direito Processual, desde a tecnologia dos conceitos (processualismo científico) até a humanização trazida pelo *status* constitucional dos princípios do processo (devido processo legal; contraditório; ampla defesa; vedação de provas ilícitas).

Constatou-se a ingerência da teoria da ação comunicativa de Habermas no modelo cooperativo brasileiro, demonstrando as reflexões doutrinárias por ela inspiradas na busca por uma democracia deliberativa, sustentada pelo uso comunicativo da linguagem.

Inolvidável, também, o enfoque dado ao princípio do contraditório substantivo em um modelo cooperativo, mediante a análise dos deveres dos sujeitos processuais, consecutórios da regra da boa-fé objetiva.

Por derradeiro, examinou-se o eventual desajuste terminológico quanto à palavra “comunidade”, postulando que o processo se enraíza num ambiente de controvérsias, em verdadeira “sociedade”, que deve cooperar em busca de uma solução integral do mérito da demanda.

## REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo; LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A incompreendida concepção de processo como situação jurídica: vida e obra de James Goldschmidt. In: *Panóptica*, Vitória, ES, v. 17, p. 23-48, 2009.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O processo constitucional como garantia da efetividade dos direitos fundamentais. In: *Revista Del Rey*, Belo Horizonte, ano IV, n. 11, jul.-dez. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CALAMANDREI, Pierro. O processo como um jogo. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.23, jan.-mar. 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. v. I. Campinas: Bookseller, 1998.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2008.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 10.<sup>a</sup> reimpressão.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. I. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Emani Gertz. Brasília: Ed. UnB, 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAIS, Regis de. *Sociologia jurídica contemporânea*. São Paulo: Alínea, 2009.

PÁDUA, Marsílio. *O defensor da paz*. Tradução e notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: *Revista de Processo*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, v. 26, n. 102, p. 55-67, abr.-jun. 2001.

PIAZZA, Valmor Júnior Cella. A natureza jurídica do processo: situação jurídica, jogo e as consequências em um processo penal democrático. 2009. 145 p. Monografia (Bacharelado em Direito)–Universidade Vale do Itajaí, São José, SC, 2009.

POLLI, José Renato. *Habermas: agir comunicativo e ética do discurso*. 2. ed. Jundiaí-SP: In House, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo I. Campinas-SP: Bookseller, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro.

Forense, 2015.

VON BÜLLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.



## A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS E O POSTULADO DA LEGITIMAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA

*Maria Cecília Magalhães Chaves<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apresentar a concepção política de justiça concebida por John Rawls enquanto relacionada à legitimação das desigualdades sociais para se colimar o fim da justiça social. Para tanto, a teoria em análise está respaldada pela percepção da justiça como instrumento de equidade na qual há o escopo de se alcançar a estabilidade e união social através da articulação dos valores da liberdade e igualdade. Deste modo, com vistas a expor os conceitos que balizam a teoria rawlsiana, o trabalho em questão elencará os postulados fundamentais engendrados para a compreensão da justiça, a saber, estrutura básica, posição original, véu da ignorância e os princípios da justiça: princípio da igualdade e princípio da diferença. Apresentados tais conceitos, busca-se demonstrar como eles se articulam na teoria da justiça de Rawls enquanto relacionados ao reconhecimento da validade da existência de desigualdades sociais para a promoção de justiça.

**Palavras-chave:** Justiça, equidade, desigualdades sociais.

### ABSTRACT

The present work aims to present the political conception of justice conceived by John Rawls as related to the legitimation of social inequalities in order to collapse the end of social justice. Thus, the theory under analysis is supported by the perception of justice as an instrument of equity in which there is the scope of achieving stability and social union through the articulation of the values of freedom and equality. Thus, in order to expose the concepts underlying the Rawlsian theory, the

work in question will list the fundamental postulates engendered for the understanding of justice, namely, basic structure, original position, veil of ignorance and the principles of justice: the principle of equality and principle of difference. These concepts are presented to demonstrate how they are articulated in the theory of justice of Rawls while related to the recognition of the validity of the existence of social inequalities for the promotion of justice.

**Keywords:** Justice, equity, social inequalities.

### 1 INTRODUÇÃO

A existência de desigualdades é aspecto há muito presente na organização dos grupos sociais. Desde os primórdios que as sociedades buscam se estruturar a fim de equalizar as diferenças. A má distribuição dos bens e riquezas é algo que gera conflito e desta forma inviabiliza a harmonia do corpo social, culminado assim em um estado de desordem.

Neste sentido é que insurgem as concepções sobre a justiça e que estão alicerçadas nas teorias políticas destinadas a conceber de que modo são construídas as regras e princípios tidos como justos.

A princípio, toda a compreensão acerca do justo esteve relacionada às matrizes contratualistas. A partir de abordagens libertarianas, a questão da justiça vinculava-se ao Direito Natural de propriedade, o qual enfocava a justa aquisição do direito, seja por origem natural ou por transferência.

Ao longo dos tempos, outras teorias foram surgindo de modo a refutar as concepções em voga

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho; Pós-Graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti; Advogada.

ou mesmo reorganizá-las. Desde modo é que se insurge a teoria concebida por John Rawls.

Objetivando a construção de uma sociedade livre e justa, a teoria de Rawls vai de encontro às teorias contratualistas, de modo a opor-se à concepção utilitarista, a qual está balizada pela lógica da maximização do prazer, através do princípio da felicidade maior.

Ao se pensar no âmbito da organização da sociedade bem como nas bases daquilo que deve fundamentá-la, a teoria de John Rawls propõe que a distribuição dos bens e riquezas deve estar amparada por regras e princípio justos. Deste modo é que tal teoria incide sobre os aspectos reguladores da justiça distributiva.

Rawls entende a justiça pelo enfoque da liberdade e da igualdade de oportunidades. Para o referido autor os princípios da justiça são construídos a partir de uma situação imaginária denominada de posição original, na qual as pessoas escolheriam as regras sobre a sociedade imbuídas por um véu de ignorância, de modo que elas não saberiam nada a respeito de suas posições sociais ou predisposições morais. Neste contexto é que elas alcançariam um consenso, abstraindo de vantagens ou desvantagens concretas, no qual seriam reveladas as escolhas de quais princípios seriam considerados justos para reger a sociedade.

Em se tratando dos princípios considerados como justos, a teoria rawlsiana propõe que todos devem ter a mesma liberdade. Neste ponto é que a teoria de Rawls se relaciona com a questão das desigualdades sociais.

No âmbito da existência de desigualdades, a teoria de Rawls apresenta dois postulados elementares. O primeiro dele é o Princípio da Diferença que busca beneficiar os desfavorecidos e propõe que as desigualdades devem ser preservadas e não extintas de forma a trazer benefícios, principalmente para os menos favorecidos. E o segundo que é o Princípio da Igualdade que traduz a ideia da igualdade de oportunidades no qual apenas as desigualdades que beneficiam são permitidas a fim de equalizar as desigualdades já existentes.

Ademais, a teoria de John Rawls propõe que o sistema econômico está interligado ao conceito de justiça, o que conduz a sua reflexão para o âmbito das instituições sociais, pois, para o autor, a melhor forma de administrar a justiça seria através das instituições, pois o sistema é naturalmente um produtor de injustiças de modo que não adianta a presença de pessoas virtuosas

na sociedade se não há instituições aptas a construir justiça.

Assim, tem-se que a teoria de John Rawls busca a correção das desigualdades a partir da consolidação da justiça. Diante de sociedades notadamente marcadas pela característica da heterogeneidade, na qual há níveis de distinção em relação às condições de vida, o modo de pensar e até mesmo as habilidades naturais é que repensar a questão da justiça se torna algo imperioso.

Deste modo, os elementos fundantes da teoria de Rawls são de suma relevância, pois viabilizam a compreensão daquilo que ele define como justo.

## 2 A ESTRUTURA BÁSICA COMO PRIMEIRA VIRTUDE DA JUSTIÇA

De acordo com a concepção de justiça desenvolvida por Rawls, o elemento essencial para a administração da justiça é a estrutura básica da sociedade. Deste modo é que as instituições sociais, as leis e demais estruturas sociais é que definem o tipo de justiça a ser produzida na sociedade.

Na definição de Silveira (2011, folhas 2):

A estrutura básica é compreendida como a forma pela qual as principais instituições se harmonizam em um sistema e a forma específica de essas instituições distribuírem direitos e deveres fundamentais. As partes da estrutura básica da sociedade são a constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade, a organização da economia e a natureza da família (PL, VII, § 1: 258). A estrutura básica é o sistema social de fundo em que tomam parte as atividades de associações e indivíduos, sendo a estrutura básica o que assegura a justiça de fundo (JF, I, § 4.1: 10).

As instituições sociais servirão de instrumento para garantir as condições justas da sociedade. Segundo Rawls (*apud* QUINTANILHA, 2010) não obstante a existência aparente de transações justas e equitativas na estrutura social “se essa estrutura não for convenientemente regulada e ajustada, o processo social deixará de ser justo.”

A ideia de Rawls é demonstrar a importância da estrutura básica da sociedade como elemento garantidor da justiça para todos os membros da sociedade, independentemente de qual seja a posição social ou econômica ocupada. Deste modo



é que ele compreende que as instituições sociais são de suma relevância para o processo de construção da justiça, pois segundo Rawls (*apud* TRINDADE, 2014) será a estrutura básica da sociedade que irá “definir os encargos, as obrigações, os direitos e deveres que serão exercidos pelos indivíduos, na qualidade de sujeitos representativos.”

A forma pela qual a estrutura básica está organizada influi nas relações sociais desenvolvidas, pois permite a construção de laços cooperativos. Deste modo é que a estrutura básica serve para regular e estabilizar as sociedades, pois “são essas instituições que tem o papel de regular a distribuição dos bens e proporcionar a justiça distributiva em uma sociedade de cooperação social.” (TRINDADE, 2014, p. 158).

Em se tratando da estrutura básica como a primeira virtude para se alcançar a justiça, tem-se que o escopo precípua da teoria rawlsiana é o de formular uma concepção cujos princípios postulados sejam capazes apresentar as instituições sociais como articuladas para a justa distribuição dos direitos bem como para a divisão dos benefícios obtidos mediante a cooperação social.

Assim é que a forma pela qual as instituições vão se organizar terá como pano de fundo a cooperação social, a qual visará a distribuição equitativa dos bens materiais e imateriais produzidos na sociedade, bem como a maneira pela qual as desigualdades serão enfrentadas.

Deste modo, torna-se visível que a teoria de Rawls atribui muita relevância a estrutura básica como elemento para alcançar a justiça. Assim é que para ele para a justiça tem primazia em relação ao bem.

Conforme Rawls (2003, p. 3-4):

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficiente e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.

Na teoria de Rawls, as instituições “deverão ser reguladas, proporcionando condições, para que os resultados acumulados ao longo do tempo, nas transações entre indivíduos, empresas, corporações ou associações, seja para o proveito de todos;” (TRINDADE, 2014, p. 159-160).

Neste contexto, segundo Trindade (2014) a

teoria de Rawls prevê a possibilidade de acontecer algumas distorções econômicas, como ocorre em qualquer regime econômico, o que pressupõe que as instituições precisam ser permanentemente reorganizadas a fim de evitar o surgimento de desigualdades que possam ocorrer em prejuízo dos menos favorecidos.

Desta forma, Rawls trata a interferência do Estado na economia como forma de restaurar a justiça e evitar possíveis distorções de modo que as suas proposições chegam “a uma teoria da justiça no quadro da qual se aceitam desigualdades econômicas e sociais apenas na medida em que beneficiem os mais desfavorecidos.” (TRINDADE, 2014, p. 160).

### 3 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE A PARTIR DA POSIÇÃO ORIGINAL E SOB O VÉU DA IGNORÂNCIA

A teoria concebida por John Rawls está alicerçada em alguns pressupostos fundamentais. Neste sentido é que as proposições apontadas pelo autor trazem a lume um novo paradigma sobre a ideia de justiça. Nesta senda, este novo arquétipo teórico contempla de forma essencial os postulados da teoria contratualista.

O ponto central da teoria rawlsiana reside na ideia da justiça como equidade. Para a formação desta fundamentação é imprescindível a noção do contrato social, a qual concebe a organização da sociedade a partir da associação e acordo de vontade entre os indivíduos através de um pacto social de cooperação.

Nesta lógica de cooperação é que emerge o postulado da posição original. A fim de conceber um sistema em que a estrutura básica da sociedade seja capaz de produzir justiça e ainda remediar a produção das desigualdades a ideia da posição original, Rawls pensa na perspectiva de se alcançar a justiça mediante um contrato hipotético. Neste contrato, as pessoas, racionais, livres e iguais, criam uma sociedade regida por princípios de justiça que foram definidos a partir de uma situação hipotética de total imparcialidade, em que elas pensam naquilo que é justo e não no que é pessoalmente vantajoso.

Segundo Quintanilha (2010), para Rawls é importante este acordo porque ele julga que “os princípios primordiais da justiça constituem o objeto de um acordo original em uma situação adequadamente definida.”

Na definição de Silveira (2009, folhas 1):

A posição original (*original position*) funciona como um procedimento deontológico que estabelece os pressupostos filosóficos para a escolha de princípios, sendo estes pressupostos considerados como uma situação inicial de igualdade entre as partes que escolhem os princípios sem poder recorrer ao conhecimento das situações contingentes, isto é, estando sob o véu da ignorância (TJ, III, § 20-30).

É possível perceber que “na posição original, o cidadão encontra-se envolto por um véu da ignorância, o que permite com que sejam abstraídas as contingências do mundo social, fazendo que essas não afetem no momento da escolha dos princípios [...]” (QUINTANILHA, 2010, p. 37).

Para Silveira (2009), o propósito desta situação hipotética é definir uma opinião recíproca entre os sujeitos com bases na qual se possa definir um acordo equitativo entre os indivíduos dotados de liberdade e igualdade, o qual se dá mediante o distanciamento das circunstâncias particulares da estrutura básica já existente. Desse modo, revela-se a importância do véu da ignorância para a teoria de Rawls.

Segundo Bruneto (2014, p. 4) “o véu da ignorância é uma descrição metafórica para descrever a posição original que Rawls afirma ser hipotética, onde as partes tem uma capacidade para a justiça em um sentido puramente formal e imparcial.”

Para a referida autora, as pessoas, sob o véu da ignorância, agem em situação de imparcialidade total de modo que não sabem sobre o lugar que ocupam na sociedade e, por assim ser, não almejam benefícios e privilégios, nem têm a intenção de lesar o outro, pois não se movem por afetos ou rancores, e ainda não cultivam vaidade e inveja.

Conforme as proposições rawlsianas:

A ideia da posição original consiste em estabelecer um procedimento equitativo, de modo que sejam justos quaisquer que venham a ser os princípios acordados. O objetivo é usar a noção de pura justiça processual como uma base da teoria – de algum modo precisamos anular os efeitos das contingências específicas que embaraçam os seres humanos e os tentam a explorar circunstâncias sociais e naturais em vantagem própria. Então, a fim de fazê-lo, presumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Não sabem como as várias alternativas afetarão seu caso particular e são

obrigadas a avaliar os princípios tão só a base de considerações gerais (RAWLS, 2003, p. 119).

Rawls entende que neste contexto de igualdade as pessoas aceitam a posição original de modo a se alcançar entre os indivíduos um consenso do que é justo. Para Quintanilha (2010), este consenso refere-se a delimitação dos termos equitativos da cooperação que tem por objetivo reger a sociedade de maneira justa.

Deste modo, conforme Quintanilha (2010) o que se percebe com as proposições engendradas por Rawls é que a sua teoria da justiça tem por fito garantir consensos básicos que seja escolhidos de maneira equitativa, no qual os princípios definidos para reger a estrutura básica social sejam justos e aptos a assegurar a cooperação social.

É neste contexto, então, que surge o entendimento da justiça a partir da equidade. Segundo Silveira (2009, p. 142), uma vez que o teor do contrato firmado sob o véu da ignorância versa sobre princípios de natureza justiça, na posição original “são estabelecidos os termos justos da cooperação entre os cidadãos. Por isso é adotada a expressão justiça como equidade (*justice as fairness*).”

Assim, Rawls define que:

Melhor seria que a ideia principal fosse que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do acordo original. Estes princípios são os que as pessoas livres e racionais, reunidas pelos mesmos interesses, adotariam inicialmente quando todos estivessem numa posição de igualdade, para definir os termos fundamentais da associação que estariam fazendo. Estes princípios irão regular todos os futuros entendimentos; iriam especificar os gêneros de cooperação social que poderiam vir a ser incluídos no governo, assim como determinariam as formas de governo. A esta maneira de ver os princípios de justiça chamaremos de justiça como equidade (RAWLS, 2003, p. 33).

Destarte, tem-se que as linhas basilares da teoria rawlsiana, ao se conceber uma teoria da justiça com equidade, remetem ao contratualismo e cooperação social. A ideia da equidade fica evidente pelo postulado da posição original, pois presuppõe que as regras de justiça serão definidas em uma situação inicial em que todos estariam em posição de igualdade, ou seja, estariam em uma situação equitativa.

Acerca das lições de Rawls sobre a ideia da posição original e a sua presunção quanto à posição das partes atrás do véu de ignorância, já transcrito (RAWLS, 2003, p. 119), pode-se dizer que, ainda assim, existiriam situações conflituosas, as quais precisariam ser remediadas para se alcançar a justiça como equidade. Deste modo é que a teoria de John Rawls está balizada por princípios essenciais, os quais tem aplicação imprescindível para colimar os fins da justiça social.

#### 4 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

A teoria rawlsiana tem por escopo contruir princípios que norteiam as relações sociais a partir do paradigma da justiça como equidade. A concepção de Rawls preconiza que concretude da justiça se dá mediante um contrato inicial que vislumbra as premissas de igualdade e liberdade para a organização social. Para tanto, Rawls elenca princípios basilares para fundamentar o sistema de justiça.

Os princípios criados por Rawls se aplicam à estrutura básica da sociedade e, deste modo, regem a distribuição dos direitos e deveres, bem como regulam a repartição das vantagens econômicas e sociais. Tais princípios, segundo Coelho (2010), podem ser entendidos como “o primeiro princípio determina as liberdades, enquanto o segundo princípio regula aplicabilidade do primeiro, corrigindo assim as desigualdades que possam ocorrer [...]”. (COELHO, 2010, folhas 3).

Para Rawls (*apud* TRINDADE, 2014), estes princípios teriam a seguinte formulação:

A) Cada pessoa tem um direito igual ao sistema mais amplo de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos; B) as desigualdades sociais e econômicas são aceitáveis desde que (i) sejam estabelecidas para o maior benefício dos menos privilegiados e (ii) estejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

O princípio relativo à igualdade e à liberdade visa assegurar, no âmbito da estrutura básica da sociedade, a condição de igualdade a todos. Para Brunetto (2014, folhas 3) “entende-se por liberdade ampla as liberdades de expressão, crença, reunião, consciência, pensamento, política, ao direito de propriedade, não sofrer prisão

arbitrária.”.

No processo equitativo projetado por Rawls há grande importância a preservação das desigualdades sociais de modo que tal aspecto converge para o que ele define como o princípio da diferença e a ideia da igualdade de oportunidades.

Ainda segundo as lições de Brunetto (2014, folhas 3):

Sobre o segundo princípio, o direito à diferença e de igualdade de oportunidades, aplica-se a todos a distribuição de renda e bens assim como o acesso a cargos e funções de autoridade e comando. Há aqui um elemento redistributivo com relação às desigualdades econômicas e as diferenças sociais onde os desfavorecidos podem ganhar em condições equitativas de igualdade de oportunidades.

De acordo com Trindade (2014, p. 162), o princípio da diferença de Rawls “garante que as desigualdades sociais e econômicas resultem no maior benefício para os mais desfavorecidos em um contexto de oportunidades equitativas.”. Neste sentido, tem-se que a teoria da justiça de Rawls preconiza que apenas as desigualdades que beneficiam os menos favorecidos são permitidas.

Para Trindade (2014, p. 162), no que tange ao princípio da diferença e da igualdade de oportunidades, “há um elemento redistributivo com relação às desigualdades econômicas e às diferenças sociais onde os desfavorecidos podem ganhar em condições equitativas de igualdade de oportunidades.”.

Partindo destes princípios, é possível observar que na teoria de Rawls, a justiça pressupõe a igualdade de todos, e coexiste com as desigualdades. Para Trindade (2014), no âmbito da estrutura social a existência de desigualdades é inevitável. Para o autor, há desigualdades de ordem social e econômica e ainda há aquelas em função de origem social, dons naturais e oportunidades, no entanto, ainda que inevitáveis, segundo a teoria de Rawls, estas seriam necessárias para preservar a cooperação social.

Deste modo, acerca da formulação dos princípios de justiça da teoria rawlsiana, tem-se que os postulados elencados por Rawls servirão para nortear as ações das instituições sociais que compõem a estrutura básica da sociedade, bem como assegurar os valores de liberdade e igualdade a todos os indivíduos-membro, os quais serão

dotados de liberdade e igualdade para antigir os fins individuais bem como a cooperação social (QUINTANILHA, 2010). Destarte, é que quando a sociedade está organizada em consonância com princípios de justiça, os quais foram escolhidos embasados pelos postulados ora mencionados, tem-se a justiça como equidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito da organização de uma sociedade, muitas são as divergências e desigualdades existentes na estrutura social. Seja por ordem de classe social, econômica ou mesmo por caráter individual, tais contrapontos inviabilizam sobremaneira a harmonia e coesão do grupo.

As desigualdades são a todo modo enfrentadas e há óbices para se definir como distribuir os bens, riquezas e oportunidades, assim como há divergências em como conjugar os princípios aptos a reger o sistema.

Para sanar tais diferenças, alguns aspectos devem nortear a escolha daquilo que será definido como elemento basilar das organizações sociais. Dentre estes aspectos a questão de justiça é de suma relevância.

A abordagem da justiça é tema que está respaldado por diversas concepções políticas, as quais refletem distintas significações daquilo que é considerado justo. Neste contexto a teoria de Rawls emerge como a possibilidade de repensar os postulados da justiça.

Amparada na concepção de justiça como equidade e notadamente balizada pelas referências contratualistas, a teoria rawlsiana busca nos postulados da igualdade as bases para a construção de uma estrutura social justa. A justiça como equidade surge da ideia de um contrato social celebrado a partir da posição original e sob um véu de ignorância, no qual, se engendrado sob o princípio da diferença e com respeito ao valor da igualdade, será capaz de propiciar a construção de um sistema produtor de justiça social.

Na estrutura básica de uma sociedade os valores de igualdade e liberdade são difíceis de se equalizar. A tarefa de assegurar direitos e liberdades, associada à necessidade de igualar os sujeitos, é premissa historicamente propulsora de conflitos e desigualdades sociais. No entanto, a teoria de Rawls propõe a viabilidade de conjugar tais valores na organização da sociedade.

A justiça como equidade vem para repensar os aspectos da escolha parcial das regras e

princípios considerados como justos para a aplicação da justiça distributiva. Rawls formula a ideia de justiça enquanto originária de uma escolha imparcial, na qual os sujeitos estariam distantes de suas predileções ou vantagens, de modo que, imbuídos pela ignorância de quem são e quais posições detêm na sociedade, estariam aptos a escolher a equidade para nortear a concepção de justiça.

As desigualdades, na teoria de Rawls, são tidas como elemento propulsor daquilo que é justo. Ao contrário do que preconizam outras teorias sobre a justiça, a teoria rawlsiana tem por escopo demonstrar que a existência de desigualdades na sociedade é algo capaz de viabilizar a promoção da justiça.

Partindo do pressuposto de que as desigualdades devem servir de instrumento para beneficiar os menos favorecidos, e assim assegurar a igualdade de oportunidades, as desigualdades são tidas como legítimas dentro do sistema de justiça proposto por Rawls.

Assim, a teoria rawlsiana apresenta-se alicerçada nas concepções do liberalismo político, pois articula valores de igualdade e liberdade para a escolha de critérios racionais para a concretude da justiça.

Deste modo, o papel das instituições sociais, segundo Rawls, seria o de garantir oportunidades igualitárias a todos, de modo a permitir que, através do princípio da diferença, os menos favorecidos possam ser beneficiados. E assim se produzir justiça.

A teoria de Rawls evidencia a busca por uma sociedade bem ordenada, na qual o pressuposto da justiça seja exequível para a estrutura social. Deste modo, é possível concluir que a teoria de Rawls projeta um modelo de organização baseado nos postulados da liberdade e igualdade, os quais seriam os valores aptos a reger a estrutura básica da sociedade e, assim, influenciar no modo pelo qual iriam operar as instituições sociais no tocante à administração das desigualdades para colimar o fim da justiça social.

Tem-se, portanto, que a teoria da justiça formulada por Rawls é importante para contribuir para o desenvolvimento de estruturas sociais capazes de articular os valores de liberdade e igualdade para afirmação da justiça social. Seu pensamento é considerado como vetor de transformação social, uma vez que trata de maneira reflexiva a questão da legitimidade das desigualdades sociais para o alcance da justiça.

## REFERÊNCIAS

- BRUNETTO, Giancarla. O véu da ignorância de John Rawls e a utopia da justiça justa. Setembro 2014. Disponível em: <<http://www.giancarlabrunetto.com/Oveudaignoranciaeautopiadajusticajusta-setembro2014.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- COELHO, Karina Cavalcanti. Um conceito de justiça através da perspectiva de John Rawls. In: DireitoNet, 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5509/Um-conceito-de-Justica-atraves-da-perspectiva-de-John-Rawls>>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- QUINTANILHA, Flávia Renata. A concepção de justiça de John Rawls. In: Intuito Revista do PPG em Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, Ed. PUCRS, v. 3, n. 1, p. 33-44, jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107>>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 25, 1992. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100003)>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Organizado por Erin Kelly.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. Justificação pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls. Kriterion Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 197-211, jun. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2011000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2011000100011)>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. Trans/Form/Ação, Marília, SP, v. 32, n. 1, p. 139-157, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732009000100009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100009)>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- TRINDADE, Ubiratan. A ideia da estrutura básica como objeto primário da justiça em uma teoria da justiça de John Rawls. Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n. 42, p. 157-173, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/5551/3863>>. Acesso em: 11 mar. 2017.



## REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER: flexibilização das normas trabalhistas

*Raíssa Ismelina Soares de Oliveira<sup>1</sup>*

### RESUMO

Este artigo aborda as mudanças da Reforma Trabalhista do Governo Temer. Para tanto, pretende-se conceituar a flexibilização das normas trabalhistas e identificar os pontos positivos e negativos dessa mudança. Este trabalho tem como objetivo discutir se os direitos trabalhistas atualmente previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho estariam sendo violados pelas mudanças da reforma. Um dos pontos de controvérsia a ser tratado é com relação à jornada de trabalho. A Constituição prevê oito horas diárias e a reforma prevê que possa ser elevada a até doze horas diárias. A metodologia utilizada é a dedutiva, através da técnica de pesquisa bibliográfica. Apresenta como resultado a discussão sobre o retrocesso ou a melhoria nas relações de trabalho através das mudanças trazidas pela reforma.

**Palavras-chave:** Direito, Trabalho, Reforma.

### ABSTRACT

This article discusses the changes in the Temer Government Labor Reform. The purpose is to conceptualize the flexibilization of labor standards and identify the positive and negative aspects of this change. This paper aims to discuss whether the labor rights currently envisaged in the Federal Constitution and the Consolidation of Labor Standards would be violated by changes in the reform. One of the points of controversy to be addressed is with regard to the working day. The Constitution provides for 8 hours a day and the reform provides that it can be lifted up to 12 hours a day. The methodology used is the deductive, through the technique of bibliographical research. It presents as a result the discussion about the

retrocession or the improvement in the labor relations through the changes brought about by the reform.

**Keywords:** Law, Labor, Reform.

### 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda sobre as principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista do Governo Temer que visam à flexibilização das normas trabalhistas. A proposta do atual Governo é buscar, através da flexibilização das normas, manter os postos de emprego e diminuir a taxa de desemprego. Entre as medidas previstas no Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016, que está sendo atualmente em discussão perante a Câmara dos Deputados, está a mudança na jornada de trabalho, ora fixada em oito horas diárias com no máximo duas horas extras. A proposta é passarem a ser aceitas até quatro horas extras, totalizando doze horas diárias, desde que respeitado o limite de 48 horas na semana.

No entanto, esta e outras mudanças, têm gerados preocupação nas diversas classes: trabalhadores, sindicatos e empregadores.

A discussão que se trava com relação à Reforma é com relação a imposição dos acordos feitos através de negociações terem força de lei e se sobreponem à própria lei. Outro ponto controvertido sobre o assunto seria se essa mudança estaria afetando direitos já garantidos como o direito de férias concedido em um só período, em regra, podendo ser dividido em, no máximo dois períodos. Se aprovado o projeto, em dependendo das negociações entre empregados e empregadores, o período de férias poderá a ser subdividido em três partes, uma delas não podendo ser inferior a quinze dias.

<sup>1</sup> Egressa do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Advogada. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário e em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Direito Santo Agostinho.

O problema relevante nesta pesquisa é definir se a referida alteração na lei trabalhista seria a solução para os altos índices de desemprego que assolam o país.

O tema evidencia uma análise do Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016, em seus aspectos positivos e negativos para trabalhadores, empregadores e sindicatos. Busca demonstrar quais serão os pontos modificados e se adaptam à atual ordem constitucional e à atual situação de desemprego no Brasil.

Tal tema se revela de suma importância na medida em que se investiga a possibilidade do sistema normativo estar prejudicando direitos garantidos aos trabalhadores, e violando as garantias de proteção previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Pretende-se, neste artigo, primeiramente abordar um breve histórico da evolução das normas trabalhistas. Num segundo momento, almeja-se abordar sobre a flexibilização das normas trabalhistas, seu conceito e suas espécies para compreender o porquê da Reforma. E por fim, pretende-se abordar sobre os pontos trazidos com a mudança no Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016, comparando com os direitos vigentes.

## **2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO**

O labor faz parte da história da humanidade, pois o ser humano, ao buscar por alimento e proteção de sua família, sempre buscou, a partir de sua mão de obra, a sua sobrevivência.

Com a evolução da humanidade o viver em sociedade, passou a ser o melhor modo de sobrevivência, e com tal realidade, começaram a surgir líderes que organizavam essas sociedades recém-formadas. O comércio entre esses grupos se dava por meio de escambo, trocando riquezas formando um capitalismo primitivo.

Contudo, foi no período da Revolução Industrial que a regulamentação da mão de obra se tornou necessária, já que os empregados eram expostos a todo tipo de precariedade, não poupando nem mesmo crianças.

De acordo com Ongaratto (2010) os trabalhadores eram submetidos a jornadas de trabalho muito intensas, que chegavam a dezesseis horas, em condições de higiene precárias e sem a adequada proteção recebendo um ínfimo salário que garantia apenas que empregado permanecesse vivo para continuar trabalhando.

Diante de tal situação, não restou outra alternativa aos empregados a não ser realizar greves e quebra de maquinário das fábricas, sendo que esses movimentos de protesto foram apoiados pela Igreja e de pensadores comunistas como Marx e Engels.

As revoltas culminaram na consolidação de normas que protegessem o trabalhador, dispondo sobre condições mais dignas de trabalho e tratando de assistência social e muitos outros direitos foram normatizados.

No Brasil, foi durante o Governo Vargas que foram regulamentados os direitos trabalhistas, com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943. Tal diploma foi considerado de tamanha importância que repercutiu em todo o mundo. Aconteceram algumas evoluções na legislação desde então. Mas, pouco significativas, comparando com a parte praticamente fixa do texto da CLT.

Apesar de todas as mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, o Direito do Trabalho no Brasil continuou a ser regulamentado pela CLT de 1943, que não acompanhou as mudanças da sociedade.

A sociedade atual está cada vez mais capitalizada e globalizada. E a legislação do país deveria acompanhar as mudanças no mercado. É nesse contexto que se discute sobre a flexibilização das normas trabalhistas.

## **3 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS**

A palavra flexibilização é utilizada de maneira geral para se referir às inúmeras mudanças no Direito do Trabalho. Conforme Grosso (2007) as mudanças podem ser na questão da mobilidade geográfica e funcional dos empregados, na maleabilidade nos custos da mão de obra, na gestão dos recursos humanos, na organização do tempo de trabalho contemplando tantas outras formas de modificação no Direito do Trabalho. Isto porque o Direito do Trabalho está intensamente exposto à instabilidade da política econômica.

Segundo Zambotto (2016, p. 6) a flexibilização se divide em várias espécies, a saber:

A primeira classe de flexibilização é aquela inerente ao Direito do Trabalho, visto que busca sempre a proteção do trabalhador, atuando em seu benefício, sendo ela chamada de flexibilidade de proteção. Já a flexibilidade



de adaptação trata-se de uma adaptação feita por meio da autonomia coletiva. Em contraposto a estas, tem-se a flexibilidade de desregulamentação, a qual refere-se a desistência ou diminuição de direitos trabalhistas.

Um ponto que se deve atentar é com relação a desregulamentação que não se confunde com a flexibilização já que aquela busca eliminar direitos em troca da manutenção no posto de trabalho.

Para Martins (2002, p. 204), flexibilizar não seria desregulamentar normas, pois

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentar significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar a jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas.

O Governo tenta demonstrar que o que acontecerá com as normas é uma flexibilização para adequá-las às condições atuais do país, pois não estaria infringindo os direitos já garantidos.

O principal argumento é que o desemprego é gerado porque os direitos trabalhistas oneram as empresas, induzindo estas a cortes de despesas. E estas começam, via de regra, por demissões de empregados. A solução, para o Governo, seria que o processo negocial entre empresas, sindicatos e trabalhadores passasse a valer mais que o legislado. De acordo com Robortella (1994), nos casos de empresas que se encontram em dificuldades econômicas, a flexibilização seria mais favorável para que o trabalhador mantivesse seu emprego mesmo em condições inferiores, do que se transformar em desempregado.

Contudo, de acordo com o Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (DESEMPREGO, 2017), a

flexibilização dos direitos trabalhistas na Europa levou a uma generalizada diminuição dos níveis salariais, e não aumentou os postos de trabalho.

#### 4 PROPOSTAS PREVISTAS NA REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER

O Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016, visa em resumo alterar alguns pontos da CLT. Um deles diz respeito às negociações entre trabalhadores e empregadores, por meio de sindicato, terem força de lei como explicita o art. 611-A.

A convenção ou o acordo coletivo de trabalho, conforme o Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016, têm força de lei quando dispuser sobre:

I - parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda a, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho; II - pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais; III - participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas; IV - horas *in itinere*; V - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos; VI - ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria; VII - adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei n.º 13.189, de 19 de novembro de 2015; VIII - plano de cargos e salários; IX - regulamento empresarial; X - banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento; XI - trabalho remoto; XII - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e XIII - registro de jornada de trabalho.

Porém, há uma distinção entre Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho. Segundo Barros (2016, p. 993) Convenção Coletiva é “[...] um ajuste entre entidades sindicais visando a novas condições de trabalho, cuja a eficácia é *erga omnes*.” A CLT, em seu artigo 611, define que dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estabelecem condições de trabalho cabíveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. Já o Acordo Coletivo, para Nascimento (2003), é

um ato jurídico celebrado entre sindicato e uma ou mais empresas, no qual se firmam regras na relação trabalhista existente entre ambas, não se aplicando a todas as categorias, mas só à(s) empresa(s) estipulante(s). Dessa diferenciação entre Convenção e Acordo Coletivo percebe-se que tornar as decisões tomadas por uma minoria, que é o caso do Acordo Coletivo, em instituto com força de lei poderia ser prejudicial aos trabalhadores que não concordaram com o Acordo.

Além disso, alguns pontos da negociação que teriam força de lei como a jornada de trabalho estendida até doze horas por dia fará com que muitos trabalhadores sacrifiquem seu bem-estar em contrapartida da manutenção de seu posto de trabalho. Se essa proposta virar lei, em algumas categorias de trabalho, como a construção civil, o número de acidentes de trabalho, que nesse ramo costuma aumentar após a sexta hora trabalhada, seria alarmante.

Outro ponto a ser destacado é com relação ao intervalo durante a jornada de trabalho. O art. 71 da CLT fixa, hoje, o mínimo uma hora. Poderá ser de apenas trinta minutos, com a Reforma. Segundo Delgado (2016), o intervalo intrajornada é importante não só para a economia, mas também para a saúde e segurança do trabalhador.

A Constituição garante como direito social a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Diante disso, negociar sobre o intervalo durante a jornada seria agir de forma lesiva a tais direitos. Conforme inúmeras pesquisas, o descanso e alimentação adequados evitam até mesmo acidentes de trabalho.

Quem é a favor da Reforma diz que esta não irá afetar os direitos dos trabalhadores e, sim, flexibilizar normas já ultrapassadas. Para Pereira (2016) a possibilidade de contratação por horas de trabalho ou por produtividade permitiria ao trabalhador que ele pudesse ter vínculo com mais de uma empresa. Como exemplo disso, seria no caso de uma empresa de construção civil que necessitasse de um projetista para um novo lançamento. Ela poderia contratar trabalhador de outra empresa e esse profissional poderia fazer o trabalho em suas horas disponíveis, sendo pago por hora trabalhada ou pelo projeto pronto.

Com relação à inspeção do trabalho e trabalho informal, a Reforma traz mudanças positivas ao aplicar multa no valor de seis mil reais por empregado não registrado, acrescido de igual valor em cada reincidência e no valor de um mil

reais por empregado não registrado, quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Com relação à adesão ao Programa de Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015, que diz que o trabalhador poderá ter sua jornada e o salário reduzidos em até 30% e nesse caso, o Governo paga um complemento, que corresponde à metade da perda salarial do empregado, com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Este ponto poderá ser positivo ao trabalhador. Segundo Amaral (2016),

Os últimos dados do governo mostram que, até o início de novembro, foram registrados 188 pedidos de adesão encaminhados ao comitê do Programa de Proteção ao Emprego. Destes, 154 foram deferidos e 34 ainda estavam em processo de análise, com a manutenção do emprego de 63.345 trabalhadores e pagamentos de R\$ 170 milhões em recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

A Reforma seria uma força de refazer, com modificações significativas. o Programa de Proteção ao Emprego (PPE), diminuindo a possibilidade de fraude, aumentando o controle fazendo com que o Ministério do Trabalho possa combater melhor a precarização do trabalho, além do aumento do valor das multas para devida punição dos que infringirem o PPE.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das negociações, o trabalhador vem perdendo progressivamente seus direitos em contrapartida de sua manutenção no emprego. Dessa forma, juristas e doutrinadores discutem se os Acordos e Convenções Coletivas, tendo agora força de lei, seriam legítimos.

Outro ponto a se questionar seria a respeito de quais normas poderiam ser flexibilizadas, pois a própria Constituição Federal permite que a negociação coletiva para a diminuição de salário por meio de Acordo Coletivo, e também, a criação do banco de horas que permitisse que horas extraordinárias pudessem ser compensadas em momento posterior, em vez de serem pagas com seu respectivo adicional. Essas hipóteses são restritivas, não podendo ser estendidas a outros direitos.

A Reforma traz pontos prejudiciais ao trabalhador, como a jornada de trabalho de doze

horas diárias, mas também possui mudanças que possam vir a possibilitar a manutenção de postos de trabalho. Porém, o país ainda não está preparado para um momento de grande flexibilização das normas, pois a proteção ao direito dos trabalhadores ainda é frágil.

Não se pode afirmar que apenas com essas mudanças novos postos de trabalho poderiam surgir, pois as causas que estruturam o desemprego são muito diversificadas e têm por consequência outros fatores que não têm qualquer ligação com a presumível inflexibilidade da legislação vigente.

O Direito do Trabalho hoje se encontra em uma fase de mudanças, nas quais o trabalhador, num contexto de excesso de mão de obra, como também pelas inovações tecnológicas e a globalização, vê-se, cada vez mais, ameaçado. E faz de tudo para proteger seu posto de trabalho, aceitando o que vier ser acordado em negociações coletivas.

Portanto, deve-se preservar a ordem constitucional em que os direitos fundamentais do trabalhador devem prevalecer, não podendo dessa forma admitir que o núcleo dos direitos trabalhistas, nem por a Emenda Constitucional, nem por negociação coletiva que venha a prejudicar a situação de um trabalhador, sob pena de haver o risco de se desestruturar toda a luta por direitos a condição dignas de trabalho.

Dessa forma, pode-se concluir que não seria possível aceitar todos os pontos da Reforma, pois alguns pontos são prejudiciais ao trabalhar e infringem direitos fundamentais, não podendo, como propõe o Governo, serem esses direitos objeto de livre negociação, pois o direito do trabalho, conforme explicita Zambotto (2016) está apoiado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de retrocesso social, da proteção e da norma mais favorável.

Portanto, a negociação coletiva deve primar pela melhoria das condições de trabalho não se admitindo que os direitos do trabalhador se percam, verificando que mesmo que a Constituição Federal aceite a flexibilização de algumas normas, isso não significa que esteja permitindo que os direitos conquistados sejam revogados em negociações coletivas.

Desse modo, a Reforma deve ser revista pelo Poder Legislativo no que tange aos tópicos que retrocedem direitos já garantidos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.962, de 2016. Altera o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Câmara dos Deputados, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1.º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943, retificado pelo Decreto-Lei 6.353, de 1944 e retificado pelo Decreto-Lei 9.797, de 1946.

BASIL. Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015. Institui o Programa de Proteção ao Emprego - PPE. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 nov. 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr., 2016.

DESEMPREGO estrutural e direito a trabalho digno. Jusbrasil. Disponível em: <<https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/6381/desemprego-estrutural-e-direito-a-trabalho-digno>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GROSSO, Cristiano Pinheiro. Limites da flexibilização no direito do trabalho à luz do desenvolvimento econômico e social. Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade de Marília. 2007. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062649.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062649.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ONGARATTO, Vinícius. Flexibilização das normas trabalhistas: um discurso sobre a problemática dos encargos sociais a partir do empregador. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8809&revista\\_caderno=25](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8809&revista_caderno=25)>. Acesso em: 18 fev. 2017.

PEREIRA, André Arnaldo. Reforma trabalhista:

o que existe de positivo? Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/andrearnaldopereira/artigos/reforma-trabalhista-o-que-existe-de-positivo-2715>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 1994.

ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12541&revista\\_caderno=25](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25)>. Acesso em: 19 fev 2017.

***ELO COM  
OUTRAS IES***

---



## OS DIREITOS HUMANOS NAS UNIDADES DE DETENÇÃO ARGENTINAS: realidade ou utopia?

*Paula Ximena Morales<sup>1</sup>*

### 1 ABORDAGEM DO TEMA

Através do presente artigo, será abordado o tema referente aos Direitos Humanos das pessoas que se encontram detidas por ordem de autoridade competente, no contexto de diferentes processos judiciais.

Será analisado o direito daqueles que estão sendo julgados e que deverão estar em detenção carcerária durante o tempo que os Tribunais ordenem; e se as condições do alojamento carcerário são as que respeitam seus direitos, à luz daqueles contemplados na Constituição Nacional da República Argentina e dos Tratados Internacionais.

A abordagem que se aproxima se introduzirá na temática para tentar determinar se as atuais condições nas quais apresentam as prisões argentinas cerceiam ou contemplam o respeito aos detidos processados e detidos condenados, em termos de garantir suas necessidades básicas.

### 2 CONTEXTO LEGAL QUE GARANTE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS DETIDOS

#### INTRODUÇÃO

O mandato constitucional é claro em termos de tratamento que devem receber em suas condições de alojamento as pessoas que tenham sido privadas de sua liberdade por ter cometido

delitos. O artigo 18 da Constituição Nacional da República Argentina (CN) estabelece que “[...] As prisões da Nação serão saudáveis e limpas, para a segurança e não para o castigo dos réus detidos nelas, e toda medida que a pretexto de precaução conduza a mortificá-los além do que aquela exija, fará responsável o juiz que a autorize”.<sup>2</sup>

Ao mesmo tempo, o bloco de constitucionalidade conformado pelos instrumentos internacionais de Direitos Humanos (DH) subscritos por nosso país (CN artigo 75, inc. 22), integra o âmbito supralegal de obrigações que devem ser observados no sistema penal, fundadas no respeito aos direitos das pessoas privadas de sua liberdade e no compromisso de prevenir, investigar e sancionar os delitos que se cometem através de sua violação.<sup>3</sup>

Neste sentido, podem ser mencionados dentre os principais instrumentos vigentes: Declaração Universal de Direitos Humanos – art. 5.º –, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – art. 7.º –, Convenção contra a Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes das Nações Unidas – arts. 2.º, 11, 12, 13 e ccdtes; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – art. 5.º –, Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura – art. 1.º, 6.º e ccdtes.; Convenção sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – arts. 1.º, 2.º, 5.º, inc. a, e 12 –; Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU; Princípios sobre a aplicação da legislação

<sup>1</sup> Advogada (Universidade de Buenos Aires - UBA); funcionária judicial da Justiça Nacional no Criminal e Correccional Federal; pós-graduação em Especialização em Administração de Justiça – UBA. Membro argentino da AAJC.

<sup>2</sup> Constituição Nacional da República Argentina, artigo 18: “Nenhum habitante pode ser apenado sem julgamento prévio fundado em lei anterior ao acontecimento do processo, nem julgado por comissões especiais, ou tirado dos juízes designados pela lei antes do acontecimento da causa. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo; nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa em julgamento da pessoa e dos direitos. O domicílio é inviolável, como também a correspondência epistolar e os papéis privados; e uma lei determinará em quais casos e com quais justificativas poderá proceder sua busca e apreensão. Ficam abolidos para sempre a pena de morte por causas políticas, toda espécie de torturas e flagelos. As penitenciárias da Nação serão saudáveis e limpas, para a segurança e não para castigo dos réus detidos nelas, e toda medida que a pretexto de precaução conduza a mortificá-los além do que aquela exija, fará responsável o juiz que a autorize.”.

<sup>3</sup> Constituição Nacional da República Argentina, artigo 75, inc. 22: “Aprovar ou rejeitar tratados celebrados com as outras nações e com as organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e as concordatas têm hierarquia superior às leis [...]”.

internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero e Protocolo de Istambul das Nações Unidas.

A República Argentina foi o primeiro país da América Latina a ratificar o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura da ONU, em 15 de novembro de 2004 (aprovado pela Lei 25.932).

Através da promulgação da Lei 26.827, a Argentina criou o “Sistema Nacional de Prevenção de Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes” (sancionada em 28-11-2012, promulgada 7-1-2013).

O objetivo é “[...] garantir todos os direitos reconhecidos relativos à prevenção e proibição da tortura e outros tratos ou penas cruéis, inumanos ou degradantes [...]” (art. 1.º).

A partir desta Lei de ordem pública e de aplicação em todo o território da República Argentina (art. 2.º), estabelece-se um sistema coordenado de controle de lugares de confinamento que se realizará por parte de organismos que se criem para este fim e os existentes, estabelecendo expressamente como princípio do sistema:

[...] o fortalecimento das capacidades dos organismos estatais e não estatais que desempenham funções vinculadas ao monitoramento dos lugares de detenção e defesa dos direitos das pessoas privadas de sua liberdade. Em nenhuma circunstância poderá ser considerado que o estabelecimento do Sistema Nacional de Prevenção [...] implica uma restrição ou enfraquecimento dessas capacidades [...] (art. 5.º).

Este mecanismo desenvolve um sistema de visitas preventivas aos lugares de detenção mediante a consolidação de mecanismos de visitas nacionais e internacionais, podendo acontecer em qualquer lugar de detenção, sem necessidade de contar com a autorização prévia das autoridades.

No que diz respeito ao contexto legal do monitoramento de lugares de detenção, promulgaram-se distintas leis nacionais que contemplam expressamente o respeito e trato digno das pessoas detidas: Lei N.º 26.061, de Proteção Integral dos Direitos das Crianças e Adolescentes – arts. 9.º, 27, 28 e conc. –; Lei Nacional de Saúde Mental N.º 26.657 – arts. 7.º e conc. –, Lei N.º 24.660, de Execução Penal – arts. 3.º, 9.º e conc.

Estas disposições se integram com instrumentos específicos incorporados ao Direito

vigente, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas com Deficiência.

### **3 DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DA SUA LIBERDADE**

Violência é a palavra que predomina nas unidades carcerárias. Violência do sistema, violência de detidos sobre outros detidos, violência dos integrantes do serviço penitenciário sobre os internos. Nesse contexto, os direitos dos detidos se veem totalmente cerceados ou reduzidos até o mínimo do possível.

É interessante a postura sustentada em particular por Florentín Meléndez Padilla, que foi o primeiro Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, Relator da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para Argentina, Bolívia, México e República Dominicana, Ministro do Supremo Tribunal de Justiça de El Salvador – por citar apenas parte do seu extenso currículo –; ao sustentar que a prática da violência carcerária denota uma situação de insegurança no interior das prisões e que não é – como deveria ser em um estado de direito – o próprio Estado que garante os direitos fundamentais no interior das unidades carcerárias, mas são os mesmos internos que têm sob sua responsabilidade, de fato, a vigilância e segurança nas prisões.

Esta situação é inaceitável em um sistema democrático que não pode deixar de se envolver na responsabilidade de garantir a segurança no interior das prisões porque existe vida em seu interior. E se há vidas e direitos, o Estado é a principal garantia, tal como afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos em algumas das suas sentenças.

Não só se encontra violência ou alguma forma de abandono nas prisões ou retardo na atuação da justiça, especialmente em matéria da execução da pena, mas também em condições carcerárias deploráveis (FREILER; BALLESTERO, 2013, p. 31).

Em relação aos tratos cruéis, inumanos e degradantes, deve-se lembrar que é o Estado que, através dos textos e a jurisprudência internacional em Direitos Humanos, a garantia especial no interior das prisões.



Assim foi indicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao resolver no caso “Fermín Ramírez contra Guatemala”, sustentando que “[...] toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em uma situação de detenção compatível com sua dignidade pessoal. Isso deve ser garantido pelo Estado porque este se encontra em uma posição especial de garantia em relação a essas pessoas porque as autoridades penitenciárias exercem um controle total sobre ele [...]”.

No caso “Walter Bulacio contra Argentina” a CIDH expressou que

[...] O Estado, como responsável pelos estabelecimentos de detenção, é a garantia dos direitos dos detidos [...] As autoridades estatais exercem um controle total sobre as pessoas que se encontram sujeitas a sua custódia. A forma como se trata um detido deve estar sujeito a um escrutínio mais estrito, considerando a especial vulnerabilidade daquela função estatal de garantia que cobra particular importância quando o detido é um menor de idade [...].

Os Princípios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelecem como premissa fundamental a reivindicação da dignidade humana e os direitos fundamentais como a vida e a integridade pessoal como direitos irrevogáveis, não suscetíveis de afetação sob nenhuma circunstância, nem mesmo nos estados de exceção ou emergência.

Parte-se também da premissa de evitar qualquer tipo de tortura que, segundo a jurisprudência europeia retomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, caracteriza-se por dois elementos centrais: 1) a intensidade da dor ou sofrimento; 2) a gravidade do dano ocasionado.

Intensidade e gravidade dos maus tratos, isso é o que deveria ser evitado.

#### **4 MONITORAMENTOS EFETUADOS EM UNIDADES CARCERÁRIAS ARGENTINAS**

**a)** Uma importante tarefa foi desenvolvida pelo Ministério Público Fiscal através da Procuradoria de Violência Institucional (PROCUVIN), criada no ano 2013.

Em três anos de funcionamento, efetuaram cem inspeções em lugares de detenção, aonde se verificaram uma multiplicidade de situações que

configuram graves violações aos direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade.

Considerando os distintos graus de afetação da integridade de quem se encontra em condições de confinamento, a PROCUVIN adotou numerosas medidas com diferentes alcances, todas elas dirigidas a cessar situações de tortura, inumanas ou degradantes seja de forma imediata ou por meio de propostas de modificação da ordem estrutural, ao mesmo tempo em que se formularam as denúncias penais correspondentes (ARGENTINA, 2017).

Podem ser relacionadas como ações promovidas pela citada Procuradoria, para essa finalidade, a confecção de:

- relatórios aos juízes, defensores e promotores de quem as pessoas detidas e entrevistadas se encontram a disposição;
- apresentação de *habeas corpus* individuais e coletivos;
- formulação de denúncias penais para a comissão de delitos constatados durante a inspeção;
- participação em Mesas de Trabalho com a presença de múltiplas agências estatais, formadas a partir de *habeas corpus* coletivos conduzidos;
- cessão imediata de situações inumanas e degradantes: provisão de água e alimentos, assistência médica, vestimenta, acesso à justiça, com a adoção de medidas durante o desenvolvimento da inspeção diante de flagrantes violações da dignidade das pessoas;
- fechamento de pavilhões durante inspeções, realizadas conjuntamente com funcionários judiciais;
- transferência imediata de detidos para dependências condizentes aos padrões de direitos humanos.

**b)** Outra contribuição muito significativa do Sistema de Coordenação e Seguimento de Controle Judicial de Unidades Carcerárias é ter como objetivo fundamental instar e desenvolver ações orientadas a garantir a vigência concreta dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade (arts. 5.1 CADH e 10.1 PIDCyP; Princípios para o Tratamento de Reclusos, Nações Unidas, ponto 5.<sup>o</sup>), destacando o valor da pessoa humana – que não perde, por sua detenção, a proteção da Constituição Nacional e das leis –, como objeto de tutela.

O Sistema está integrado pela Comissão de Execução Penal da Câmara Federal de Casação Penal; sua Subcomissão, composta por uma

magistrada da Câmara Nacional de Apelações no Criminal e Correccional, juízes de Tribunais orais e um juiz da Câmara Nacional de Apelações no Criminal e Correccional Federal; os juízes nacionais de execução penal; a Procuradoria-Geral da Nação, representada pela PROCUVIN; a Defensoria-Geral da Nação – Comissão de Prisões –, a Procuradoria Penitenciária da Nação; e em caráter de membros consultivos, o Colégio Público de Advogados da Capital Federal (CPACF) e o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS).

Nas visitas efetuadas, foram observadas inúmeras irregularidades e ostensíveis violações aos direitos humanos dos detidos que, em muitos casos, e sem prejuízo de se tratar de diferentes centros penitenciários, repetem-se.

O Sistema opera em nível nacional, portanto foram monitoradas prisões localizadas em diferentes províncias argentinas.

No mês de novembro de 2015, uma comissão do Sistema foi constituída no Centro Penitenciário Federal do Noroeste Argentino, localizado em General Güemes, Província de Salta, que está composto por dois estabelecimentos, um para mulheres e outro para homens. Da recorrida (inspeção) efetuada no primeiro, foi possível comprovar a ausência de ventiladores (destaca-se que o Norte argentino apresenta altas temperaturas nos meses de verão, havendo informado algumas internas que nos dias calorosos ligam um ar condicionado central que é desligado durante a noite e não chega a climatizar as celas); também não contam com aquecimento.

Muitas das mulheres alojadas apresentavam faltantes de peças dentais, indicando que em todos os casos o dentista optava por extrair a peça dentária que considerava danificada.

Expressaram que as revistas nas celas costumam ser violentas e desnecessárias e que em alguns casos incluem registros fílmicos com nudez.

Indicaram que outro grave problema se apresenta quando devem comparecer diante dos Tribunais, já que os traslados se realizam em caminhões que se encontram em condições de muito acúmulo de sujeira; e as presas vão algemadas, levando os agentes do serviço penitenciário seus filhos em braços, com altas temperaturas e sem possibilidade de alimentá-los. Relatou-se um quadro de uma menina que apresentou febre e desidratação depois de um traslado.

Não são proporcionados elementos de higiene para celas e pavilhões em quantidades

necessárias. Igualmente, acontece com os artigos destinados à higiene pessoal, que são escassos. Não recebem assistência médica, odontológica e nem ginecológica.

Durante a noite, devem colocar na fenda que se encontra debaixo das portas que fecham as celas, panos ou outros elementos para evitar que ingressem cobras ou insetos.

No estabelecimento que aloja homens, foram recebidas queixas sobre a má qualidade da comida, falta ou pouco ingresso de luz natural nos pavilhões, sendo a artificial escassa. Faltam telefones e ventiladores, ao mesmo tempo em que foram recolhidas queixas sobre maus tratos às visitas e desnudos desnecessários.

Os internos relataram que dos chuveiros só sai água fervendo e não tem água fria para poder regulá-la; há ralos entupidos com água estancada que, por conseguinte, possui um cheiro repugnante.

As celas são as denominadas “celas secas”, ou seja, não possuem sanitários, portanto as necessidades fisiológicas que se apresentem durante a noite devem ser satisfeitas mediante o uso de garrafas ou sacolas plásticas. Mesmo existindo um interfone com o guarda da noite para qualquer emergência que se apresente, são desligados nessas horas, sendo uma tarefa de impossível cumprimento comunicar qualquer urgência.

Em 8 de setembro de 2014, o Sistema se constituiu no Complexo Penitenciário Federal N.º 1 de Ezeiza, Província de Buenos Aires, que aloja homens. Ali, os internos expressaram que a água que sai dos chuveiros é extremamente quente – não há água fria – e que há problemas com a entrega de medicamentos. A conexão de fios é ruim, tendo sido observados fios expostos. Pôde ser verificado que nem todos os agentes do serviço penitenciário tinham a identificação com o seu nome à vista.

No que diz respeito à alimentação, as reclamações foram generalizadas: comida de má qualidade, pouca carne e quando são dadas, têm muito osso, verduras em mau estado, batatas com terra e caldo com o gosto antes destacado. A visita foi em uma segunda e não haviam ingerido alimentos desde o dia anterior; a comida ter odor a podre; indicaram não receber café da manhã, apenas uma refeição diária que, em geral se encontra em mau estado, e quando a comem – por ter fome – faz mal para eles depois.

Têm uma hora por dia para acessar um salão comum e há um pátio ao ar livre que estava fechado

com cadeado, apresentava muita sujeira e foi encontrado um rato morto.

Lavatórios entupidos e inodoros que não funcionam foram uma constante nas celas.

No setor de ingresso de internos não há água quente, é um lugar com trinta lugares disponíveis e apenas um inodoro. No dia da visita, era 15h30min e não haviam recebido nenhuma refeição ainda.

No dia 23 de fevereiro de 2016, uma comitiva do Sistema Interinstitucional de Controle de Presídios realizou um monitoramento no Complexo Penitenciário Federal da cidade autônoma de Buenos Aires (ex-Unidade N.º 2, Devoto). Foi possível observar ali que no Setor de Alojamento Transitório havia 45 internos alojados em condições inabitáveis: sem provisão de água corrente, sem luz elétrica, pouco ingresso de luz solar, sem camas, nem cozinha ou banheiro. As necessidades fisiológicas deviam ser realizadas em baldes ou garrafas.

Nos pavilhões, a reclamação generalizada foi a falta de trabalho, pois não podem ser realizados por todos os internos e foi pedido o pagamento daqueles que trabalhavam. Foi indicado que a comida é escassa e de má qualidade. O atendimento médico também apresentava deficiências pela espera que deviam suportar até o profissional da saúde vir atendê-los.

Em outro pavilhão, foi possível ver a existência de um tubo de luz que não podia ser apagado, de modo que os internos tiveram que colocar fita isolante para poder escurecer o setor durante a noite.

Foi vista uma grande quantidade de baratas, invasão de pombas; setores parcialmente inundados que, diante das precárias conexões elétricas, são um potencial perigo.

Apontaram a necessidade de recreação já que só são levados ao pátio nas sextas-feiras, por uma hora, quando o padrão internacional fixa como mínimo uma hora diária.<sup>4</sup>

No que se refere ao sistema de saúde e o “Acesso efetivo à prestação de serviços de assistência médica de pessoas privadas de

liberdade”, o Sistema Interinstitucional de Controle de Presídios promulgou em 27 de outubro de 2014, a Recomendação IV/2014, toda vez que dos diferentes monitoramentos seja possível observar uma deficitária assistência afetando deste modo o acesso à saúde aos detidos.

Foi recordado que os detidos conservam todos os seus direitos, não são privados deles por sua condição.

A pena reside somente na privação da liberdade e não na cessação de outros direitos fundamentais. Por conseguinte, como o resto da população, as pessoas privadas de sua liberdade têm o direito ao maior e mais oportuno acesso através dos níveis sanitários adequados disponíveis. Pelo qual deverá ser brindada a oportuna assistência médica integral, devendo ser respeitado os princípios de equivalência e integração [...]<sup>5</sup>

O tempo para ficar sem atendimento quanto aos problemas de saúde que podem apresentar os detidos, teve uma média estabelecida de 28 dias, registrando casos que chegaram a cinco meses ou um ano.

Nesse contexto, os problemas de saúde diagnosticados, ordinariamente tratáveis no âmbito livre, dentro da prisão são problemas severos para quem os padecem, colocando em risco suas vidas.

A normativa protetora dos Direitos Humanos vigente é profusa quanto à obrigação de o Estado de garantir adequada atenção sanitária. Assim, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Nações Unidas, no seu artigo 12, prevê que: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental”. Também os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos, no seu ponto 1, indica que: “Todos os reclusos serão tratados com o respeito que merecem sua dignidade e valor inerentes de seres humanos”; e no seu ponto 2: “Os reclusos terão acesso aos serviços de saúde de que disponha o país, sem discriminação por sua condição jurídica”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Regras Mínimas para tratamento dos Reclusos – Regras Mandela –, Exercício físico e esporte. Regra 23.1. “Todo recluso que não desempenhe um trabalho ao ar livre disporá, se as condições meteorológicas permitirem, de ao menos uma hora ao dia de exercício físico adequado ao ar livre. 2. Os reclusos jovens, e outros cuja idade e condição física permitirem, receberão durante o período reservado ao exercício uma educação física e recreativa. Para isso se colocará a sua disposição o espaço, as instalações e o equipamentos necessários.”.

<sup>5</sup> Recomendação IV/2014 – Sistema Interinstitucional de Controle de Penitenciárias “Direito à Saúde: acesso efetivo à prestação de serviços de assistência médica das pessoas privadas de sua liberdade”, ponto 2-a).

<sup>6</sup> idem, ibidem.

No particular, observa-se que uma dorlência que se prolonga no tempo, que não míngua em seu padecimento, converte-se em uma tortura, tal como estabelecido na definição adiantada em palavras anteriores, já que possui ambos os elementos que define sua concretização: intensidade e gravidade.

Neste sentido, a privação de liberdade, longe de habilitar a debilidade de outros direitos e obrigações de instituições públicas, requer o esforço dos dispositivos de sua promoção e proteção. No acesso à saúde das pessoas detidas, compromete a prestação efetiva dessa obrigação e o seu controle por parte dos agentes estatais.

No ano de 2016, no dia 27 de dezembro, o Sistema Interinstitucional de Controle de Penitenciárias promulgou a Recomendação VII/2016, tendo sustentado que os monitoramentos realizados nos lugares de alojamento de jovens em conflito com a lei penal permitiram comprovar que as instituições de confinamento oferecem riscos para a integridade e são prejudiciais à dignidade das pessoas privadas de liberdade.

Os jovens são privados de levar consigo objetos pessoais, de ter acesso a tarefas de formação agregadora. Há falta de espaços de recreação e lazer, o que é prejudicial ao desenvolvimento de pessoas gravemente vulneráveis, como são os jovens privados de sua liberdade.

Falta confidencialidade nas suas comunicações que impedem um livre contato com juízes e defensores; faltam mecanismos que permitam a denúncia de situações de violência institucional.

As mortes violentas de jovens incendiados, que provocaram a intervenção do Sistema tempos atrás, sucedem em casos de contextos de negação de acesso efetivo aos direitos fundamentais que resultam determinantes nesses desenlaces.

## **5 AS PRISÕES ARGENTINAS SEGUNDO O OLHAR DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO**

A crítica situação carcerária que atravessa os dispositivos de encarceramento foi analisada por diferentes meios gráficos que, destacando a problemática atual, informam à população sobre a realidade que se vive intramuros.

Um dos casos mais ressonantes em âmbito local e internacional, pelo grau de infração dos direitos fundamentais dos detidos, foi a aberração

verificada em uma penitenciária na província de Córdoba.

Devido a uma das inspeções que a PROCUVIN efetuou no ano de 2013, foram encontrados no interior da prisão de San Martín da citada Província mediterrânea, elementos de castigo como correntes que eram utilizadas para atar os detidos. Nessa oportunidade, o chamativo foi a reação das mais altas autoridades provinciais em matéria de justiça, que em vez de se pronunciar sobre a necessidade de investigar o sucedido até suas últimas consequências, queixou-se da intromissão das autoridades nacionais em sua jurisdição.

Naquela ocasião, não foi permitido o ingresso do pessoal da PROCUVIN na prisão de Bower, localizada a 15km da cidade de Córdoba, lugar onde meses atrás da presença da comitiva, havia sido denunciado por um dos detidos por ter sido torturado com choque elétrico e trancado em um forno – entre outras humilhações (CÁRCELES, 2013).

Também foi revelado o horror das prisões argentinas ao ser indicado que a experiência carcerária se conforma dentro de uma lógica que reduz a zero os direitos das pessoas ali confinadas. Os princípios constitucionais que estabelecem as finalidades de reinserção social da pena, e as condições de higiene e salubridade que devem reger durante sua aplicação, foram paulatinamente apagados da superfície política e institucional (LOZADA, 2005).

Também ecoou desta situação a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao ter denunciado a superlotação de detidos na Argentina, a falta de recursos e autonomia funcional da Defensoria Pública para melhorar a situação. A Comissão se pronunciou indicando que “Os centros carcerários do país se encontram em uma situação de superlotação” devido à “insuficiente quantidade atual de vagas penitenciárias e do respectivo abuso da prisão preventiva.” (LA CIDH, 2016).

Foi apontada também a situação crítica dos presídios que alojam as mães com os seus filhos – que em nosso país pode permanecer junto a elas até os quatro anos de idade. Desse modo, internas da penitenciária oito e 33 de Los Hornos e a ONG “Grupo de Mulheres da Argentina” pediram às autoridades e aos Tribunais a amenização de prisão das mães que vivem com os seus filhos nas unidades penitenciárias. Denunciaram graves falências de assistência médica e falta de

alimentação adequada, assim como escassez de água quente e aquecimento nos pavilhões aonde convivem mulheres grávidas e bebês prematuros. Em 17 de julho de 2016, um bebê de seis meses morreu por falta de assistência sanitária em uma das penitenciárias (ALARMANTE, 2007).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão, como dispositivo penal, é uma instituição problemática. É empregada em situações conflitantes e aparece quando as instâncias de prevenção fracassaram. Suas paredes são testemunhas mudas de incontáveis violações aos direitos fundamentais de quem deve cumprir uma pena. Tortura e outros tratos cruéis, inumanos ou degradantes são, no interior das penitenciárias, de uma habitualidade que estremece.

Maus tratos físicos e psicológicos estão na ordem do dia; situações cotidianas como empurrões, golpes de bastões, coronhadas, etc., são sofridos pela população carcerária. Também se registram casos de queimaduras com cigarros, uso de gás paralisante no rosto e violações sexuais que, em muitos casos, são cometidas diante dos funcionários do serviço penitenciário.

As estatísticas se elaboram com os dados de quem se animou e denunciou os abusos e torturas sofridas, conseguem atravessar mecanismos de encobrimento e saem à luz; mas também há uma grande quantidade de casos que ficam registrados nos números oficiais como lesões, quedas, escorregões que provocam – supostamente – lesões autoprovocadas ou acidentes ou, em casos extremos, a morte.

A regularidade e sistematicidade das práticas violentas institucionais, por parte dos funcionários do sistema penitenciário, imprimem ao detento o atributo de pena corporal. Considera-se, então, o maltrato físico como castigo refletido no corpo do/a detido/a; o corpo como meio e fim daqueles exercícios de soberania, disciplina e controle que, enquanto dispositivos instalados e articulados, constituem-se em estratégias de governabilidade no âmbito das relações sociais carcerárias (CASTELNOVO; STOKER, 2008).

Vale destacar que a situação de violência não tem só um sentido vertical – carcereiros e detidos – mas que também se reproduz dentro da massa carcerária, no sistema dos réus aonde são impostas as hierarquias.

## 7 CONCLUSÃO

Tal como está senso exposto, as penitenciárias argentinas não cumprem com o mandato constitucional e nem com os instrumentos internacionais no que diz respeito aos direitos fundamentais das pessoas que se encontram detidas. Hoje em dia, as unidades penitenciárias se assemelham mais a um depósito de seres humanos que a um lugar pensado para segurança e reinserção social daqueles ali alojados.

Torturas e humilhações do mais variados espectros são moeda corrente. A hostilidade que oferece o sistema carcerário é um colaborador essencial para gerar violência em um lugar onde o que sobra é tempo livre, ócio que deveria ser ocupado em construir, mas diante dos constantes atropelos que vivem cotidianamente – na maioria dos casos –, geram o efeito inverso.

Impõe-se assim um duplo castigo, por um lado a pena imposta pelos magistrados e, por outro, aquele que gera ter que habitar em lugares que carecem de medidas mínimas de higiene, sanidade e segurança, como se isso fosse outra aresta do confinamento que deverão cumprir.

Esses momentos livres, que são a maioria, já que são poucos os que podem ter acesso a um trabalho dentro das penitenciárias, deveriam ser utilizados em prol de conseguir que o detido seja uma melhor pessoa ao sair que ao entrar; mas infelizmente, os presídios são pós-graduações em delinquência, geram-se rancores e ódios, a semelhantes e superiores.

O simples fato de não poder ver satisfeitas necessidades básicas como contar com água corrente, com instalações sanitárias condizentes, com comida em condição e quantidade suficientes para que possam ser considerados alimentados e possam gozar de boa saúde, o acesso rápido a um serviço médico que contemple a prevenção de doenças para evitar chegar a estágios de difícil retrocesso, vão escasseando a vontade de qualquer pessoa que tenha que passar por estas circunstâncias.

Despersonaliza-se o detido, tira-se sua vontade. Ele é convertido em um ente, em um despojo, sem direito e a mercê de quem ostenta o poder ali dentro.

Vivem aglomerados e em muitos casos em condições inumanas: pragas de moscas, baratas, pombas, cobras (em prisões do Norte). São nichos de futuras e eventuais doenças que só conseguem

denegrir a condição humana. Os detidos perdem a dignidade. São cerceados em seus direitos, como se fossem extraídos da cena no momento que são alojados em uma penitenciária.

O panorama apresentado é grave, mas nos últimos anos foram realizadas ações coordenadas de distintas instituições que, enlaçadas com o Poder Judicial e os Ministérios Públicos, lutam para melhorar a qualidade de vida de quem, pelo motivo que for, deve cumprir uma pena.

Nas palavras de Klaus Roxin, um estado de direito deve **proteger** o indivíduo não somente **mediante o** Direito Penal, mas também **do** Direito Penal.

Deve ser destacado que o detido só perde o direito à liberdade. E todos os seus direitos devem permanecer inalterados e todos devem velar para que assim seja feito.

## REFERÊNCIAS

- ALARMANTE la situación de mujeres y niños en las cárceles. En: Diario Judicial, Buenos Aires, 27 de julio de 2007. Disponible en: <[www.diariojudicial.com/nota/55680](http://www.diariojudicial.com/nota/55680)>. Acceso el: 8-3-2017.
- ARGENTINA. Constitución Nacional de la República Argentina.
- ARGENTINA. Ley 26.827, de 28-11-2013. Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Promulgada 7-1-2013.
- ARGENTINA. Ministerio Publico Fiscal. Procuraduría de Violencia Institucional.
- Inspecciones a instituciones de encierro. Abril 2016. Disponible en: <[www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar)> y en: <[www.fiscales.gob.ar](http://www.fiscales.gob.ar)>. Acceso en marzo de 2017.
- CÁRCELES argentinas: una deuda con los Derechos Humanos. Buenos Aires, Ed. Asociación Pensamiento Penal. Publicada el 17-5-2013. Disponible en: <[www.pensamientopenal.org.ar/carceles-argentinas-una-deuda-con-los-derechos-humanos-2](http://www.pensamientopenal.org.ar/carceles-argentinas-una-deuda-con-los-derechos-humanos-2)>. Acceso el: 8-3-2017.
- CASTELNOVO, Oscar; STOKER, Ayelén. Cárceles argentinas: bienvenidos al infierno. Buenos Aires: Rodolfo Walsh, 2008.
- FREILER, Eduardo Rodolfo (Dirección); BALESTERO, Jorge Luis (Coordinación). Detenidos en prisión preventiva. En: *Jornadas de temática carcelaria*. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- LA CIDH denuncia la superpoblación en las cárceles argentinas y la falta de presupuesto. En: Agencia EFE, Madrid, 21-10-2016. Disponible en: <[www.efe.com/efe/america/sociedad/la-cidh-denuncia-superpoblacion-en-las-carceles-argentinas-y-falta-de-presupuesto/20000013-3075061](http://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-cidh-denuncia-superpoblacion-en-las-carceles-argentinas-y-falta-de-presupuesto/20000013-3075061)>. Acceso el: 8-3-2017.
- LOZADA, Martín. Horror en las cárceles argentinas. En: *Le Monde Diplomatique*. Buenos Aires, Edición Cono Sur, número 69, p. 34-35, marzo 2005. Disponible en: <[www.insumisos.com/diplo/NODE/570.HTM](http://www.insumisos.com/diplo/NODE/570.HTM)>. Acceso el: 8-3-2017.

## **CRYING WOLF: Flertando com o Desmanche do Estado Democrático de Direito**

*Plauto Cavalcante Lemos Cardoso<sup>1</sup>*

A Vinícius de Moraes,  
meu poeta que tanto amou esta sofrida Pátria.

“Porque te amo tanto, pátria minha, eu que não tenho Pátria.  
Eu, semente que nasci do vento.  
Eu, que não vou e não venho.  
Eu que permaneço em contato com a dor do tempo.  
Eu, elemento de ligação entre a ação o pensamento.  
Eu, fio invisível no espaço de todo adeus.  
Eu, o sem Deus!”  
 (“Pátria Minha”, Vinícius de Moraes)

### **RESUMO**

Este artigo tenta olhar criticamente para o violento e recorrente discurso de que houve um golpe no país. A pergunta que se tenta responder é se o histórico baixo apoio à democracia representativa como regime de governo e a descrença nos pilares do jogo democrático e da ordem constitucional estaria de alguma forma ligado a uma inclinação antidemocrática da nação. Conclui-se que há na realidade menos uma fascinação pelo autoritarismo e mais um contexto de profundo desencontro entre eleitores e seus representantes em um Estado que torna o exercício da cidadania um flagelo sob o desabrigo do medo, agravado por um contexto de analfabetismo crônico que corrói qualquer tentativa de geração de uma cultura política que possa afastar de uma vez por todas a crença em salvadores individuais da Pátria e caudilhos de plantão e instaurar uma sustentável crença nas Instituições e nos poderes políticos do Estado, almejado no preâmbulo da Constituição

Federal. Afirma-se que a presente expectativa de que as soluções para tamanha crise institucional possam vir do Poder Judiciário pode levar a decepções ainda maiores, promovendo um agravamento do quadro de desconexão entre a população e os poderes políticos e a falência institucional do Estado de forma geral.

**Palavras-chave:** golpe, democracia representativa, salvadores da pátria, autoritarismo, medo.

### **ABSTRACT**

This work attempts to critically look into the violent and recurrent *Coup D'état* discourse which circulates in a trivial fashion in Brazil at present. The question addressed is whether the historically low support to representative democracy as a form of government and the lack of faith in the pillars of the democratic game and the constitutional order would somehow be connected with a nation's antidemocratic inclination. We conclude that in

<sup>1</sup> Advogado, docente e pesquisador, professor da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) / rede conveniada e professor de Biodireito da graduação da Faculdade Pitágoras, Belo Horizonte/MG. Aluno do Programa de Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* - LL.M em Direito: *Litigation* – Novos Desafios dos Contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio. Mestre em Literatura Inglesa pela Universidade de Sussex, Inglaterra e Especializado em Linguística Aplicada pela Universidade de Brasília- UnB. Graduado em Direito pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, e em Letras pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor convidado da graduação da *Facultad de Derecho* da *Universidad de Buenos Aires* e professor convidado da pós-graduação da Universidade de Bolonha na Argentina e da Associação Argentina de Justiça Constitucional. Foi professor substituto do Departamento de Línguas e Tradução (LET) da Universidade de Brasília (UnB) e professor de diversas faculdades em Brasília e Minas Gerais. É membro da *Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC)* e pesquisador do *Instituto de Estudios Políticos y del Estado (AAJC)*. É pesquisador parlamentar do Congresso Mexicano (REDIPAL) e membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

reality there is less a fascination with authoritarianism and more a context of profound disconnection between electors and their representatives in a State that makes the exercise of citizenship a plight under the homelessness of fear, further aggravated by a context of chronic illiteracy which corrodes any attempt to generate a political culture which may drive out the belief in stand-by nation saviours and caudillos alike and install a sustainable faith in the institutions and in the political powers of the States dreamt in the preamble of the Federal Constitution. We state that the current expectations that the solutions for the abysmal institutional crisis may come from the judicial power may lead to further disappointments, promoting a graver deterioration of the overall context of disconnection between the population and the political powers and finally the institutional failure of the State.

**Keywords:** *Coup D'etat*, representative democracy, saviours of the nation, authoritarianism, fear.

## RESUMEN

Este artículo intenta tener una mirada crítica hacia el violento y recurrente discurso de que hubo un golpe en el país. La pregunta que se intenta responder es si el histórico bajo apoyo a la democracia representativa como régimen de gobierno y la incredulidad en los pilares del juego democrático y del orden constitucional estaría de alguna forma ligado a una inclinación antidemocrática de la nación. Se concluye que en realidad hay menos una fascinación por el autoritarismo y más un contexto de profundo desencuentro entre electores y sus representantes en un Estado que transforma el ejercicio de ciudadanía en un flagelo bajo el desabrigo del miedo, agravado por un contexto de analfabetismo crónico que corroe cualquier intento de generar una cultura política que pueda alejar de una vez por todas la creencia en salvadores individuales de la patria y caudillos de

turno, e instaurar una creencia sustentable en las instituciones y en los poderes políticos del Estado, como se anhela en el preámbulo de la Constitución Federal. Se afirma que la actual expectativa de que las soluciones para tamaña crisis institucional puedan venir del poder judicial puede llevar a decepciones aún mayores, promoviendo un agravamiento del cuadro de desconexión entre la población y los poderes políticos y la falencia institucional del Estado de manera general.

**Palabras-clave:** golpe, democracia representativa, salvadores de la patria, autoritarismo, miedo.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Emendou-se a sétima Constituição de história brasileira, a de 1988, a uma média de uma emenda a cada três meses<sup>3</sup>. Os dois Códigos Civis que teve na história republicana, o de 1916 e o de 2002, foram conjuntamente objetos de 66 intervenções legislativas. Se se levar em consideração somente o período de 1988 até os dias atuais, os dois Códigos Civis juntos foram modificados 42 vezes. A Constituição foi alterada 96 vezes. A legislação civil parece gozar de maior estabilidade que o seu pacto fundador (MOREIRA, 2017).

<sup>2</sup> Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a partir de agora referida com CF/88.

<sup>3</sup> Interessante notar que a primeira emenda à Constituição no longínquo março de 1992 trata do seguinte assunto de suma importância pública: “Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores”. A mais recente, em junho de 2017, trata de tentar validar os maus-tratos a animais na conhecida Vaquejada, por força de lobby e como reação a um pronunciamento da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, expressamente contrário ao assunto e pomposamente descrita da seguinte maneira: “Acrescenta § 7.º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017. As prioridades continuam acentuadamente desconectadas do eleitor e do mundo em que vivemos. “Tudo muda para nada mudar”, já afirmava Giuseppe Tomasi di Lampedusa, na novela *Il Gattopardo*.



O que poderia provocar tal maleabilidade ao instrumento citado com frequência como símbolo de estabilidade? Como se relaciona o brasileiro com a ferramenta que lhe garante suas liberdades e direitos individuais mais fundamentais e sobre o qual foi erigido o Estado Constitucional Democrático de Direito brasileiro, fundado nos valores opostos ao do regime de exceção que vigorou entre 1964 e 1985 no país?

Este autor vivenciou recentemente uma situação espantosa e que bem ilustra a complexa relação histórica do brasileiro com o instrumento que se chama Constituição. Estando em um tranquilo domingo em pé com amigos no centro de uma charmosa e arborizada praça afrancesada na capital mineira que se chama Liberdade, e diante de um Palácio de Governo em um Estado-símbolo de lutas pela construção da nação brasileira desde os tempos em que aqui mandava a Coroa portuguesa, que tem como lema central em sua bandeira a frase *Libertas Quae Sera Tamen* – liberdade ainda que tardia –, este autor acompanhou atônito, girando lentamente em seu calcanhar sob o gélido céu-de-brigadeiro do invernal julho mineiro, o circular ao redor da Praça da Liberdade de uma estridente carreata de reluzentes e luxuosos veículos. Todos os automóveis levavam o *slogan* **Intervenção Militar Já** afixado em todas as suas laterais, tomados por um verde e amarelo que dava tintas de um ultranacionalismo um tanto anacrônico. Sem muitas palavras, o grupo de amigos se olhou boquiaberto, perplexo, mas longe de surpreendido. Todos leitores ávidos de jornais e politicamente engajados, estavam todos daquele grupo ciente da existência sempre ao fundo desde a redemocratização do país dos ruídos de discursos saudosos de uma mitológica era de ordem e progresso posta em marcha pela sequência de Generais sanguinários que governaram a Nação ao longo de pouco mais de vinte anos. O que impressionava era ver isso em presença, e sendo tratado com o oblívio e a casualidade de uma manifestação como outra qualquer. O que provoca essa incapacidade de formular juízos reflexivos como bem apontou Hannah Arendt sobre a também casualidade do relato de Eichmann no seu julgamento em Jerusalém? (ARENDR, 2000, p. 5-6).

Neste artigo, **analisa-se o recorrente**

**discurso de que houve um golpe no país**, fundado em sua origem mais recente no conturbado e questionável processo de Impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff, e cotidianamente utilizado de maneira violentamente banalizada. A simples mudança de cardápio em um restaurante favorito parece atualmente detonar o argumento de golpe.

**A pergunta que se tenta responder** é se esse aparente descaso com os pilares do jogo democrático e da ordem constitucional estaria de alguma forma ligado a uma inclinação antidemocrática da nação.

**A premissa que ora guia** é de que se se seguir chamando de golpe a processos questionáveis, se se chama de ditadura a governos autoritários, como na história do menino Pedro e o Lobo, se se volta o animal, provavelmente não se irá reconhecê-lo<sup>4</sup>. Essas relativizações perigosas funcionam de maneira extravagante nas redes sociais nestes tempos de pós-verdade. “La idea de que no hace falta someter se al cheque o de las informaciones y hechos que pretenden presentarse como verdaderos.” (SARLO, 2017), mas mal sobrevivem ao mais básico cheque de veracidade.

**Conclui-se** que o historicamente observável e relativamente fraco apoio da população brasileira à Democracia representativa como regime de Governo é menos uma fascinação pelo autoritarismo e mais fruto de um contexto de profundo desencontro entre eleitores e seus representantes em um Estado que torna o exercício da cidadania um flagelo sob o desabrigo do medo. O que se mostra agravado por um contexto de analfabetismo crônico que corrói qualquer tentativa de geração de uma cultura política que possa afastar de uma vez por todas a crença em salvadores individuais da pátria e caudilhos de plantão e instaurar uma sustentável crença nas instituições e nos poderes políticos do Estados, almejado pelo preâmbulo supracitado da Constituição Federal.

**Conclui-se, ainda**, que a presente expectativa de que as soluções para tamanha crise institucional possa vir do Poder Judiciário pode levar a decepções ainda maiores, promovendo um agravamento do quadro de desconexão entre a população e os poderes políticos e deteriorização da crise de legitimidade institucional do Estado de forma geral.

<sup>4</sup> Afirmação feita pelo Professor Ricardo Rabinovich em sua reunião de abertura dos Módulos do Programa Intensivo de Cursos para o Doutorado em 17 de maio de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA) e com a qual o autor está de pleno acordo.

A **metodologia utilizada** tem como base pesquisa de doutrina relevante sobre o tema tanto na Argentina como no Brasil, jurisprudência, análise de entrevistas, filmes, pesquisas de opinião, além de artigos de periódicos de ambos os países.

## 2 O APOIO À DEMOCRACIA NO BRASIL

“Contudo, quem não se mobiliza quando a liberdade está sob ameaça jamais se mobilizará por coisa alguma.” (ARENDR, 2008a, p. 347).

“**O Brasil começa a flertar com o desmanche do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988. A afirmação é forte, mas nem por isso menos verdadeira.**” Assim começam Costa e Lima (2017) em artigo de jornal.

E assiste razão aos autores. A evidência empírica individual deste autor é corroborada pelos dados apresentados pelos autores em seu artigo, bem como pelos que se exporá a seguir. É a mais profunda crença que este não é um evento isolado na história da Nação e que há razoáveis indícios históricos que sugerem que tal movimento de flerte com o autoritarismo não deva ser tratado com a vanidade como tem sido. Acredita-se que **a maior ameaça à frágil Democracia brasileira é o distanciamento da população brasileira do cenário político, alimentada por uma substancial ausência de uma cultura política.**

De maneira distinta de outros regimes militares da América do Sul (Chile, Uruguai e Argentina), os generais brasileiros, numa clara tentativa de projetar uma imagem externa de uma “democracia relativa”, não fecharam o Congresso Nacional e mantiveram alguns partidos títeres em funcionamento. Orquestraram eleições regulares, mesmo que com as naturais restrições esperadas de uma “democracia militar”.

O resultado: uma profunda desconfiança e descrença por parte da população no regime democrático e nos poderes políticos. Senão, vejamos alguns dados que deixaria de impressionado

qualquer historiador ou leitor que concordasse com a linha de pensamento arendtiana de que as bases para o totalitarismo foram deitadas pelo processo de Imperialismo e seu anterior colonialismo europeu, que serviram de ensaio para a futura política de extermínio levada a cabo pelo regime nazista (RAFFIN, 2015, p. 349; ARENDR, 1994, p. 221).

Pesquisas por amostragem realizadas em 2016 em dezoito países latino-americanos e Espanha, pelo Instituto Latinobarómetro, com sede em Santiago, Chile, apontam para o fato de que o Brasil é o país, isolado com a Guatemala, com a mais baixa taxa de resposta de entrevistados que dizem preferir a Democracia a qualquer outro tipo de regime, alcançando o apoio de apenas 32% de sua população (LATINOBARÓMETRO, 2017).

No ano de 2002, a proporção de brasileiros que declararam não saber o que significava Democracia, ou simplesmente não responderam à pergunta sobre o tema, salta aos olhos como a mais alta de todos os países analisados, alcançando impressionantes 63% dos entrevistados. Para efeitos de comparação, o segundo lugar neste indesejável *ranking* é ocupado por El Salvador, com 46% de entrevistados que afirmaram não ter a mais remota ideia a respeito da práxis desta palavra grega.

O recorte feito por este autor da série histórica disponibilizada pelo Latinobarómetro dos últimos dezenove anos, comparando o Brasil com os vizinhos Uruguai, Argentina e Chile, assusta. Enquanto o Uruguai ostenta impressionantes 77,57% de apoio à Democracia como preferível a qualquer outro regime; a Argentina, 68,2%; Chile, com 55,36%, no Brasil apenas 43% da população prefere tal regime na média histórica, caindo para abismais 32% em 2016. **O apoio a um hipotético regime autoritário é um dos mais altos entre os vinte países analisados**, abaixo apenas do apoio registrado ao autoritarismo no Paraguai e Guatemala.

Vejamos o recorte a seguir, com a devida cautela:

		Brasil							
		1995	1996	1997	1998	2000	2001	2002	2003
<b>Apoyo a la democracia</b>									
La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno		41%	50%	50%	48%	38%	30%	37%	35%
En algunas circunstancias, un gobierno autoritario puede ser preferible		21%	24%	19%	18%	25%	18%	15%	19%
A la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático		23%	21%	20%	28%	28%	31%	26%	35%
No sabe		14%	4%	9%	5%	6%	18%	19%	10%
No responde		1%	1%	1%	1%	2%	3%	4%	1%
(N)		1.200	1.080	1.001	1.000	1.000	1.000	1.000	1.200
		Brasil							
		2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
<b>Apoyo a la democracia</b>									
La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno		41%	37%	46%	43%	47%	55%	54%	45%
En algunas circunstancias, un gobierno autoritario puede ser preferible		18%	15%	18%	17%	19%	18%	19%	19%
A la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático		26%	28%	21%	26%	22%	17%	15%	22%
No sabe		15%	19%	13%	13%	11%	10%	11%	12%
No responde		0%	1%	2%	1%	1%	0%	0%	1%
(N)		1.204	1.204	1.204	1.204	1.204	1.204	1.204	1.204
		Brasil							
		2013	2015	2016					
<b>Apoyo a la democracia</b>									
La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno		49%	54%	32%					
En algunas circunstancias, un gobierno autoritario puede ser preferible		19%	16%	13%					
A la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático		21%	16%	42%					
No sabe		10%	11%	11%					
No responde		1%	1%	1%					
(N)		1.204	1.250	1.204					

(Fonte: LATINOBARÓMETRO, 2017)

É preciso muito cuidado para não se chegar a conclusões precipitadas diante de tais dados. As motivações por detrás de cada dado varia substancialmente de país para país. No caso da Argentina, por exemplo, as piores taxas de apoio à Democracia, não por acaso, coincidem justamente com o grave contexto de convulsão social provocado pela crise econômica de 2001, quando 58% da população afirmava acreditar na Democracia em comparação com os 70% de 2016. Neste momento, 21% disseram apoiar um regime autoritário no país contra apenas 13% de hoje.

No Brasil, as motivações são historicamente outras. Aqui, o medo, o pior dos professores como diria o moçambicano Mia Couto (CARDOSO, 2017a), dá a tônica à degradação da crença nas Instituições nacionais, enfraquecendo a própria razão de ser da cidadania, que acaba por adquirir uma aura de luxo de poucos.

Neste contexto, o medo do qual se trata logo

a seguir maximiza o que Barcellos (2010) afirma ser uma grave falha na formação da sociedade brasileira que não liga ontologicamente dignidade a todo ser humano, relativizando, perigosamente, o conceito para criar um tecido social no qual alguns são mais dignos que outros, no qual dignidade se ganha, se perde e se compra<sup>5</sup>. A porta está aberta para um agir autoritário que se sabe ser perigoso, para o descarte do cidadão e para a invasão do homem como indivíduo.

Barcellos conclui que:

Em um ambiente de medo generalizado por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer. Pior que isso, o medo faz vir à tona a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade (BARCELLOS, 2010, p. 52-53).

<sup>5</sup> Para uma análise mais profunda sobre o tema, ver CARDOSO, 2017b, e BARCELLOS, 2010, p. 54 e seguintes.

### 3 A CIDADANIA COMO FLAGELO

Arendt (2008a, p. 353) afirmava que o homem ocidental via a cidadania como flagelo até nos melhores ambientes políticos. Em alguns cenários, o Estado colabora para que esse suplício tome contornos épicos. Quando este autor foi viver no lugar mais exótico que ele como um rapaz sul-americano de dezoito anos podia conceber no início dos anos noventas, um *kibutz* no Norte de Israel e a poucos quilômetros da fronteira com o Líbano, deixou para trás uma mãe angustiada, que cria que se despedia de seu filho que estava indo rumo ao fogo-cruzado. Na realidade, estava deixando para trás os 3% da população mundial que hoje é responsável por mais de 10% dos homicídios do planeta. Os assassinatos no Brasil natal deste autor superaram o número de mortes no Afeganistão, no Iraque e na Síria juntos em 2016. Com apenas 8% da população mundial, a América Latina é responsável por 38% dos homicídios globais (IPEA, 2017). Em Israel, estava seguro.

O sintoma da doença é visto no desconcertante resultado de uma recente pesquisa do Instituto Datafolha, conduzida entre os dias 21 e 23 de junho de 2017, em que **47% dos entrevistados diziam ter vergonha de ser brasileiros** (BILENKY, 2017). A corrupção dos agentes públicos e do cidadão comum gera uma profunda descrença no conjunto social e na legitimação e sustentação moral das Instituições. Entretanto, é a violência urbana que é o gatilho disparador que abre a caixa-de-pandora, retira do armário a intolerância e pavimenta o caminho para o pleito dos mais diversos candidatos a salvadores da pátria e suas promessas de lei e ordem a qualquer custo. A manchete do jornal *A Folha de São Paulo* no dia seguinte ao da supramencionada pesquisa, 24 de junho, em *mídias móveis*, é tão atordoante em sua sequência de notícias que vale a pena colacioná-la:



O barril de pólvora está formado. Os dois poderes políticos, o Legislativo e o Executivo, têm a menor taxa de confiança da população. As Forças Armadas, a maior. O brasileiro, envergonhado de sua cidadania. Se isto não for uma “prova eloquente da falência de toda a estrutura da moralidade”, como afirmava Hannah Arendt em *Sobre a Natureza do Totalitarismo: uma tentativa de compreensão*, o que mais se está esperando para poder conseguir ver? E isto não é nenhuma “poesia da catástrofe”.

Nas palavras de Arendt (2008a, p. 295),

Mas todas as indicações históricas e políticas apontam com clareza a ligação mais do que íntima entre o mal menor e o mal maior. Se o desenraizamento, a falta de um sentimento de pertença e a desintegração dos corpos políticos e das classes sociais não geram diretamente o totalitarismo, **no mínimo criam quase todos os elementos que acabam entrando em sua composição.** (grifos nossos).

Agregue-se a isto, o seguinte ingrediente:

Tabela 10

Taxas de analfabetismo, analfabetismo funcional e população de 15 anos de idade ou mais

Brasil - 2011

Brasil e regiões	Taxa de analfabetismo da população com 15 anos ou mais	Taxa de analfabetismo funcional da população com 15 anos ou mais
Brasil	8,6	20,4
Norte	10,2	25,3
Nordeste	16,9	30,8
Sudeste	4,8	14,9
Sul	4,9	15,7
Centro-Oeste	6,3	18,2

Fonte: IBGE/PNAD, 2010.

Costa e Lima (2017) alertam que, em um cenário de quase sessenta mil assassinatos por ano,

Cometida por indivíduos criminosos, perpetrada pela própria sociedade ou levada a cabo pelo Estado, a violência é vista e aceita como parte constituinte de nossas relações sociais e, muitas vezes, termina legitimada como resposta às ameaças e incertezas.

Os elevados índices de criminalidade e as baixas taxas de solução dos delitos suscitam sensação de desalento em relação à segurança pública.

A deterioração da política e a petulância dos corruptos provocam merecidas ondas de indignação, mas é a violência urbana que de fato deixa os brasileiros sitiados.

Em janeiro de 2017, em um motim em uma prisão no Estado do Amazonas, morreram degolados e mutilados em torno de setenta detentos. Pouco mais de trinta dias antes, um avião com um time de futebol caiu e 71 pessoas perecem. Neste último caso, enquanto Nação, explode-se em pranto, velam-se os semidesconhecidos mortos e demonstram-se solidariedade a toda uma cidade e suas famílias. Isto, claro, é o que se espera. No primeiro caso, com setenta presidiários degolados e mutilados de forma bárbara, com vídeos explícitos da matança circulando em redes sociais, reage-se com o mais constrangedor silêncio. Ou pior, com o despudorado discurso de que “preso bom, é preso morto”. Nas palavras de Barcellos (2010, p. 56),

Não deixa de ser impressionante, do ponto de vista filosófico, que, mais uma vez na história humana, um debate considere que os indivíduos não são titulares de uma dignidade inerente, cogite da flexibilização de direitos para determinada categoria de criminosos e trabalhe com a manipulação do conceito de pessoa. O risco que essa espécie de construção teórica representa para a proteção dos direitos humanos no mundo é bastante óbvio e dispensa maiores considerações.

A insegurança acaba por autorizar medidas excepcionais e o apoio a ações orientadas às clássicas noções de limpeza social e imposição de

força<sup>6</sup>. O espaço público é esvaziado e os laços sociais fragilizados.

**É nesta conjuntura que se observa a multiplicação dos comportamentos autoritários ensaiados durante a ditadura militar (COSTA; LIMA, 2017):**

- “para 69% dos brasileiros adultos, ‘o que este país necessita, principalmente, antes de leis ou planos políticos, é de alguns líderes valentes, incansáveis e dedicados em quem o povo possa depositar a sua fé.’”;
- “o cenário fica ainda mais tenebroso se somarmos aqueles que concordam em parte com a frase acima. Nesse caso, o percentual sobe para 85% sujeitos a influências autoritárias, **para os quais leis e projetos políticos pouco importam.**” (grifos nossos).
- “60% dos adultos brasileiros dizem concordar com a frase ‘a maioria de nossos problemas sociais estaria resolvida se pudéssemos nos livrar das pessoas imorais, dos marginais e dos perversos.’”;
- “81% declaram que ‘a obediência e o respeito à autoridade são as principais virtudes que devemos ensinar a nossas crianças’. **São dois indicativos claros de aderência ao discurso de ordem.**” (grifos nossos);
- “destaque-se também que, para 64% dos entrevistados, ‘todos devemos ter fé absoluta em um poder sobrenatural, cujas decisões devemos acatar’. Entre os integrantes das classes D e E, são 71%.”.

Nesta conjuntura de falência múltipla dos órgãos do Estado, cidadania é uma conjunto de cobranças e obrigações, impostos desviados, mal investidos e sem contrapartida útil ou prazerosa, um fardo a ser escapado, evitado e, em última instância, burlado. Um verdadeiro flagelo.

Como bem alerta Arendt, “o maior perigo de identificar o totalitarismo como a maldição do século seria ficarmos tão obcecados com ele a ponto de não enxergar mais os inúmeros pequenos e nem tão pequenos males que pavimentam o caminho do inferno.” (ARENDR, 2008b, p. 296).

<sup>6</sup> Pesquisa Datafolha publicada no começo de julho de 2017 mediu a adesão a ações que podem ser associadas à ideia de limpeza social e imposição da força: 55% dos paulistanos se declararam favoráveis à demolição de imóveis usados pelo tráfico na região da cracolândia e 80% defenderam a internação de dependentes de crack mesmo contra a vontade deles. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1889949-quatro-em-cada-cinco-em-sp-defendem-internacao-a-forca-de-usuarios-de-crack.shtml>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“Para ver, no es suficiente con mirar; hay que preparar la mirada y, antes, reconocer el objeto, atribuirle importancia.”* (SARLO, 2014, p. 7-8).

Para os de inclinação kantiana e dados a crer que o destino da humanidade é o progresso, a evolução linear (KANT, 2010, p. 21-28, *passim*), talvez seja assustador notar que a história se repete e que é preciso estar sempre atento. Não é incomum se deparar com a tradicional exclamação “mas como pode isto acontecer em pleno século XXI?”. Na realidade, o “susto” é fruto de uma incapacidade reflexiva.

Não à toa que tragédias gregas seguem relevantes. Ainda se são os mesmos. A condição humana não mudou e caminha-se com os mesmos vícios e virtudes dos personagens do passado. Não há progresso. Há possibilidade de convívio humano mais pacífico com massivo investimento em educação. Sem isso, os seres humanos são bárbaros animalizados e infantilizados, piorados atualmente por uma “cultura” de distrações que os mantém de costas para realidade<sup>7</sup>.

Insiste-se que não se trata de um País com tendências autoritárias. Trata-se de um País sem escolas. A paralisia de governantes e governados, alimento da inação e descasos que por sua vez criam o contexto perfeito para a formação de um estado de sítio no qual impera o medo – como princípio de ação e não somente como emoção psicológica (ARENDRT, 2008a, p. 354) –, nasce da profunda carência de ferramentas para a geração de uma cultura política que permita esboçar uma reação. E, nas palavras de Prata (2017), “reinventar o Brasil”.

Há o seguinte “veredicto”:

É no plano político, contudo, que o medo instila seu veneno mais nocivo, abrindo espaço para retóricas punitivistas, sexistas, racistas e xenófobas e constituindo-se no principal combustível dos discursos de ódio, que tomaram conta de grande parte da internet e das redes sociais.

Estudo recente veiculado na revista “PNAS” (publicação oficial da Academia de Ciências dos EUA), de autoria dos pesquisadores

Hemant Kakkar e Niro Sivanathan, reitera que, em tempos de crise, quando as pessoas se sentem amedrontadas, há uma preferência por líderes dominantes e/ou assertivos, independentemente do comportamento agressivo por eles demonstrados – o importante é que façam o que precisa ser feito sem maiores freios morais, políticos ou jurídicos (COSTA; LIMA, 2017).

A recente condenação do ex-Presidente brasileiro Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos e seis meses de reclusão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro recrudescer os embates políticos que insistem em confundir política de Estado com política partidária.

Em um ilustrativo discurso logo após saber de sua condenação pelo Juízo que tentou burlar com sua desastrada nomeação a Ministro de Estado de sua sucessora política<sup>8</sup>, o ex-Presidente e líder nas pesquisas de opinião pública como o mais forte candidato a salvador da pátria, deixa claro seu peculiar conceito de cidadania como poder de consumo, no qual inclusão é sinônimo de acesso a mercados.

Em discurso, o ex-Presidente, quando da Sentença da sua condenação, falou: “Fico pensando: se nós fizemos tanto bem, por que essa gente não nos quer? Por que essa gente nos odeia? [...] Essa é a diferença entre nós e eles. Pra nós, é motivo de orgulho se a empregada doméstica tem um celular.” (BALLOUSSIER, 2017).

O ódio como política requer o labor de proeminentes figuras públicas. Os brasileiros são, atualmente um campo fértil para este tipo de semente. Insiste-se: os brasileiros estão somente colocando em prática os ensaios do passado. O pior é o que virá se se deixar brotar a lavoura.

Abrir mão do homem como cidadão e suas suadas vitórias e conquistas civis na tentativa suicida de salvar o homem-indivíduo, pode parecer ser uma alternativa viável diante da absoluta incapacidade de visualização de qualquer outra no horizonte de curto ou médio prazos. Não deixa de ser suicídio, entretanto.

Há neste momento histórico no Brasil um processo bastante arriscado no qual parece que se espera que o Judiciário supra a falta de legitimidade institucional que atravessam o

<sup>7</sup> Para mais sobre o assunto, remete-se o leitor ao fundamental LLOSA, 2013.

<sup>8</sup> Para mais a respeito da anulação do ato administrativo de posse do ex-Presidente, ver CARDOSO, 2017c e CARDOSO, 2017d.

Legislativo e o Executivo. Não se pode crer que o Judiciário ou que o Supremo Tribunal Federal tenham maior competência ou sejam as Instituições mais adequadas para acomodar o debate e a representatividade do interesse popular (CARDOSO, 2017b, p. 11). Não foram pensados ou criados para isso.

A supervalorização do papel do Poder Judiciário como responsável por soluções permanentes é fruto de uma obsessão normativa de uma cultura positivista superficial e pouco civilizada, fundada no que Gargarella (2016, p. 247) denomina de *La Obsesión Penal* – na qual se recorre com atordoante frequência à criminalização banal de condutas, seguidas de imposição de penas e sanções discrepantes na tentativa, como continua afirmando Gargarella (2016b), paradoxal e irracional de se tentar incluir através da exclusão.

No icônico filme do fim dos anos 1990, *The Devil's Advocate*, no qual o diabo se dá conta de que pode causar mais dano se descer à terra como advogado do que como o diabo mesmo, alguma luz amarela deveria ter acendido (ASIMOW, 2000).<sup>9</sup> O Direito, como *munus* público, deve ser exercido com a responsabilidade do peso do poder que traz.

*Sapere aude*: sabe-se da pior forma possível o que é uma ditadura ou um golpe militar. E sabe-se que não se vivenciou um recentemente. Não há “democracia relativa” ou ditadura branda. Não há meia gravidez. Não há meio golpe. Não há meia moral. Não houve meio holocausto. Não há meia guerra. Ou meia tortura. Ou meio pau-de-arara.

Que leigos afirmem meias-verdades impensadas, entende-se. Que homens do Direito o façam, é demolidor. **Se se seguir chamando de golpe a processos questionáveis, se se chama de ditadura a governos autoritários, como na história do menino Pedro e o Lobo, se se volta o animal, provavelmente não se irá reconhecê-lo.** E, aí, a cidadania realmente será um impensável flagelo. Ou o que dela sobrar. Se algo.

A romântica figura francesa do *flâneur* simbolizava a vida nas ruas, o local do encontro. A chegada do automóvel, símbolo inicialmente de máxima liberdade justamente nas ruas a desconstrói como espaço de convergência. O que unia, agora separava.<sup>10</sup>

O medo, princípio inspirador da ação de uma tirania, está fundamentalmente ligado àquela ansiedade que se sente em situação de completo isolamento. Unir-se em uma passeata, em grupo, para rogar pela volta de um regime que impede justamente essa ação coletiva é de uma profunda incoerência. Talvez por isso o faziam em carros, isolados.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito*. Tradução de Antônio Abranches. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2000.

ARENDDT, Hannah. Os ovos se manifestam (1950). In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo: ensaios 1930-1954*. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 2008b. Organização de textos de Jerome Kohn.

ARENDDT, Hannah. Sobre a natureza do totalitarismo: uma tentativa de compreensão (1954). In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo: ensaios 1930-1954*. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 2008a. Organização de textos de Jerome Kohn.

ARENDDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. San Diego / New York / London: Harvest Book-Racourt, 1994.

ASIMOW, Michael, Bad Lawyers in movies. *Nova Law Review*, [Online], v. 24, n. 2, article 3, p. 533-584, 2000. Disponível em: <<http://nsuworks.nova.edu/cgi/>

<sup>9</sup> Remete-se o leitor para a imperdível análise de Asimow (2000) sobre a decadência dos personagens de advogados no cinema americano dos anos 1930 até os anos 1980, de honrado ao próprio diabo em pessoa.

<sup>10</sup> Remete-se o leitor à impressionante solidão do trabalho *Passagens* e seu texto explicativo do fotógrafo brasileiro Lacerda (2017): “Entre 2001 e 2008 fotografei bastante o espaço urbano, sobretudo o espaço do vazio no cotidiano das cidades. A modernidade e as narrativas de Baudelaire sobre as “passagens” parisienses do século XIX são temas que sempre me interessaram. *Passagens* é uma espécie de releitura daquela experiência estética tão citada por Walter Benjamin, porém, aqui, o automóvel e a cultura estabelecida em torno dele a partir da segunda metade do século XX, tomam o lugar romântico do *flâneur*. O ser humano, que descobriu maravilhado os encantos da rua e se embrenhou numa infinita capacidade de socialização, transita agora por carros. O que era para aproximar, distância”.

viewcontent.cgi?article=1389&context=nlr>. Acesso em: 8 jul. 2017.

BALLOUSSIER, Anna Virgínia. 'Quero saber onde estão os coxinhas agora', diz Lula em evento do PT. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 jul. 2017. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1901584-quero-saber-onde-estao-os-coxinhas-agora-diz-ex-lulinha-paz-e-amor.shtml?mobile>>. Acesso em: 15 jul. 2017;

BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e Dignidade humana. In: FERREIRA, Marieta de Moraes (Coord.). *Revista de Direito Administrativo RDA*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, v. 254, 2010.

BILENKY, Thais. Vergonha de ser brasileiro atinge recorde de 47%. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895647-vergonha-de-ser-brasileiro-atinge-recorde-de-47-diz-datafolha.shtml>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CARDOSO, Plauto Cavalcante Lemos. Estado de cosas inconstitucional y violación a los derechos fundamentales en el contexto del sistema carcelario brasileño. In: *Revista Argentina de Justicia Constitucional da Asociación Argentina de Justicia Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Argentinos, v. III, 2017b.

CARDOSO, Plauto Cavalcante Lemos. Muros y miedos. In: *El Argentino*, Gualeguaychú, 2 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.diarioelargentino.com.ar/noticias/176900/Muros-y-miedos>>. Acesso em: 2 jul. 2017a.

CARDOSO, Plauto Cavalcante Lemos et al. *Constitucionalismo en América Latina: evolución, retos y perspectivas para el siglo XXI*. Ciudad de México: Sedia, 2017c.

CARDOSO, Plauto Cavalcante Lemos. El control del acto administrativo como

fundamento de justicia social y pilar democrático. Congreso Redipal Virtual, X. Red de Investigadores Parlamentarios en Línea. Marzo-mayo 2017. Ponencia presentada. Ciudad de México, mayo 2017. Disponível em: <[http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV\\_X\\_10\\_17\\_Resumen.pdf](http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV_X_10_17_Resumen.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2017d.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. Tentações autoritárias: medo da violência revigora tendências autoritárias e beneficia Bolsonaro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Ilustríssima, p. 4, 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/06/1895452-violencia-e-medo-insuflam-defesa-de-autoritarismo-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Silgo Veintinuno, 2016a.

GARGARELLA, Roberto. Comunicação Oral. Apresentação do Livro *Castigar al prójimo*. Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Salón Verde. Buenos Aires, 13 dez. 2016b.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Avançada. Atlas da violência 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/170605\\_infografico\\_atlas\\_violencia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170605_infografico_atlas_violencia.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2017.

KANT, Immanuel. *Quées la ilustración*. Tradução de Eduardo G. Belsunce e Sandra Girón. Buenos Aires: PrometeoLibros, 2010.

LACERDA, Gustavo. Passagens. Disponível em: <<http://www.gustavolacerda.com.br/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

LATINOBARÓMETRO. Opinión Pública Latinoamericana. Santiago, Chile. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

LLOSA, Mário Vargas. *La civilización del espectáculo*. Buenos Aires: Alfaguara, 2013.

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. Palestra. Jornada Internacional Direito e Justiça,



6., em 30 de maio de 2017. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina, de 29 de maio a 1.º de junho de 2017.

PRATA, Antônio. Reinventar o Brasil. A Folha de São Paulo, São Paulo, 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/colunas/antonioprata/2017/07/1901621-reinventar-o-brasil.shtml?mobile>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

RAFFIN, Marcelo. Hannah Arendt: la condición judía, la política y la asunción del mundo. In: SUCASAS, A.; TAUB, E. (ed.). *Pensamiento judío contemporáneo*. Buenos Aires:, Lilmod/Prometeo, 2015. (Coleção “Estudios y reflexiones”).

RABINOVICH-BERCKMAN, Ricardo. Comunicação Oral. Reunião de abertura dos Módulos do Programa Intensivo de Cursos para o Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, 17 maio 2017.

SARLO, Beatriz. Entrevista concedida ao jornalista Alejandro Czerwacki. Jornal Clarín, Buenos Aires, 26 fev. 2017. Disponível em: <[http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica\\_0\\_ryHPH8Rug.html](http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SARLO, Beatriz. *Escenas de la vida posmoderna: intelectuales, arte y videocultura en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.



***NORMAS  
PARA PUBLICAÇÃO***

---





e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

**ISSN eletrônico:** 2179-8222

**Área:** Direito

**Editor:** Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Endereço eletrônico (e-mail):**

revistaeletronica@fasa.edu.br

**Periodicidade:** semestral

**Idioma:** Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica [direito.fasa.edu.br](http://direito.fasa.edu.br), com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

## 1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

**ENTREVISTA** – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os operadores do Direito;

**ARTIGOS DO CORPO DOCENTE** – espaço

destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica artigos e resenhas envolvendo parceria de Professores e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

**ARTIGOS DO CORPO DISCENTE** – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

**ARTIGOS DE EGRESSOS** – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

**ELO COM OUTRAS IES** – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

**AUTOR CONVIDADO** – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

**RESENHA** – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

## **2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, Apreciação e Publicação**

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos

direitos autorais de colaboração autoral inédita;

b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;

c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);

d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

## **3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS**

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

### **PRIMEIRA. TEMA**

Os artigos científicos submetidos devem conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

### **SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO**

O **artigo científico** submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

- a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;
- b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);
- c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;
- d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

- a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;
- b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

- a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;
- b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);
- c) ser redigido em Língua Portuguesa;
- d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição

do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

- a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;
- b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;
- c) ter espaço simples entre as linhas;
- d) estar alinhada à esquerda;
- e) conter:

1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;

2) restante do nome do autor somente com iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;

2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;

3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;

4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto final;

5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;

6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;

7) o ano da edição, seguindo de ponto final;

8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

- a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;

b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;

c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;

d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

### TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos.

Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

### QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

### QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIACÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a palavra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

### SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968; 2045.

### 4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente, envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).



V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

## **5 NORMAS DA ABNT**

Em quaisquer textos submetidos à análise do

Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.





